



UNIVERSIDADE D
COIMBRA

Bruno Bueno Assalin

UMA TEORIA POSITIVISTA DA CONSTITUIÇÃO:
UMA INVESTIGAÇÃO ACERCA DO PAPEL DOS PODERES
CONSTITUÍDOS NA FUNDAMENTAÇÃO DA AUTORIDADE DA
CONSTITUIÇÃO

Dissertação no âmbito do 2.º Ciclo de Estudos em Direito conducente ao grau de Mestre em Direito, na Área de Especialização em Ciências Jurídico-Políticas/Menção em Direito Constitucional, orientada pelo Professor Doutor Luís António Malheiro Meneses do Vale e apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra.

Outubro de 2021



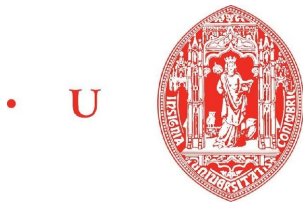
• U • C • **FDUC** FACULDADE DE DIREITO
UNIVERSIDADE DE COIMBRA

BRUNO BUENO ASSALIN

**Uma teoria positivista da Constituição: uma investigação acerca do papel dos Poderes
Constituídos na fundamentação da autoridade da Constituição**

DISSERTAÇÃO DE MESTRADO

Coimbra, 2021



• C •

FDUC FACULDADE DE DIREITO
UNIVERSIDADE DE COIMBRA

BRUNO BUENO ASSALIN

**Uma teoria positivista da Constituição: uma investigação acerca do papel dos Poderes
Constituídos na fundamentação da autoridade da Constituição**

A positivist theory of the Constitution: an investigation into the role of the Constituted
Powers in the foundation of the authority of the Constitution

Dissertação apresentada à Faculdade de
Direito da Universidade de Coimbra no
âmbito do 2.º Ciclo de Estudos em Direito
conducente ao grau de Mestre em Direito, na
Área de Especialização em Ciências
Jurídico-Políticas/Menção em Direito
Constitucional

Orientador: Senhor Professor Doutor Luís
António Malheiro Meneses do Vale

Coimbra, 2021

Em homenagem à Tia Lígia, amiga de risadas,inhos, e, principalmente, de uma culinária única e excepcional; e à Dona Nazaré, avó, ainda que não de sangue, de afeto e quase adoção.

Ambas se foram justamente no período de construção do presente trabalho; e é a ambas, cuja ausência dentre o plano terreno faz-se quotidianamente marcante pelos que aqui, ainda que temporariamente, ficam, e que é somente suprida pelas boas lembranças que delas restam, que dedico este projeto.

Espero, embora sem muita esperança face ao desafio apresentado, que o presente trabalho faça jus e tenha a mesma qualidade dos torrones (ou do salmão ao molho branco, até hoje nunca igualado) de Tia Lígia, ou dos alvos canudos de doce de leite de Dona Nazaré; obras em riqueza jamais superada pelo lúdico e inesquecível prazer que proporcionaram a alguns poucos afortunados.

O que mais eu posso dizer?

Eu só posso dizer: saudades; ela faz-se presente.

Agradecimentos

Se é verdade, como diria Antoine de Saint-Exupéry, que aqueles que passam por nós, não vão sós, e não nos deixam sós, mas sim deixam um pouco de si, e levam um pouco de nós; serão, os agradecimentos, a parte mais complexa e extensa do presente trabalho.

Em nome da preservação do tempo e da paciência do leitor, resumirei, ainda que ciente da possibilidade cometer abomináveis injustiças, os agradecimentos ao grupo de pessoas que mais se fez presente na minha vida corrente; ao que, nesses agradecimentos, injustamente não adentraram, peço-lhes, desde já, minhas sinceras desculpas.

Agradeço primeiramente ao meu orientador, o Senhor Professor Doutor Luís Meneses do Vale, pela confiança e paciência (foi necessária) durante a feitura do presente trabalho.

Agradeço aos meus amigos de república, Venâncio e (sob protesto, visto que ninguém gosta dele) Guilherme, e de faculdade, Marina, Leonardo (e a agregada Renata) e Daniel, por terem-me apoiado durante os anos em São Paulo, e por terem compreendido, quando de lá precisei partir.

Agradeço aos meus familiares, tanto Buenos (e agregados), quanto Assalins (e agregados); famílias diferentes, com humores, costumes e estruturas diferentes (um estudo antropológico comparativo seria interessante); mas que, ao cabo, se materializaram como pilares fundamentais para a construção e suporte deste que vos escreve.

Agradeço ao meu pai, cuja relação é por vezes conturbada (não falemos de política!), mas que, com inabalável e inquestionável confiança, possibilitou-me a oportunidade de realizar o presente mestrado, sem nunca esboçar qualquer dúvida, receio ou arrependimento, acerca dos caminhos trilhados pelo seu filho; foi, e é, portanto, meu pai, uma personagem fundamental na história que, também com este projeto, estou à gradualmente construir.

Agradeço à minha mãe, amiga carinhosa e forte, que, mesmo do outro lado do Atlântico e através das frias conexões telefônicas, com a sua voz mansa e calorosa, representou um baluarte de segurança, conforto e incentivo nesta rematada etapa da minha trajetória; afirmo, com gratidão e afeto, que nada disso teria sido possível sem você.

Por fim, agradeço à Ana Rute, companheira que conheci em terras lusitanas, e com quem, nos últimos anos, tenho tido a sorte e o prazer de partilhar uma vida em comum; foi ela quem, nos melhores e nos piores momentos nessa trajetória, nos dias de desânimo e receio, e nos períodos de euforia e empolgação criativa, esteve pacientemente fiel e perseverante ao meu lado, me oferecendo quotidianamente suporte e encorajamento. Eu costumo brincar que, sem Ana Rute (e de brinde, as exigências da vida em comum), um trabalho que levou mais de um ano seria finalizado em menos de dois meses; mas, ao cabo, a dura realidade que sou obrigado a reconhecer é que, sem Ana Rute, talvez sequer houvesse trabalho a terminar, e se houvesse, não seria este que apresento. Como bem sintetizado pela magistral pena de Brian Wilson e Tony Asher, posso, de coração, agradecer-lhe pelo amor, suporte e paciência que tiveste, e dizer-lhe:

I may not always love you
But long as there are stars above you
You never need to doubt it
I'll make you so sure about it
God only knows what I'd be without you

God Only Knows - Brian Douglas Wilson e
Tony Asher

Resumo

O presente trabalho tem como objetivo central a construção de uma proposta jurídico-teorética, erigida sob as matrizes e lentes do positivismo jurídico raziano e sistematizada e operacionalizada sob o modelo constitucional de estrutura de Jack Balkin, que objetivamente aponte quais seriam as propriedades essenciais e necessárias, presentes em qualquer sociedade política, daquilo que se conhece por constituição, bem como as condições, também essenciais e necessárias, para que esta se mantenha efetiva e vigente em qualquer lugar e contexto em que verifique-se e manifeste-se. Para tanto, parte-se de uma reconstrução do conceito de constituição inaugurado pelas Revoluções Americana e Francesa, consubstanciado como uma escolha deliberada e coletiva entre indivíduos livres e iguais; contrapondo-o, seguidamente, aos fenômenos das constituições históricas, da imposição constitucional e das constituições autoritárias. Propõe-se, então, na linha metodologia do nexo conceito-natureza elaborada por Joseph Raz, e na esteira da obra de Rogério Ehrhardt Soares, uma definição da natureza das constituições, contraposta ao que seriam os seus multifacetados conceitos, como ordenações fundamentais que, sincronicamente, individualizam as suas respectivas comunidades, indicam e organizam a titularidade e a forma de exercício dos seus atinentes poderes políticos, e exteriorizam as estruturas e sentidos inerentes aos seus respectivos corpos político-sociais. Passa-se a uma exposição dos possíveis fundamentos da sua autoridade normativa, notadamente através de uma análise crítica, levada a cabo sob as lentes da fábula retroativa denunciada por Derrida e dos círculos viciosos apontados por Hannah Arendt, da legitimidade do poder constituinte, tal como proposta por Emmanuel Sieyès, Carl Schmitt e Hans Kelsen, finalizando-se com uma problematização das teses do Iluminismo Escocês e da proposta de Arendt como caminhos alternativos para uma fundamentação da legitimidade do constituinte e da constituição. Estrutura-se então, através das plataformas positivistas de Joseph Raz, uma proposta jurídico-teorética em que é a autoridade do poder constituinte o pressuposto inaugural da autoridade e legitimidade da constituição; sustentando-se, entretanto, prospectivamente a sua autoridade no seu papel de estabilização e objetivação normativa, na qualidade de ordenação fundamental comunitária, do indeterminado, incomensurável e fluido universo da moralidade social e política em que

reclama autoridade, ainda que contraposta a uma inexorável necessidade de renovação das razões justificadoras da autoridade da constituição, dualidade metodológico-problematicamente superada através do modelo constitucional de estrutura proposto por Jack Balkin, em que os poderes constituídos, materializados nas instituições aplicadoras e/ou criadoras de normas inseridas no próprio arcabouço constitucional, haverão de ser os responsáveis pela imprescindível e contínua renovação das razões justificadoras da manutenção do reconhecimento da autoridade da constituição perante moralidades sociais e políticas inevitavelmente mutáveis. Ao cabo, chega-se a uma definição da natureza das constituições como sistemas normativos parcialmente autónomos e institucionalizados, constituídos por normas constitucionais entrelaçadas e dotadas de validade conjunta, cujo sentido e racionalidade globais se sustentam no seu papel de ordenação fundamental que individualiza a sua respetiva comunidade, indica e organiza a titularidade e a forma de exercício dos seus atinentes poderes políticos, e exterioriza as estruturas e sentidos inerentes ao seu respetivo corpo político-social; cujo conteúdo normativo é essencialmente oriundo e dependente, na esteira da conceção de autoridade a serviço e da tese da preempção propostas por Joseph Raz, do gradual desenvolvimento histórico-cultural, balizador da realidade intersubjetiva e, conseqüentemente, da moralidade social e política, das comunidades em que se inserem.

Palavras-chave: Poder constituinte. Poderes constituídos. Joseph Raz. Rogério Ehrhardt Soares. Jack Balkin.

Abstract

The present work has as its main objective the construction of a legal-theoretical proposal, erected under the lenses of the Razian positivism and systematized and operationalized under Jack Balkin's framework model of constitutions, which objectively points out what would be the essential and necessary properties, present in any political society, of what is known as constitution, as well as the conditions, also essential and necessary, so that it remains effective and in force in any place and context that it is to be found. To do so, it starts with a reconstruction of the concept of constitutions, inaugurated by the American and French Revolutions, as a deliberate and collective choice between free and equal individuals; countering it to the phenomena of historical constitutions, constitutional imposition and authoritarian constitutions. Along with the methodology of the concept-nature nexus elaborated by Joseph Raz, and in line with the work of Rogério Ehrhardt Soares, it is then proposed a definition of the nature of constitutions, as opposed to what would be their multifaceted concepts, as fundamental ordinances that, synchronously, individualize their respective communities, indicate and organize the ownership and form of exercise of their respective political powers, and externalize the structures and values inherent to their respective political and social bodies. This work then try to put in question, through a critical analysis carried out under the lens of the fabulous retroactivity denounced by Derrida and the vicious circles pointed out by Hannah Arendt, the legitimacy of the constituent power in the form that it was proposed by Emmanuel Sieyès, Carl Schmitt and Hans Kelsen, and to face the theses of the Scottish Enlightenment and of Arendt's proposal as alternative paths for a foundation of legitimacy of the constituent power and of the constitution. It is then proposed, through the positivist platforms of Joseph Raz, a legal-theoretical structure in which the inaugural authority of the constitution derives directly from the authority of the constituent power; but is this same constitutional authority (self)sustained prospectively in its role as fundamental community ordinance that normatively stabilizes the indeterminate, incommensurable and fluid universe of social and political morality in which it claims authority, nonetheless the indispensable need to renew the reasons justifying the same authority of the constitution, duality that is methodologically-problematically overcome

through the framework model of constitutions proposed by Jack Balkin, in which the constituted powers, as norm-applying/norm-creating institutions inserted in the constitutional normative framework, are to be responsible for the essential and continuous renewal of the reasons justifying the recognition of the authority of the constitution in the face of inevitably changeable social and political moralities. In the end, we arrive at a definition of the nature of constitutions as partially autonomous and institutionalized normative systems, constituted by interlocked constitutional norms endowed with joint validity, whose global rationality is based on its role of fundamental ordinance that, synchronously, individualize their respective communities, indicate and organize the ownership and form of exercise of their respective political powers, and externalize the structures and values inherent to their respective political and social bodies; whose normative content is essentially derived and dependent, following the service conception of authority and the preemption thesis proposed by Joseph Raz, on the gradual historical-cultural development, which marks the intersubjective reality and, consequently, the social and political morality, of the communities in which the constitutions are inserted.

Keywords: Constituent power. Constituted powers. Joseph Raz. Rogério Ehrhardt Soares. Jack Balkin.

Índice

1.	Introdução.....	13
2.	O que é a constituição? Questões preliminares para uma epistemologia da constituição.....	17
2.1	A constituição e a revolução: o fenómeno constitucional como materialização de uma escolha livre, igualitária e deliberada.....	17
2.2	Para além da vontade popular: o poder constituinte e o fenómeno da imposição constitucional.....	26
2.3	A fábula do poder constituinte popular em contraposição à ulterior e necessária redenção democrática da constituição.....	33
2.4	O fenómeno das constituições autoritárias: exceção ou regra no universo do constitucionalismo contemporâneo?.....	37
2.5	A separação entre a natureza e o conceito de constituição.....	45
2.6	Uma proposta para a natureza da constituição: a constituição material e os conceitos de constituição de Ehrhardt.....	51
3.	Por que são válidas as constituições? Alguns problemas jurídico-teoréticos para uma fundamentação das ordenações fundamentais.....	58
3.1	O poder constituinte em Emmanuel Sieyès e a sua nova roupagem por Carl Schmitt.....	58
3.2	A alternativa do positivismo jurídico de Kelsen: o caminho da legitimidade ancorada em um pressuposto lógico-transcendental.....	66
3.3	Para além do problema da retroatividade: o Iluminismo Escocês e a proposta de Hannah Arendt como caminhos alternativos para uma fundamentação da legitimidade do constituinte e da constituição.....	69
4.	Uma questão de razões: o conceito de autoridade e o papel da racionalidade na fundamentação do direito em Joseph Raz como pilares para a possibilidade de uma teoria da constituição.....	76
4.1	Das razões práticas e o seu lugar na própria natureza humana.....	76
4.2	A racionalização prática, a força das razões, as razões de exclusão e as razões protegidas.....	79
4.3	Dentre razões de primeira ordem e razões de segunda ordem: as normas e os tipos normativos em Joseph Raz.....	82
4.4	Os tipos de sistemas normativos e as características especiais do direito na obra de Joseph Raz.....	87

4.4.1	Os sistemas normativos de normas entrelaçadas.....	88
4.4.2	Os sistemas normativos de validade conjunta.....	89
4.4.3	Os sistemas normativos autónomos.....	91
4.4.4	Os sistemas normativos institucionalizados.....	92
4.4.5	As características do especial lugar do direito como sistema normativo institucionalizado.....	96
4.5	Entre a autoridade de facto e a autoridade de jure: as razões práticas como plataforma da fundamentação da legitimidade dos sistemas normativos.....	98
5.	Válida desde então: a autoridade do poder constituinte como pressuposto inaugural da autoridade e legitimidade da constituição.....	105
5.1	A constituição como produto de declarações de autoridade emanadas pelo poder constituinte.....	105
5.2	As razões políticas basilares e o seu fundamental papel no reconhecimento da autoridade dos poderes constituintes e constituídos.....	108
5.3	Entre a República Portuguesa e o Império Britânico: a cooperação entre instituições nos processos de construção constitucional, e a possibilidade de instituições aplicadoras de normas dotadas de poder constituinte.....	115
5.4	A moralidade da constituição: os pressupostos morais para o reconhecimento da autoridade do poder constituinte e da constituição sob as matrizes da conceção de autoridade a serviço e da tese de preempção.....	120
6.	Válida até agora: o papel dos poderes constituídos na renovação das razões justificadoras da autoridade da constituição.....	128
6.1	Entre o arranha-céu e a estrutura: os modelos de constituição propostos por Jack Balkin.....	128
6.1.1	O modelo constitucional de arranha-céu.....	129
6.1.2	O modelo constitucional de estrutura.....	130
6.2	Balkin visto sob as lentes razianas: as características normativas dos sistemas constitucionais.....	132
6.2.1	Os sistemas constitucionais como sistemas normativos institucionalizados.....	133
6.2.2	Os sistemas constitucionais como sistemas normativos de normas entrelaçadas.....	134
6.2.3	Os sistemas constitucionais como sistemas normativos de validade conjunta.....	135
6.2.4	Entre a alienação e a desnaturalização: o problema da autonomia dos sistemas constitucionais.....	137

6.3	Entre vigas e pilares, paredes e lajes, e poderes constituintes e poderes constituídos: os múltiplos níveis do indispensável processo de construção constitucional.....	143
6.4	Os pilares do edifício jurídico dos regimes constitucionais: a constituição, os poderes constituídos e as normas infraconstitucionais.....	148
7.	No crepúsculo da separação de poderes: breves considerações acerca da relação entre as múltiplas moralidades sociais e políticas e os designs institucionais das constituições.....	156
8.	Conclusão: é possível uma epistemologia positivista do fenómeno constitucional?.....	163
	Bibliografia.....	168

1. Introdução

The face of the earth is continually changing, by the increase of small kingdoms into great empires, by the dissolution of great empires into smaller kingdoms, by the planting of colonies, by the migration of tribes. Is there anything discoverable in all these events, but force and violence? Where is the mutual agreement or voluntary association so much talked of? (HUME, 1998, p. 279)

O que são as constituições? Por que são as constituições válidas e legítimas? E como mantém as constituições, prospectivamente, a sua validade e legitimidade?

Ainda que aparentem ser, à primeira vista, questões básicas e triviais, um olhar mais atento à diversidade dos percursos históricos e à pluralidade de designs normativos e institucionais que podemos encontrar no âmbito apenas do constitucionalismo moderno e contemporâneo, revela-nos que a construção de uma proposta epistemológica jurídico-teorética do fenómeno constitucional pode mostrar-se mais nebulosa do parece.

Mesmo que se restrinja o fenómeno constitucional apenas às constituições nacionais atualmente vigentes, depara-se o investigador com um cenário desoladoramente heterogéneo: das constituições escritas às consuetudinárias; dos sistemas constitucionais que nascem de momentos de rutura àqueles que se consolidam através de um histórico, gradual e lento processo de construção, diferenciação e complexificação; das constituições que são construídas por meio de uma concreta participação popular e democrática, manifestada através de assembleias constituintes livres e eleitas por sufrágio universal, àquelas que são produtos de imposições tanto externas quanto internas; muitas são as formas em que se materializa aquilo que convencionalmente é conhecido e denominado por constituição.

É, destarte, em uma tentativa de construção de uma proposta jurídico-teorética do que seriam as constituições, que não seja, por um lado, exageradamente restrita ao ponto de se excluir relevantes manifestações deste multifacetado fenómeno, e, por outro, demasiadamente ampla que, ao permitir a aderência de qualquer manifestação jurídico-política à definição de constituição, não se preste como uma sólida plataforma para o estudo do fenómeno constitucional; que se propõe a presente investigação a teorizar, sob as matrizes e lentes do positivismo jurídico, quais seriam as propriedades essenciais e necessárias, presentes em

qualquer sociedade política, daquilo que se conhece por constituição, bem como as condições, também essenciais e necessárias, para que esta se mantenha efetiva e vigente em qualquer lugar e contexto em que verifique-se e manifeste-se.

Elege-se para tanto, como plataforma teórica primária do presente trabalho, a perspectiva positivista raziana, na medida em que o que se pretende questionar - e eventualmente responder - concentra-se essencialmente na descrição da natureza do objeto constituição enquanto fenómeno socialmente eficaz, bem como as razões pelas quais os indivíduos observam-na e obedecem-na perentoriamente, condição reversamente indispensável justamente para a sua eficácia social: se o que se propõe é a construção das propriedades essenciais e necessárias das constituições, entendendo-se que dentre tais propriedades essenciais e necessárias reside impreterivelmente o exercício e o reconhecimento da autoridade da constituição enquanto fenómeno normativo globalmente observado, acaba por ser salutar a abordagem positivista de Joseph Raz em que, em linha com a sua *tese das fontes*, é justamente o conceito de autoridade a fonte última legitimadora do sistema jurídico.

Se o positivismo raziano justifica-se metodologicamente como perspectiva primária para a construção de uma epistemologia da constituição centrada na descrição das suas propriedades essenciais e necessárias enquanto fenómeno socialmente eficaz - e portanto, necessariamente dotado de autoridade normativa -, sua resoluta fidelidade ao positivismo analítico hartiano impõe uma necessária perspectiva complementar, que é encontrada e se justifica na proposta do autoidentificado positivista estadunidense Jack Balkin, ao, com o seu historicismo constitucional, propor uma sistematização do fenómeno constitucional que tanto o analisa retrospectivamente - tem-se “um olhar para trás” quando o autor procura os fundamentos histórico-sociais que fizeram com que a constituição seja o que é -, quanto teoriza prospetivamente as condições da manutenção da sua validade - tem-se “um olhar para frente” quando o autor estrutura um dialógico e imperativo processo de construção do nunca acabado edifício constitucional -.

É, portanto, na proposta e tentativa de uma estruturação epistemológica do multifacetado fenómeno constitucional, sob o restrito enfoque da descrição das suas

propriedades essenciais e necessárias enquanto sistema normativo socialmente eficaz, incluídas nestas as razões pelas quais são globalmente observadas e obedecidas perentoriamente pelos indivíduos, que mostra-se motivada e justificada a eleição do desafio de construção de uma teoria positivista da constituição.

Para tanto, parte-se de uma reconstrução do conceito de constituição inaugurado pelas Revoluções Americana e Francesa, consubstanciado - tal qual proposto pelo jurista alemão Mattias Kumm - como uma *escolha deliberada e coletiva entre indivíduos livres e iguais*; contrapondo-o, seguidamente, aos fenômenos das constituições históricas - materializadas sobretudo na figura da Constituição Inglesa e dos processos de construção das constituições escritas atualmente vigentes na Nova Zelândia, Canadá e Austrália -, da imposição constitucional - delineado principalmente sob as balizas do conceito de *constituições internamente impostas*, construído por Yaniv Roznai - e das constituições autoritárias - neste trabalho demarcadas e analisadas especialmente através da perspectiva histórico-comparativa de Zachary Elkins, Tom Ginsburg e James Melton, e sob o conceito de *autoritarismo competitivo* proposto por Steven Levitsky e Lucan Way -.

Ao cabo, é através da metodologia do *nexo conceito-natureza* elaborada por Joseph Raz, que se propõe, na esteira da obra de Rogério Ehrhardt Soares, uma definição da natureza das constituições - contraposta ao que seriam os seus multifacetados conceitos - como *ordenações fundamentais que, sincronicamente, individualizam as suas respectivas comunidades, indicam e organizam a titularidade e a forma de exercício dos seus atinentes poderes políticos, e exteriorizam as estruturas e sentidos inerentes aos seus respectivos corpos político-sociais*.

Estabelecidas as plataformas do que seria a natureza das constituições, passa-se à uma exposição dos possíveis fundamentos da sua autoridade normativa, notadamente através de uma análise crítica - levada a cabo sob as lentes da *fábula retroativa* denunciada por Derrida e dos *círculos viciosos* apontados por Hannah Arendt - da legitimidade do poder constituinte, tal como proposta por Emmanuel Sieyès, Carl Schmitt e Hans Kelsen; finalizando-se com uma problematização das teses do Iluminismo Escocês e da proposta da

própria autora alemã, como caminhos alternativos para uma fundamentação da legitimidade do constituinte e da constituição.

Para a superação das insuficiências teóricas na fundamentação da legitimidade destas ordenações fundamentais e dos seus respetivos - e nem sempre democráticos - criadores, passa-se então a uma breve exposição do conceito de autoridade e do papel da racionalidade na fundamentação do direito, tal como estruturados por Joseph Raz; e, através das plataformas proporcionadas pelo autor israelita, a uma proposta jurídico-teorética em que é a autoridade do poder constituinte o pressuposto inaugural da autoridade e legitimidade da constituição.

Reconhecida, no entanto, a contraditória e paradoxal dualidade dentre um ponto legitimador inaugural da constituição, e a necessidade de uma contínua renovação, por parte dos poderes constituídos, das razões justificadoras da manutenção do reconhecimento da sua autoridade perante moralidades sociais e políticas inevitavelmente mutáveis, analisa-se a adequação do *modelo constitucional de estrutura*, proposto por Jack Balkin, como um possível e viável caminho condutor à prospetiva operacionalização metodológico-problemática e superação jurídico-teorética do problema do tempo na sustentação da autoridade e legitimidade da constituição.

Por fim, fazem-se breves considerações acerca da relação entre as múltiplas moralidades sociais e políticas, e os respetivos designs institucionais das constituições, questionando-se, na esteira da proposta de M.J.C. Vile, a própria possibilidade e eventuais fundamentos de uma conceção unificada de separação de poderes, face a tão diversificadas realidades constitucionais; problemática essencial para uma sólida proposta de construção de uma epistemologia positivista do fenómeno constitucional.

Sob tais balizas, procura-se, ao cabo, responder a central e derradeira questão do presente trabalho: é possível a construção de uma epistemologia positivista do fenómeno constitucional, que, não demasiadamente ampla nem exageradamente restrita, aponte as propriedades essenciais e necessárias das constituições, bem como os fundamentos da sua inaugural e prospetiva validade e legitimidade?

2. O que é a constituição? Questões preliminares para uma epistemologia da constituição.

2.1. A constituição e a revolução: o fenómeno constitucional como materialização de uma escolha livre, igualitária e deliberada

For Arthur Young, a constitution in this sense of a “written” constitution is “a new term”; for Thomas Paine it seems to be the only kind of constitution worthy of the name. Such “puddings,” “made by a receipt,” were to Edmund Burke apparently as repulsive as to Arthur Young. He says little or nothing about the new American constitutions, but in his opinion nothing could be worse than the French one. Certainly, in his view, nothing but evil had come or could come from “that monstrous thing, which, by the courtesy of France, they call a constitution”. (MCILWAIN, 1947, p. 2)

Um primeiro problema para a possibilidade de uma construção jurídico-teorética do fenómeno constitucional, face à diversidade de percursos históricos e à pluralidade de designs normativos e institucionais que podemos encontrar apenas no âmbito do constitucionalismo moderno e contemporâneo, reside justamente na definição do seu objeto central de estudo: a constituição.

É inegável que a conexão histórica entre os conceitos de constituição e revolução é central no âmbito da dogmática constitucional moderna e contemporânea: Hannah Arendt, por exemplo, explora de maneira categórica a revolução no contexto moderno como o *momento culminante da rutura de um velho regime e o nascimento de uma nova ordem constitucional*, materializando o ato fundacional revolucionário o próprio momento constituinte, manifestado em assembleia ou convenção, e a própria constituição na sua conceção moderna (ARENDR, 1990, p. 144-145).

É, no entanto, no contexto dos ideais revolucionários franceses, que Emmanuel Sieyès constrói a famosa, e já dogmaticamente consolidada, dicotomia entre os conceitos de poder constituinte, concebido como a manifestação fundacional da nação na qualidade de detentora soberana de todo poder público, e poder constituído, caracterizado como a forma já

institucionalizada da vontade popular, materializada em um governo subordinado aos limites previamente estabelecidos pelo poder constituinte (SIEYÈS, 2003b).

Sabido é que as Revoluções Americana e Francesa representaram, ainda que de modos diferentes, verdadeiros marcos históricos para o constitucionalismo moderno e contemporâneo: nasce com a Constituição Americana em 1787, e a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão em 1789, a ideia de que o exercício legítimo do poder público estaria sujeito às limitações inscritas em uma “lei maior”, a qual não seria simplesmente uma nova versão do Direito Natural antigo ou medieval, mas sim o resultado de uma *escolha deliberada e coletiva entre indivíduos livres e iguais* (KUMM, 2010, p. 212-213).

Nesse sentido, o conceito de constituição inaugurado pelas Revoluções Americana e Francesa sustenta-se, como bem delineado por Mattias Kumm (KUMM, 2010, p. 213), em três diferentes e conectados pilares:

- uma constituição seria necessariamente o resultado de uma escolha deliberada, e não o produto de uma imposição por uma autoridade maior - divina ou terrestre -, nem a consequência de um longínquo e obscuro processo histórico;
- o resultado desta escolha deliberada - a constituição - deve ser razoavelmente atribuível àqueles sujeitos à sua autoridade, requerendo, portanto, mecanismos procedimentais que possibilitem a participação ativa dos indivíduos no processo constituinte, bem como um resultado final que reflita um igual respeito e consideração a todos que nele participaram;
- e por fim, a constituição regulamentaria a relação jurídica e política entre indivíduos concebidos como livres e iguais, não sendo este documento - e o seu anterior processo de construção - direcionado, em tese, a membros de uma determinada classe, religião ou raça.

Estes três pilares do constitucionalismo moderno dariam origem às três categorias de normas basilares e indispensáveis no contexto deste específico conceito de constituição (KUMM, 2010, p. 213-214):

- normas constitucionais que estabelecem a existência de instituições imprescindíveis para o funcionamento do Estado, e os seus respetivos e necessariamente separados poderes;
- normas constitucionais que estabelecem procedimentos de garantia para uma participação apropriada e deliberada dos indivíduos nas decisões públicas;
- e normas gerais de proteção de direitos individuais, em especial os de garantia à liberdade e propriedade.

A diferença essencial que este novo modelo de organização jurídica do político teria face às formas constitucionais anteriores, residiria no facto de que, enquanto estas sempre assumiam a legitimidade inata dos detentores do poder público - que no contexto do período medieval não é propriamente diferenciado e autónomo em relação ao poder privado (THORNHILL, 2011) -, limitando-se à regulamentar, de forma precária e incompleta, o seu exercício (SOARES, 1986, p. 37), o constitucionalismo moderno não apenas modifica e regulamenta, mas efetivamente constitui, produz, e legitima o poder público de modo universal, compreensivo e sistemático, só posteriormente organizando-o conforme os propósitos da escolha constitucional (SOARES, 1986, p. 38-39).

O caminho aberto por este constitucionalismo moderno permitiria, portanto, que o poder político se estruturasse de acordo com o novo princípio da soberania popular: era universal, no sentido de que o poder público só poderia ser exercido de acordo e dentro da sua própria estrutura, e ao mesmo tempo limitado, podendo ser aplicado apenas dentro do território no qual a soberania popular houvesse reclamado a sua supremacia; passando, neste contexto, a ser possível distinguir reivindicações legítimas e ilegítimas do poder, uma vez que a constituição passa a ser soberana, e a sua autoridade só pode ser substituída por outra constituição, emergindo, sob este paradigma, também a ideia de Estado-Nação (GRIMM, 2016, p. 15-17).

Não é de se estranhar, portanto, que após o nascimento do constitucionalismo moderno nos Estados Unidos da América e em França, a prática constituinte tenha rapidamente se espalhado, em um primeiro momento pela Europa durante o século XIX, e então para o resto do mundo no decorrer do século XX. Efetivamente, pode-se dizer que na

atualidade quase todos os países soberanos são dotados de constituições escritas, de forma que o constitucionalismo, na sua conceção moderna, aparenta ter sido aceite como um elemento intrínseco à legitimidade do Estado tanto no campo doméstico quanto no cenário internacional.

Neste contexto, pode parecer que os modelos de processo constituinte surgidos dos Estados Unidos da América e da França revolucionária, consubstanciados na ideia da constituição como uma *escolha deliberada e coletiva entre indivíduos livres e iguais*, se tornariam arquétipos clássicos e predominantes para os demais projetos constitucionais ao redor do globo.

Nada obstante, se por um lado é inegável a importância da conceção do fenómeno constitucional construída no contexto racionalista e revolucionário dos séculos XVII a XIX; por outro, certo é que o sistema que mais deixa cristalino o facto de que as Revoluções Americana e Francesa não são nem a base de partida exclusiva, nem a conclusão última da trajetória jurídico-teorética do fenómeno constitucional, é justamente aquele que lhes fez frente, entre o Atlântico e o Canal da Mancha, durante a maior parte da história moderna e contemporânea: o sistema constitucional inglês, definido, de modo paradigmático por Stephen Sedley, como “*um oceano do common law marcado por ilhas de provisões estatutárias*” (SEDLEY, 2011, p. 68).

Cediço é que as Revoluções Inglesas do século XVII não inauguraram uma constituição no sentido moderno do termo: pode-se dizer que a Guerra Civil Inglesa foi provocada e limitava-se na união entre a nobreza e a burguesia frente a dinastia Stuart, que procurava expandir o seu poder político nos moldes do absolutismo francês; ao passo que a Revolução Gloriosa não teve como objetivo alterar o sistema constitucional, mas sim preservar a ordem até então em vigor.

No fim das contas, a República de Cromwell, que abolira a monarquia, e que poderia eventualmente ser classificada como dotada de uma constituição no sentido moderno em 1653 (VILE, 1998, p. 52-53), logo tornou-se obsoleta com a Restauração Stuart em 1660; ao passo que a Bill of Rights de 1689 acabou por ser, longe de qualquer pretensão revolucionária

popular, um quase contrato que reafirmava “direitos antigos” entre o parlamento e o novo monarca (THORNHILL, 2011, p. 146).

Deste modo, o sistema constitucional britânico que gradualmente emergiu durante o Interregno, a Restauração e a Revolução Gloriosa, tinha características indubitavelmente distintas do que viria a ser o constitucionalismo moderno, ainda que estabelecendo uma interessante estrutura de legitimação, separação de poderes e manifestação democrática ao, já no século XVII, cimentar a tradição monárquica, assegurar a primazia política e o poder legislativo ao Parlamento, e principalmente, pacificar a relação entre este e os tribunais reais, criando um regime fundado nos princípios da inviolabilidade dos direitos individuais do common-law, tradicionalmente afirmados e protegidos pelos tribunais ingleses, e a autoridade e supremacia do Parlamento, que acabaria, ao longo do século XVIII, por adquirir prevalência em relação aos demais, tomando espaço de entidade de representação popular soberana por excelência, em conjunto com uma administração pública que passa a ganhar independência da monarquia, tornando-se o aparato governamental britânico concentrado em diferentes ministérios, cada um com sua estrutura administrativa autónoma (THORNHILL, 2011, p. 146-147).

Ao cabo, sustentado sobre um robusto sistema de partidos políticos e uma leal oposição autorizada, que não só possibilitou uma ligação sólida entre o poder executivo e a sociedade, como também acabaria por tornar-se em uma ferramenta fundamental para a alteração de participantes e políticas governamentais sem a ameaça da desestabilização integral do sistema constitucional; o governo britânico, sem qualquer interrupção revolucionária ou atos singulares de racionalidade generalizada na esteira dos pilares do constitucionalismo moderno, se divorciava definitivamente da monarquia e se casava com a soberania popular.

Mais além, fenómeno parecido ao processo constitucional britânico - carente de um primevo ato fundador contraposto a um histórico, gradual e lento processo de construção e complexificação - é observado nos próprios processos constitucionais dos seus antigos domínios: as constituições escritas atualmente vigentes na Nova Zelândia, Canadá e Austrália nascem sob a forma de atos regulares do Parlamento Britânico, não se podendo afirmar que

qualquer um destes países tenha tido um momento constituinte em sentido próprio, qual seja, sob a concepção do constitucionalismo moderno, uma *escolha deliberada razoavelmente atribuível àqueles sujeitos à sua autoridade*.

Nesse sentido, certo é que, ante a ausência de uma efetiva ruptura constitucional de moldes revolucionários nos seus respectivos processos de independência, é difícil de se conceber, sob as matrizes do constitucionalismo moderno, a diferenciação e a autonomia dos sistemas constitucionais neozelandês, canadiano e australiano, uma vez que estes emergiram justamente de atos validados dentro da cadeia constitucional britânica.

Nada obstante, sustentando-se, tal como o faz Joseph Raz, que a continuidade de um sistema constitucional está intrinsecamente ligada à respectiva continuidade do sistema político, estando este ligado ao sistema social da comunidade, de modo que seriam necessárias considerações de fatores sociais, políticos e históricos para se determinar a identidade de um sistema constitucional e a sua eventual independência de sistemas predecessores (RAZ, 1979, p. 97-102); pode-se afirmar que os sistemas constitucionais dos antigos domínios britânicos se tornaram autônomos em relação àquele vigente no Reino Unido não só pelos processos formais de autonomização - iniciados na Nova Zelândia com a aprovação do New Zealand Constitution Act de 1852 pelo Parlamento Britânico e finalizados com o Constitution Act de 1986 aprovado pelo Parlamento Neozelandês, no Canadá com o British North America Act de 1867 e finalizado com o Canada Act de 1982 ambos aprovados pelo Parlamento Britânico, e na Austrália com o Commonwealth of Australia Constitution Act de 1900 aprovado em Westminster e finalizado com o Australia Acts de 1986 aprovado tanto pelo Parlamento Britânico quanto pelo australiano (OLIVER, 2005) -, mas sobretudo pela gradual diferenciação dos sistemas sociais e políticos daqueles países, que, de modo progressivo, materializou a identidade própria e a independência dos seus respectivos sistemas constitucionais.

Ao cabo, a inexistência de rupturas revolucionárias ou atos de escolha popular, racional e deliberada, contrapostos a processos históricos e graduais de construção, diferenciação e complexificação dos regimes constitucionais do Reino Unido, Nova Zelândia, Canadá e Austrália, até as suas formas atuais, nos leva, quiçá, um pouco mais longe das

teorias contratualistas tradicionais do constitucionalismo moderno - o poder constituinte de Sieyes, e mais tarde Schmitt, como a manifestação fundacional da nação, parece longe da realidade constitucional destes países (SIEYÈS, 2003b) - e aparentemente um pouco mais próximo das teorias do Estado de David Hume (HUME, 1960) e Adam Smith (SMITH, 1982).

Sem prejuízo, para além do sistema britânico e dos seus antigos domínios, existe uma transição de regime constitucional que, se por um lado materializa um cristalino processo de diferenciação e substituição do sistema político, por outro, emerge, de modo paradigmático, de atos validados dentro da cadeia constitucional que vem a substituir: o processo constituinte que resultaria na atual Constituição Brasileira de 1988, seria, principalmente em razão das características da transição entre o Regime Militar e a respetiva Nova República brasileira, sob uma óptica estrita de poder constituinte revolucionário, não uma efetiva rutura jurídica ou institucional do regime anterior, mas uma espécie de gradual transição juridicamente autorizada entre o Regime Militar instalado no Brasil desde 1964, e a instalação da Assembleia Nacional Constituinte de 1987/1988.

Após um período de considerável turbulência social e institucional, seguido da gradual abertura política do então Regime Militar, ensaiada no final de década de 70, tem o processo de construção da Constituição Brasileira de 1988 início estrito em novembro de 1985, com a promulgação da Emenda n.º 26 à Constituição Brasileira de 1967/1969, que viria a convocar os membros da Câmara dos Deputados e Senado Federal para que, em 1987, se reunissem unicameralmente sob a forma de uma Assembleia Nacional Constituinte de carácter livre e soberano, dispondo ainda sobre o processo de instalação e aprovação da Constituição (NAPOLITANO, 2014).

É justamente a modalidade de convocação da Assembleia Nacional Constituinte por meio de uma emenda constitucional *sui generis* à Constituição de 1967/1969, o fenómeno que causou, à época, certa perplexidade à comunidade jurídica: a então Constituição Brasileira de 1967/1969 não possuía, tal como possui a vigente Constituição Espanhola de 1978 em seu artigo n.º 168, uma modalidade de revisão global da Constituição, levando a que alguns juristas, como Manoel Gonçalves Ferreira Filho, sustentassem que a nova Constituição havia

sido efetivamente concebida por um *poder derivado* - adstrito inclusive aos procedimentos de emenda e às cláusulas pétreas do regime anterior, o que levaria à conclusão lógica de que a própria Emenda n.º 26 de 1985 haveria de ser inconstitucional face à Constituição de 1967/1969 -, que, por “uma paixão política”, indevidamente se autoneomeava *poder originário* (FERREIRA FILHO, 2014, p. 183-184).

De modo contrário a essa posição, José Afonso da Silva viria a sustentar que a Emenda n.º 26 à Constituição de 1967/1969 seria apenas o veículo formal empregado para a convocação da Constituinte, não se constituindo, no entanto, materialmente um ato de emenda, mas sim um ato essencialmente político (SILVA, 2005, p. 87); indo mais além Tércio Sampaio Ferraz Júnior, ao sustentar que a *sui generis* Emenda n.º 26, de modo extremamente subtil, ao alterar os próprios artigos n.º 47 e 48 da Constituição de 1967/1969 que disciplinavam o procedimento de alteração constitucional por meio de emenda, assumia-se não mais como o recetor institucionalizado da norma - *poder constituído* -, mas sim como um novo emissor - *poder constituinte*, cujo recetor seria, portanto, no caso da Emenda n.º 26, a futura Assembleia Nacional Constituinte -, de modo que a Emenda n.º 26 seria não mais uma norma pertencente ao quadro sistemático da Constituição de 1967/1969, mas sim a norma-origem do sistema ao qual pertenceria a futura Constituição de 1988 (FERRAZ JÚNIOR, 2019, p. 154-158).

Certo é que, ainda que não se compactue com o pessimismo esboçado por Manoel Gonçalves Ferreira Filho, e que se reconheça a ampla e ativa participação dos mais diversos setores da sociedade brasileira no processo de construção da Constituição Brasileira de 1988, necessário é se verificar que, no âmbito da conceção moderna de poder constituinte, materializada na ideia de uma *escolha deliberada e coletiva entre indivíduos livres e iguais, razoavelmente atribuível àqueles sujeitos à sua autoridade*, o processo constituinte brasileiro - em razão do modo de como se deu a transição entre o anterior Regime Militar e a respectiva Nova República, bem como no facto de ter sido uma emenda constitucional editada sob o regime e pelas instituições e regras do sistema constitucional pretérito, o próprio ato de rompimento entre a estrutura da Constituição de 1967/1969 face à Constituição de 1988 - não possui, de modo cristalino, uma *manifestação fundacional da nação na qualidade de detentora soberana de todo poder público* ou um *ato ou momento que efetivamente constitui*,

produz, e legitima o poder público de modo universal e compreensivo, só posteriormente organizando-o conforme os propósitos da escolha Constitucional.

Em sentido contrário, ao que parece, a Emenda Constitucional n.º 26 à Constituição de 1967/1969, ainda que, em razão do seu caráter *sui generis*, seja lida como um ato político e não efetivamente uma emenda - como propõe José Afonso da Silva -, ou como uma norma-origem do sistema ao qual pertenceria a futura Constituição de 1988 - como sugere Tércio Sampaio Ferraz Júnior -, encontra-se longe de ser um ato fundacional revolucionário próprio do momento constituinte moderno, restando, o processo constituinte brasileiro de 1987/1988, mais próximo dos processo constituintes dos antigos domínios britânicos - com as devidas diferenças, mas de modo equidistante de como se deram os processos constituintes da Nova Zelândia, Canadá e Austrália, ou seja, como um histórico, gradual e lento processo de construção e diferenciação do regime nóvel em relação ao regime anterior, ainda que marcado por atos normativos formais de independência jurídico-constitucional - do que de uma efetiva rutura constitucional nos moldes dos modernos conceitos de momentos constituintes inaugurados nas Revoluções Americana e Francesa.

Ao cabo, ainda que se diga que os sistemas constitucionais derivados do singular modelo jurídico-constitucional britânico, ou o processo constituinte brasileiro inaugurado pela peculiar Emenda Constitucional n.º 26 à Constituição de 1967/1969, constituam exceções *sui generis* à regra, de modo que em outros contextos, nomeadamente nos países oriundos da tradição jurídico-constitucional continental, o arquétipo do poder constituinte materializado como o *ato fundador de institucionalização da vontade popular* seria, em regra, condição necessária para a edificação de regimes constitucionais legítimos nos sentidos da conceção moderna do termo, um olhar mais atento à história constitucional demonstra justamente o contrário: as assembleias constituintes dotadas de legitimidade integralmente popular não parecem ser cânones, nem mesmo durante a explosão de constituições do pós-segunda guerra, do constitucionalismo contemporâneo.

2.2. Para além da vontade popular: o poder constituinte e o fenómeno da imposição constitucional

Cediço é que o paradigma constitucional do pós-segunda guerra - fundado, ante as atrocidades praticadas pelos regimes nazi-fascistas, em uma reconfiguração das estruturas elementares da democracia liberal, as quais passam a se assentar no primado da dignidade da pessoa humana, na cidadania materialmente igualitária, na figura do Estado como protetor, e no estabelecimento de uma estrutura de proteção jurisdicional preliminarmente doméstica, mas que gradativamente seria incorporada aos sistemas internacionais, para a efetiva garantia e concretização destes princípios (WEINRIB, 2006) - inaugura-se com a Lei Básica Alemã de 1949, a qual, nada obstante, notoriamente não nasce de um processo exclusivamente interno e democrático, tal como assentado no cânone do constitucionalismo moderno.

Em razão da sua ocupação pelos Países Aliados, a reivindicação de soberania e a convocação de uma assembleia constituinte nos moldes clássicos foi uma realidade distante para a Alemanha Ocidental no período pós-segunda guerra: ao revés, o processo constituinte que redundaria na até hoje vigente Lei Básica Alemã inicia-se com a Conferência de Londres, formada pelos três países ocupantes do lado ocidental - Estados Unidos da América, Inglaterra e França - e três países vizinhos - Países-Baixos, Bélgica e Luxemburgo - que, não só estabelecerá os parâmetros estruturais e materiais do futuro regime constitucional alemão, como também conferiria aos Países Aliados o poder de supervisão dos trabalhos constituintes - a serem realizados por uma assembleia constituinte - , sujeitando o texto construído - e, subsequentemente, qualquer emenda ou revisão nele realizada - à sua aprovação (LONDON CONFERENCE OF THE WESTERN FOREIGN MINISTERS, 1948).

Sem prejuízo, ante o receio de parte do corpo político alemão em promulgar uma constituição não só sob ocupação militar, como também excluindo considerável parcela da população alemã pertencente aos territórios orientais, foi acordado entre os Governadores Militares dos Países Aliados e os Ministros Presidentes dos Estados Alemães, que os trabalhos de reconstrução do sistema jurídico-constitucional alemão não seriam realizados por uma assembleia constituinte com o objetivo de final de apresentar uma constituição a ser aprovada em referendo pela maioria da população dos territórios ocidentais, mas sim por um

Conselho Parlamentar - constituído por setenta delegados nomeados pelos Parlamentos dos Estados - que elaboraria uma Lei Básica, de carácter provisório, do Estado Alemão, a ser aprovada pelos Governadores Militares e pelo menos dois terços dos parlamentos estaduais dos territórios ocidentais (U.S. DELEGATION, 1948).

Os Países Aliados, para além dos parâmetros estabelecidos durante a Conferência de Londres, viriam a intervir materialmente no processo constituinte alemão durante outras duas ocasiões - em novembro de 1948 (THE MILITARY GOVERNORS OF THE WESTERN ZONES OF OCCUPATION OF GERMANY TO THE PARLIAMENTARY COUNCIL, 1948) e em março de 1949 (THE UNITED STATES POLITICAL ADVISER FOR GERMANY (MURPHY) TO THE SECRETARY OF STATE, 1949) -, sendo, ao cabo, a Lei Básica Alemã, ainda no ano de 1949, aprovada pelos Governadores Militares representantes dos Países Aliados, ratificada por todos os parlamentos dos estados federados alemães com exceção do estado da Baviera, e, em maio do mesmo ano, promulgada pelo Conselho Parlamentar; servindo, nos anos seguintes, principalmente em razão da jurisprudência desenvolvida pelo Tribunal Constitucional Alemão, como um modelo para diversos outros sistemas constitucionais ao redor do globo, competindo, para alguns autores, com a própria influência emanada pela já bicentenária Constituição dos Estados Unidos da América (KOMMERS, 2019).

Ressalte-se, no entanto, que mesmo já consolidada, passa, no final da década de oitenta e início da década de noventa, a Lei Básica Alemã por uma espécie de “crise de identidade”, uma vez que a reunificação alemã significaria uma efetiva oportunidade para - nos termos do próprio artigo 146 da Lei Básica - se iniciar um processo constituinte efetivamente livre e democrático, com o fim de promulgar uma constituição aprovada por referendo e representativa de todo o povo alemão (MÖLLERS, 2007, p. 99-100).

Todavia, o que se viu foi novamente um processo distante da conceção moderna de poder constituinte de natureza revolucionária ou popular: ao invés do caminho estabelecido pelo artigo 146 da Lei Básica Alemã, optou-se pelo mais conservador processo de ascensão estabelecido pelo artigo 23 da Lei Básica, de modo que a incorporação da República Democrática Alemã à República Federal Alemã e ao seu respetivo sistema constitucional

deu-se, não por meio de uma assembleia constituinte, mas por meio das provisões do Tratado *Dois-Mais-Quatro* (Two-Plus-Four Treaty), negociado entre a Alemanha Ocidental, Alemanha Oriental e os países aliados da Segunda Guerra - Estados Unidos da América, Reino Unido, França e União Soviética - e do *Tratado da Unificação* (Unification Treaty), aprovado pelos parlamentos da Alemanha Ocidental e Oriental, que, tendo reformado parte da Lei Básica Alemã, nunca foi sujeito à aprovação popular por meio de referendo ou sequer aprovação por parte dos parlamentos dos Estados Federados (KOMMERS, 1995).

Ao cabo, vê-se que a Lei Básica Alemã - feita sob a supervisão e aprovação dos países ocupantes dos territórios ocidentais, e depois expandida durante a reunificação aos Estados Federados pertencentes à antiga Alemanha Oriental -, por mais que tenha se firmado como um modelo às demais constituições do período pós-segunda guerra, encontra-se, tanto na sua germinação nos anos 1948/1949, quanto no período da reunificação nos anos 1989/1990, distante de qualquer arquétipo de processo constituinte dotado de legitimidade popular: ao revés, foi através de imposições externas, um corpo constituinte não mais representativo do que a Convenção da Filadélfia (MERKL, 1963, p. 55), e de tratados multilaterais, que se consolida um dos mais sólidos regimes constitucionais da atualidade.

Sem prejuízo, certo é que não se pode ignorar que muitos dos atualmente vigentes sistemas constitucionais efetivamente nasceram de um momento constituinte como *ato produtor e legitimador do poder público*, materializado naquilo que poderia se dizer compreensivamente como uma *escolha deliberada e coletiva entre indivíduos livres e iguais sujeitos à sua autoridade*, independente de qualquer imposição ou pressão externa: a atual Constituição Portuguesa de 1976 manifesta-se, nesse sentido, como um efetivo exemplo de sistema constitucional construído a partir de uma Assembleia Constituinte não só originada de um movimento de rutura institucional, como também dotada de cristalina legitimidade democrática.

Significa, no entanto, dizer que o processo de construção da Constituição Portuguesa de 1976 é isento de qualquer elemento impositivo ou não democrático?

Cediço é que o processo constituinte português, que acabaria por redundar na atual Constituição Portuguesa de 1976, nasce diretamente da filosofia política invocada pela

Revolução dos Cravos de 25 de Abril de 1974, que rescindira, de vez, o sistema político-constitucional vigente durante o Estado Novo; e do então Programa do Movimento das Forças Armadas (MOVIMENTO DAS FORÇAS ARMADAS, 1974), que convocara uma Assembleia Constituinte soberana, ilimitada e incondicionada, a ser constituída no prazo máximo de doze meses com membros democraticamente escolhidos por meio de sufrágio universal, direto e secreto, e com o dever de redigir e aprovar àquela que seria a futura Constituição da República Portuguesa.

Nada obstante, as eleições para a Assembleia Constituinte acabariam por ser condicionadas à *1.ª Plataforma de Acordo Constitucional*, imposta, em 13 de abril de 1975, pelo Conselho da Revolução aos partidos que disputariam os assentos da Assembleia, e que desde já estabelecia (CONSELHO DA REVOLUÇÃO, 1975):

- a estrutura doutrinária socialista da futura Constituição;
- um período de transição a ser fixado entre três e cinco anos pela Constituinte;
- a futura estrutura institucional do novo regime, cujos Órgãos de Soberania deveriam ser o Presidente da República, o Conselho da Revolução, a Assembleia do MFA, a Assembleia Legislativa, o Governo e os Tribunais;
- e a independência das Forças Armadas, as quais seriam o garante e motor do processo revolucionário, conducente à construção de uma verdadeira democracia política, económica, e social.

As divergências dos projetos apresentados pelos partidos políticos já então assentados na Assembleia Constituinte em relação à estrutura imposta pela *1.ª Plataforma de Acordo Constitucional* acabaria gerando, em 08 de julho do mesmo ano, como resposta destinada a pressionar os trabalhos constituintes, o denominado *Documento-Guia da Aliança Povo-MFA* (MOVIMENTO DAS FORÇAS ARMADAS, 1995); sendo que os conflitos entre os partidos presentes na Assembleia Constituinte e o Movimento das Forças Armadas escalariam nos meses seguintes, e - dentre a queda dos IV e V Governos Provisórios, um cerco ao Palácio de São Bento em 12 de novembro, e uma tentativa de golpe militar em 25 de novembro - cessariam apenas com a celebração, em 26 de fevereiro de 1976, de um novo acordo denominado de *2.ª Plataforma de Acordo Constitucional* (CONSELHO DA

REVOLUÇÃO, 1976), o qual, ainda que menos impositivo, ainda manteria a estrutura institucional da *1.ª Plataforma*, bem como um período de transição de quatro anos no qual, ao fim, haveria a Segunda Legislatura de ter poderes constituintes para a reforma da Constituição (MIRANDA, 1997, p. 333-347).

A Constituição da República Portuguesa seria aprovada pela Assembleia Constituinte em 02 de abril de 1976, sendo que, em 1980, passaria pela sua primeira revisão, a qual viria a suprimir as marcas ideológicas socialistas advindas do Movimento, aperfeiçoar o catálogo de direitos fundamentais, clarificar o modelo sócio-económico português em uma perspectiva pluralista, desmilitarizar o sistema constitucional excluindo o Conselho da Revolução dos Órgãos de Soberania, substituindo-o pelo Tribunal Constitucional, e, por fim, (re)estruturar as relações institucionais entre os órgãos de soberania (MIRANDA, 1997, p. 377); reforma esta que, nas palavras de Canotilho, ante a manutenção dos princípios estruturantes do texto constitucional emanado em 1976 - quais sejam o Estado de Direito, o princípio democrático, a socialidade e os direitos fundamentais - apesar da sua profundidade, não viria a alterar a própria Constituição, mas eliminaria traços da metanarrativa política e da automovimentação da legitimidade revolucionária imposta pelo Movimento das Forças Armadas (CANOTILHO, 2003, p. 208-209).

Ao cabo, vê-se que a vigente Constituição Portuguesa de 1976 nasce de um movimento revolucionário que redundou em um processo constituinte conduzido por uma Assembleia Constituinte detentora de “legitimidade democrática”, uma vez que composta por membros eleitos por meio sufrágio universal, direto e secreto, mas sujeita às constantes interferências por parte do Movimento das Forças Armadas, assentado naquilo que Canotilho denomina de “legitimidade revolucionária” (CANOTILHO, 2003, p. 202).

O que os processos de construção constitucional da Alemanha e de Portugal parecem demonstrar, é que em considerável parte dos processos constituintes - incluindo mesmo aqueles que efetivamente se fundam em processos democráticos, livres e universais para a composição do órgão responsável pela deliberação e redação da carta constitucional -, verifica-se a presença de elementos impositivos que, ainda que não eliminem por completo a legitimidade democrática do processo constituinte, certamente afastam o seu produto final da

ideia ter a sua legitimidade integralmente fundada e originada na vontade popular: a inevitável presença de elementos impositivos nos processos constituintes faz-se tão constante que, no final das contas, nem mesmo aquele germinado em 1787 nos Estados Unidos da América - como narra Michael Klarman, a Convenção da Filadélfia havia sido aprovada pelo então Congresso da Confederação para o estrito e exclusivo propósito de revisar os então vigentes Artigos da Confederação, de modo que a Convenção não só foi feita por aristocratas que tanto perseguiram os seus próprios interesses, possuindo até mesmo certa hostilidade à democracia popular, como materializou-se, por esta razão, em um verdadeiro “golpe de estado” contra o regime apenas seis anos antes estabelecido (KLARMAN, 2016) -, cumpre, de modo integral, o ideal constitucional moderno de ser uma *escolha deliberada e coletiva, entre indivíduos livres e iguais, razoavelmente atribuível àqueles sujeitos à sua autoridade*.

Neste campo, é interessante se registrar o caminho percorrido por Yaniv Roznai, quando desenvolve o conceito de *constituições internamente impostas* (ROZNAI, 2019): para o autor, todas as constituições, mesmo aquelas originadas virtualmente de um *momento deliberativo livre e igualitário dentre os indivíduos de uma nação*, podem ser, na sua origem, consideradas como *constituições impostas*.

Roznai cita como exemplos de imposição interna potencialmente presentes até mesmo nos mais democráticos processos de construção constitucional:

- a *imposição geracional*, em que uma geração anterior, ao finalizar um processo constituinte, naturalmente imporá as suas escolhas político-constitucionais, tomadas em um processo constituinte, às gerações futuras (ROZNAI, 2019, p. 64-69);
- a *imposição maioritária*, em que os processos de construção constitucional baseados em decisões tomadas por maioria de votos, indubitavelmente significariam uma imposição em relação às minorias vencidas (ROZNAI, 2019, p. 69-72);
- a *imposição pela elite*, em que os processos de construção constitucional conduzidos, de modo exclusivo ou predominante, por uma elite política - tal qual fora a Convenção da Filadélfia -, certamente produziriam um sistema

constitucional que acabaria por alienar o restante da população (ROZNAI, 2019, p. 72-75);

- e a *imposição judicial*, em que o processo de interpretação/construção do texto constitucional exercido pelo poder judiciário seria, quando ausente qualquer outra forma de cooperação institucional, por si próprio uma espécie de imposição da constituição (ROZNAI, 2019, p. 75-78).

Para Roznai, sendo o elemento impositivo uma certeza no processo constituinte, a única variável comparável dentre as diferentes realidades de construção constitucional reside justamente no grau e na intensidade da imposição original ou revisional do regime constitucional, ou, no caso das *imposições judiciais*, das respectivas reconstruções judiciais das disposições constitucionais (ROZNAI, 2019, p. 78-80).

Ao cabo, o que se observa, portanto, é que por mais democráticos que sejam os processos de construção constitucional - o processo constituinte da Constituição Portuguesa de 1976 certamente o foi - dificilmente consegue-se atingir efetivamente o arquétipo ideal do processo constituinte como *manifestação fundacional da nação na qualidade de detentora soberana de todo poder público*; ao revés, a não ser que se divorcie a noção de poder constituinte de titularidade do povo ou da nação, das circunstâncias fáticas em que efetivamente se inauguram os sistemas constitucionais, ter-se-à um cenário em que nenhum regime constitucional vigente - por mais garantista ou democrático que seja - será legítimo ou válido em razão dos seus vícios de origem.

Deste modo, sendo o elemento impositivo uma constante presente - e, segundo Roznai, inescapável - nos mais diversos processos de construção constitucional; em que bases poderia então se assentar a conceção moderna de constituição e poder constituinte, fundados e inseparáveis da ideia racionalista de soberania popular?

Hans Lindahl oferece-nos um possível caminho alternativo, ao sustentar que o poder constituinte sempre clama ser um *ato popular de modo incompleto, excludente, prematuro e sob a necessidade de justificação*, a qual, como uma forma de redenção a posteriori, acomodaria, por meio da garantia de direitos fundamentais, separação de poderes e eleições democráticas, uma espécie de (auto)legitimação coletiva retroativa (LINDAHL, 2016).

2.3. A fábula do poder constituinte popular em contraposição à ulterior e necessária redenção democrática da constituição

Em 1976, em Charlottesville, no Estado da Virgínia, EUA, cidade natal de Thomas Jefferson, Jaques Derrida, em posse de um rascunho feito pelo então residente daquela cidade, do texto que acabaria por se tornar a futura Declaração de Independência Americana, faz uma interessante análise dos conceitos e clamores naquele documento empregados e consagrados: para o autor argelino, a afirmação de que a Declaração de Independência era feita em *nome e sob a autoridade e vontade do (bom) povo das Treze Colónias* seria claramente uma fábula, um simulacro de facto ou instante, em que “o bom povo da América”, que naquele ato se (auto)denominava como tal e se declarava independente, tinha, justamente naquele mesmo ato de assinatura e proclamação, inventada a sua identidade (DERRIDA, 2002).

Sustenta Derrida que os autores da Declaração de Independência Americana não conseguem e nem conseguiriam - em um interessante raciocínio que relembra os *círculos viciosos* de Sieyès, denunciados por Hannah Arendt (ARENDR, 1990, p. 161-162) -, não só em razão da ausência de qualquer autorização prévia para a sua representação, mas principalmente pela própria inexistência do suposto “povo representado” na qualidade de entidade autónoma a ser representada, fundamentar a sua autoridade na autorização do mesmo povo que afirma representar (DERRIDA, 2002).

Deste modo, segundo o autor argelino, a assinatura e proclamação da Declaração de Independência seria um “golpe de força” que não só fundaria a sua própria autoridade, como também inventaria o mesmo povo o qual dizia representar: é a assinatura da Declaração que cria o signatário, em uma *fábula retroativa*, em que a fonte da autoridade da fundação e do fundador reside, paradoxalmente, no próprio ato de fundação como produtor e garantidor da sua própria assinatura (DERRIDA, 2002).

As observações de Derrida explicitam de modo categórico a dificuldade de se sustentar - seja sob uma perspectiva histórico-factual, seja sob as lentes de uma análise jurídico-teorética - o arquétipo ideal do processo constituinte como *manifestação fundacional da nação ou do povo na qualidade de detentores soberanos de todo poder público*,

tornando-se, mormente face ao sempre presente elemento impositivo denunciado por Yaniv Roznai (ROZNAI, 2019), extremamente custoso corroborar com a afirmação racionalista de que o ato constituinte consistiria em uma *escolha deliberada e coletiva, razoavelmente atribuível àqueles sujeitos à sua autoridade, entre indivíduos livres e iguais*.

Ao cabo, não se chegando à radical posição sustentada por Yasuo Hasebe, de que a impossibilidade fática de representação de todos aqueles sujeitos à sua autoridade no processo constituinte - ainda que se recorra à tese do “consentimento tácito ou fictício” - significaria a inutilidade e dispensabilidade do próprio (mítico) conceito de poder constituinte no âmbito da doutrina constitucionalista (HASEBE, 2009), certo é, tal como salienta Ernst-Wolfgang Böckenförde, que a noção de que a fundamentação da legitimidade de um regime constitucional possa ser condensada em um único momento fundacional - ainda que este ato geracional tenha se materializado em uma pretensa *escolha deliberada e coletiva entre indivíduos livres e iguais* - acaba por se mostrar absolutamente insensata, senão até mesmo problemática e perigosa (BÖCKENFÖRDE, 2017, p. 175-176).

Nesse sentido, em contraposição justamente à ideia de que a legitimidade constitucional reside ultimamente na manifestação fundacional de um poder constituinte revolucionário e absoluto, Böckenförde sugere que as disposições elementares de uma constituição necessitariam de uma constante renovação dos seus alicerces existenciais, sem a qual o regime veria-se em um gradual processo de erosão da sua legitimidade, e a qual só é alcançada por meio do desenvolvimento de uma estrutura que possibilite que o poder constituinte continuamente “reviva” o momento constituinte e os fundamentos da legitimidade do sistema constitucional (BÖCKENFÖRDE, 2017, p. 176-179).

Segundo o jurista alemão, com o fim de assegurar a sua legitimidade a longo prazo, deve o sistema constitucional permitir a constante possibilidade de manifestação articulada do poder constituinte, enquanto o limita, organiza e canaliza; fornecendo, para tanto, estruturas institucionais e normativas que ultimamente garantam não só a efetiva possibilidade de participação política por parte daqueles indivíduos sujeitos à sua autoridade, como também resguardem os direitos de liberdade de opinião, expressão, imprensa e reunião, estabelecendo meios para que a população não organizada possa se manifestar no processo de participação e

reconstrução constitucional, tanto diretamente, por meio de referendos e plebiscitos, quanto indiretamente, por meio de eleições (BÖCKENFÖRDE, 2017, p. 179).

Sob esta perspectiva, para além da relevância do momento fundacional - materializado ou não como uma *escolha deliberada razoavelmente atribuível àqueles sujeitos à sua autoridade* -, deve-se considerar para a aferição da legitimidade de um regime se a própria estrutura constitucional constituída permite e possibilita, de um modo efetivo, que o povo, na qualidade de real possuidor do poder constituinte, participe do contínuo processo constitucional: a legitimidade de um regime não só não se consolidaria no seu momento gestacional mas, ao revés, tal legitimidade só poderia ser aferida na efetiva e contínua participação popular em um processo constitucional que não se exaure em uma sequência finita de atos fundacionais, mas sim se protraí no tempo durante a existência, vigência e imposição de um sistema constitucional.

É, destarte, nesse sentido que Bruce Ackerman, na esteira da sua proposta de *democracia dualista*, afirma que o poder constituinte (“We the people”), não se exauriria no momento fundador - com todos os seus possíveis vícios e limitações - da ordem constitucional - em específico do regime constitucional estadunidense -, mas continuaria presente e alicerçaria a legitimidade de uma constituição que garantisse e organizasse a sua manifestação por meio de debate, participação e decisão popular, tendo, segundo o autor, manifestado-se o poder constituinte (“We the people”) em diferentes pontos-chave da história jurídico-política norte-americana: central à proposta de Ackerman, está a ideia de que a Constituição Estadunidense, na sua formatação atual, não nasce, tal qual como seria em um “mito bicentenar”, exclusivamente do exercício constituinte levado à cabo pelos Pais Fundadores, sendo, ao revés, um produto de contínuas (re)fundações - o autor aponta nesse sentido como os diversos fundadores das “Eras da Constituição Estadunidense” os Pais Fundadores do final do século XVIII, os Republicanos da Reconstrução de meados do século XIX e os Democratas do New Deal dos anos 30 e 40 (ACKERMAN, 1991, p. 43-44) - da Constituição Estadunidense, por parte do poder constituinte (“We the people”), exercidas em momentos de manifestação da soberania popular, ainda que mediadas através das instituições políticas e judiciais norte-americanas (ACKERMAN, 1991, p. 34-57).

É, no entanto, Hans Lindahl que, sob uma perspectiva que relembra aquela esboçada por Derrida (DERRIDA, 2002), acaba por definitivamente propor a inversão da tradicional ordem *poder constituinte-poder constituído*, sustentando que este viria primeiro para, em um segundo momento de retroatividade validativa, se pressupor aquele (LINDAHL, 2006, p. 19).

Lindahl concorda com o paradigma do constitucionalismo moderno de que uma ordem constitucional só pode ser entendida como uma espécie de agência coletiva - não reduzível à soma das vontades singulares dos seus indivíduos componentes - *governada por uma percepção de inclusão, pertencimento e autogoverno*, elementos fundamentais para que se faça a diferenciação entre a “própria constituição” em relação a “constituições estrangeiras” (LINDAHL, 2016, p. 145-147).

Ocorre que, como afirma o autor neerlandês, não se pode falar em coletividade sem que a própria coletividade já esteja instituída, de forma que o poder constituinte já deve necessariamente existir sob a forma institucionalizada e democraticamente legitimada para que se possa, de modo retroativo, pressupor a sua própria origem: é desta forma que Lindahl sustenta que a garantia de direitos fundamentais, separação de poderes, e eleições justas e periódicas seriam elementos institucionais fundamentais e indispensáveis para a garantia de *inclusão, pertencimento e autogoverno*, elementares para a sustentação da legitimidade do regime constitucional, ainda que de forma retroativa à alimentar a autoridade do seu pretense momento fundador (LINDAHL, 2006, p. 21-24).

Desta forma, para Lindahl, o legítimo poder constituído viria, de certo modo, antes do poder constituinte, sendo o último não um ato efetivamente fundador da agência coletiva, mas uma representação retroativa de um suposto “passado criador” do regime presente, mostrando-se, portanto, para tal fim, necessário que o poder constituído seja bem-sucedido na representação da suposta comunidade fundadora: para o autor neerlandês, é a representação política, apenas possível no seio das comunidades efetivamente democráticas, que pode possibilitá-lo através da identificação da *inclusão, pertencimento e autogoverno* por parte da população (LINDAHL, 2006, p. 21-24).

Ao cabo, sustenta-se a aparente ideia de que vícios de origem, tal como o sempre presente elemento impositivo denunciado por Yaniv Roznai (ROZNAI, 2019), não afetariam a

solidez da fundamentação moderna e contemporânea da constituição, desde que o sistema inaugurado se funde na garantia de apropriada e deliberada participação dos indivíduos nos processos de tomada de decisão pública, bem como consolide normas gerais de proteção de direitos individuais e, logicamente, de participação política: o *poder constituinte*, concebido por Sieyès como a *manifestação fundacional da nação na qualidade de detentora soberana de todo poder público*, não mais necessitaria estar efetivamente presente no nascimento de um regime constitucional, mas sim potencialmente inserido na sua realidade quotidiana ao longo da sua existência e vigência, de forma que o foco da ribalta da conceção e da legitimidade da constituição passa do processo de construção da constituição para a necessidade de uma estrutura constitucional que garanta o seu efetivo e contínuo compromisso com a manifestação da soberania popular.

Nada obstante, permanece uma questão essencial à possibilidade de uma epistemologia da constituição: ainda que se descarte a necessidade de que o momento constituinte originário pressuponha um *ato de escolha deliberada e coletiva entre indivíduos livres e iguais*, permanece a substância democrática intrínseca ao objeto constituição, de modo que - e nos termos do artigo dezasseis da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão - não se poderia falar em constitucionalismo em regimes que não garantam direitos civis e políticos, ou não detenham uma estrutura institucional que assevere a separação de poderes e os processos democráticos.

É, em última análise, possível uma epistemologia constitucional que exclua do seu campo de estudo o fenómeno das constituições autoritárias?

2.4. O fenómeno das constituições autoritárias: exceção ou regra no universo do constitucionalismo contemporâneo?

Certo é que não são poucas as constituições atualmente vigentes que, através de uma estrutura fundada na salvaguarda de direitos civis e políticos, bem como em designs e processos institucionais de separação de poderes e manifestação democrática por meio de

eleições livres e periódicas, efetivamente garantem a concreta participação popular na contínua vida política do regime constitucional.

Nada obstante, facto é que também são diversos os sistemas constitucionais, vigentes ou históricos, que se situam ou se situaram em espectros absolutamente distantes do suposto consagrado cânone constitucional democrático: Zachary Elkins, Tom Ginsburg e James Melton, em um interessante levantamento histórico, revelam que de um universo de oitocentos e quarenta e seis sistemas constitucionais germinados entre 1789 e 2008, apenas cento e cinquenta e uma constituições poderiam ser classificadas, quanto ao seu arcabouço inaugural - ou seja, ignorando-se as reformas constitucionais subsequentes - como efetivamente democráticas, de forma que o surpreendente número seiscentos e noventa e cinco textos constitucionais promulgados neste período poderiam ser classificados como autoritários (ELKINS; GINSBURG; MELTON, 2014, p. 145).

Mais além, ainda que se considere que o fenómeno do *constitucionalismo democrático* vem a se consolidar apenas no século XX, mormente no contexto pós-segunda-guerra, facto é, como bem demonstram Elkins, Ginsburg e Melton, que mesmo no ano de 2008, dentre um universo de cento e setenta e oito constituições nacionais naquele ano vigentes, “apenas” setenta e nove poderiam ser classificadas como democráticas, de forma que quase três quintos, em um total de noventa e nove textos constitucionais, das constituições vigentes há pouco mais que uma década, poderiam ser efetivamente categorizadas como autoritárias (ELKINS; GINSBURG; MELTON, 2014, p. 145-146).

Mais do que uma raridade no cenário constitucional, o *constitucionalismo autoritário* parece ser prática tão ou mais frequente do que o próprio *constitucionalismo democrático*, manifestando-se, não raramente, como uma espécie de regime híbrido que combinaria as eleições competitivas tradicionais dos sistemas democráticos, enquanto marcados por graves violações da lisura dos processos eleitorais, tal como denunciado por Steven Levitsky e Lucan Way com o seu denominado conceito de *autoritarismo competitivo* (LEVITSKY; WAY, 2010), fenómeno que explica parcialmente o porque tais regimes, ainda que inegavelmente presentes e frequentes no cenário político internacional, passam relativamente despercebidos no âmbito da problemática constitucional ocidental.

Não se rejeita, no entanto, que a larga existência do fenómeno constitucional sob a sua face autoritária gera uma certa e óbvia perplexidade lógica e teórica: sendo as constituições, na sua definição mais elementar, essencialmente modos de regulamentação e limitação do poder, por que regimes autoritários se preocupariam em formalmente adoptá-las?

Milan Svolik, em interessante resposta a esta questão, sustenta empiricamente que tanto a degeneração de um sistema político democrático para a sua forma autoritária, quanto a efetiva consolidação de um regime autocrático, dificilmente se fazem de modo solitário ou isolado - ditadores raramente se consolidam sem a ajuda de aliados que forneçam ou complementem os recursos humanos e materiais necessários para elidir os desafiantes ao seu poder -, fazendo-se quase sempre necessária a união de diferentes círculos - usualmente compostos por elites tradicionais, financeiras, militares ou político-ideológicas - ligados sob a promessa de “divisão dos espólios” durante a transição e após a consolidação do poder, repartição esta que conduz forçosamente o ditador à necessidade de divisão de poderes no âmbito de regimes autoritários (SVOLIK, 2012, p. 88-89).

Certo é, no entanto, que a necessidade de união de diferentes círculos aliados, somada ao facto de que os sistemas autoritários carecem de uma autoridade independente que possa administrar o cumprimento de tais acordos dentre as elites governantes, criaria uma frágil, custosa e ineficiente estrutura de sustentação das próprias alianças políticas estabilizadoras do regime: qualquer suspeição - fundada ou infundada - dentre os partícipes, ou conflito na divisão de poderes ou “espólios”, poderia, potencialmente, gerar conflitos desestabilizadores do próprio regime (SVOLIK, 2012, p. 88-89).

Deste modo, a adoção de sistemas constitucionais dotados de estruturas formais de separação de poderes seria vantajosa, mesmo aos regimes autoritários, uma vez que reduziria as suas potenciais instabilidades sistemáticas ao estabelecer regras e procedimentos institucionalizados de divisão de poderes e “espólios”: o estabelecimento de estruturas constitucionais, por um lado, aumentaria a transparência da aliança dentre as elites dominantes ao fornecer estruturas possibilitadoras de interações regulares dentre os diferentes círculos no contexto de politburos, conselhos e legislaturas, conferindo às facções partícipes do regime autoritário a segurança de que quaisquer tentativas por parte do governante de

usurpar integralmente o poder ou os “espólios” serão impedidas a tempo; e por outro, facilitaria o monitoramento de problemas de incumprimento, sedição ou apostasia no âmbito da divisão de poderes e “espólios” dentre os círculos dominantes, ao consolidar regras formais relativas à filiação e jurisdição, bem como protocolos e processos de decisão coletiva que ratifiquem os compromissos de partilha entre os governantes e as facções aliadas, garantindo que quaisquer tentativas de violação do acordo seriam prontamente identificadas e eliminadas (SVOLIK, 2012, p. 89-90).

Vê-se, portanto, que a adoção de sistemas constitucionais formais por regimes autoritários diminuiria as ambiguidades e incertezas associadas às regras informais de divisão de poderes e “espólios”, reduzindo, através de instituições de coordenação e monitoramento, a abertura às violações dos acordos estabelecidos dentre os círculos e elites sustentadoras do regime, que poderiam levar a conflitos políticos potencialmente desestabilizadores do próprio regime autoritário (SVOLIK, 2012, p. 94).

Para além das *vantagens de coordenação e monitoramento do acordo de divisão de poderes e “espólios”* que a adoção de constituições formais oferecem aos regimes, David Law e Mila Versteeg somam outras duas interessantes hipóteses para as quais o constitucionalismo seria indubitavelmente vantajoso aos regimes autoritários:

- *A hipótese da economia política doméstica* (The Domestic Political Economy Hypothesis), segundo a qual, sustentam os autores, a adoção de uma constituição formal pode servir como uma forma de apaziguamento da relação entre o regime autoritário e as audiências domésticas, de modo que o estabelecimento de regras formais, objetivos, bases ideológicas e direitos materiais, serviria como ferramenta para aquietar as expectativas ideológicas e político-jurídicas da população - seja em relação às possibilidades de repressão por parte do regime, seja no próprio âmbito da expectativa de efetiva garantia de direitos e bens materiais -, assegurando o regime, por meio de comprometimentos ideológicos e/ou normativos, o apoio popular necessário para a sua manutenção (LAW; VERSTEEG, 2014, p. 170-171);

- e a *hipótese da sociedade mundial* (The World Society Hypothesis), fundamentada na ideia que, por vezes, os regimes autoritários adotariam sistemas constitucionais dotados de divisão de poderes e garantia de direitos com a finalidade de assegurar e sinalizar conformidade com as expectativas da comunidade internacional, adequandose, ainda que apenas formalmente, aos discursos de Estado de Direito, democracia e aos parâmetros de Direitos Humanos internacionalmente consagrados e demandados para aceitação e reconhecimento externos (LAW; VERSTEEG, 2014, p. 171-172).

Ao cabo, adotada a estrutura constitucional - seja por *razões de coordenação e monitoramento do acordo de divisão de poderes e “espólios”*, tal qual proposto por Milan Svobik, seja fundamentada na *hipótese da economia política doméstica* ou na *hipótese da sociedade mundial*, aventadas por David Law e Mila Versteeg -, disporiam, segundo Andres Schedler, os regimes autoritários modernos, essencialmente de duas categorias de instituições (SCHEDLER, 2013, p. 57-58):

1. As *instituições de dominação*, instrumentos de imposição autoritária desenhados com a finalidade de legitimar em bases jurídicas sólidas a violência, a distribuição de benefícios materiais, e a dispersão da ideologia fundante do regime, para produzir efetivação e cooperação no âmbito do monopólio do poder político; sendo divididas em:
 - a. *instituições de repressão*, estruturas burocráticas de repressão política, como o sistema penal, polícias secretas, as forças militares utilizadas no âmbito doméstico e, em casos mais extremos, os campos de concentração e *gulags*;
 - b. *instituições ideológicas*, estruturas de criação, sustentação e difusão das ideologias fundantes dos sistemas constitucionais autoritários, constituindo-se, em um primeiro plano, na sua máquina de propaganda e sistema educacional, mas igualmente incluindo a comunidade científica, associações desportivas e culturais, bem como a arte,

arquitetura, rituais e cerimónias - tais como feriados nacionais, festivais e até eleições de partido único - do regime;

c. e *instituições económicas*, materializadas nas estruturas fundamentais de relação entre os regimes autoritários e a economia, relação para Schedler fundamental - para além dos campos repressivo e ideológico - para a sobrevivência de qualquer regime autoritário;

2. e as *instituições de representação*, concessões constitucionais formais dos regimes autoritários aos princípios da representação popular e ao pluralismo social, que, instituídas com o fim de canalizar e filtrar os conflitos políticos dentro da sociedade, serviriam como contenções formais - e não materiais e muito menos efetivas, uma vez que, na maior parte dos regimes constitucionais autoritários, estão claramente sujeitas à manipulação por parte das *instituições de dominação* - ao regime vigente.

É, destarte, particularmente interessante se registar a ambivalente posição, estruturação e finalidade das *instituições de representação* dentro do quadro constitucional destes regimes autoritários: ao passo que a conceção constitucionalista moderna, fundada na ideia de que a legitimidade dos sistemas constitucionais só pode ser aferida com a efetiva e contínua participação popular, demanda a institucionalização das garantias de direitos fundamentais, separação de poderes e eleições, elementos fundamentais para a garantia de *inclusão, pertencimento e autogoverno* em um regime democrático; os sistemas autoritários, de modo extraordinário, se apropriam do discurso e da estrutura formal do constitucionalismo liberaldemocrático nascido nas Revoluções Americana e Francesa, e, degenerando-o, mas utilizando os mesmo institutos de garantias de direitos fundamentais, separação de poderes e soberania popular, *introduz instituições de representação* na estrutura institucional do sistema constitucional destes regimes, que, manipuladas e devidamente controladas pelas *instituições de repressão*, transformam-se em eficazes meios de controle e monitoramento dos próprios círculos estruturantes do regime, de apaziguamento da relação entre o regime e as audiências domésticas, de canalização e filtragem dos seus respetivos conflitos políticos - uma vez que

tornam-se estas instituições locais de ambivalente e manipulada cooperação entre o regime e a população -, e de cooptação e contenção de potencial oposição (SCHEDLER, 2013, p. 71-74).

É, nesse sentido, que as legislaturas deixariam de ser efetivos órgãos de representação democrática legitimadora do próprio sistema constitucional, e passariam a ser espaços controlados de negociação e barganha da divisão de poderes e “espólios” - tanto dentre as elites internas do regime, quanto entre o governante e as facções opositoras potencialmente disruptivas do regime -, reduzindo, portanto, os custos de transação política para as partes, uma vez que as incertezas negociais e as suas possíveis repercussões seriam filtradas e realizadas em um ambiente controlado, minimizando ainda a possibilidade de ruptura - interna ou externa - potencialmente desestabilizadora do regime (GANDHI, 2008, p. 77-82).

Por outro lado, o poder judiciário, constituído no âmbito da moderna doutrina constitucional como o braço do Estado responsável pela adjudicação de disputas entre os indivíduos, entre os indivíduos e o Estado, e entre os órgãos do próprio Estado, consistindo nessa seara como o árbitro final e fronteira última da garantia de direitos formais e materiais da sociedade; torna-se, no contexto dos regimes autoritários, em valioso recurso para as elites dominantes ao converter-se, para além de órgão de adjudicação de conflitos, em ferramenta juridicamente legitimada e legitimadora do regime para o controle social, alienação e exclusão da oposição política, otimização da coordenação e monitoramento tanto da própria máquina estatal quanto das facções internas e externas do regime, facilitadora do capital interno e estrangeiro, e implementadora - distante dos órgãos políticos - de medidas impopulares e controversas de interesse do regime (SVOLIK, 2012, p. 65-66).

Ao cabo, é emblemática a forma com que o constitucionalismo - em versão em absoluto degenerada e distante daquela concebida e idealizada no âmbito das Revoluções Americana e Francesa - não é apenas deliberadamente utilizado por regimes autoritários, como também mostra-se uma ferramenta extremamente útil para a sustentação destes regimes, ao fornecer estruturas tanto de coordenação e monitoramento do comprometimento das suas elites constitutivas, quanto de apaziguamento da relação entre o regime e as audiências domésticas ao aquietar as expectativas ideológicas e político-jurídicas da população, ao

mesmo em que cria a aparência de assegurar e sinalizar conformidade com as expectativas da comunidade internacional, adequando-se, ainda que apenas formalmente, aos discursos do Estado de Direito, democracia e aos parâmetros de Direitos Humanos internacionalmente consagrados e demandados para aceitação e reconhecimento externos.

Vê-se, em última análise, tal como sustenta Chris Thornhill, que a consagração e fixação de constituições como fundação e base legitimadora de sistemas jurídico-políticos tanto democráticos quanto autoritários, mostra-se cristalinamente conveniente ao possibilitar a redução da volatilidade política inserida no Estado e no seu sistema jurídico, possibilitando a sua progressiva diferenciação e autonomização em relação a conflitos políticos, e a sua consolidação como aparato normativo coerente e autosustentado, com fontes internas de autoridade e legitimidade que acabam por possibilitar, de modo compreensivo e até mesmo universalizado, o aumento do seu volume de poder e a simplificação do seu uso, afastando, ainda que apenas parcialmente, os seus riscos de rutura e conflito (THORNHILL, 2011, p. 144-145, 334).

Nada obstante, um óbvio problema ressurgue à tarefa de construção de uma epistemologia da constituição, do reconhecimento de que mesmo regimes autoritários, indubitavelmente distantes de garantir uma concreta participação popular na contínua vida política do regime, mas materializadores de quase três quintos das experiências constitucionais apenas no século XXI (ELKINS; GINSBURG; MELTON, 2014, p. 145-146), adotam e se beneficiam das estruturas jurídico-políticas oferecidas pelo constitucionalismo moderno e contemporâneo: como ficaria a concepção de que as constituições são validadas e legitimadas através de uma estrutura fundada na salvaguarda de direitos civis e políticos, bem como em processos institucionais de separação de poderes e manifestação democrática por meio de eleições livres e periódicas?

É possível, dentre os múltiplos espectros - tradicionais ou revolucionários, populares ou impositivos, democráticos ou autoritários - do fenómeno da constituição, a construção de uma epistemologia constitucional sólida, ao mesmo tempo que suficientemente abrangente?

2.5. A separação entre a natureza e o conceito de constituição

Se é certo que a manifestação do fenómeno constitucional nos mais múltiplos espectros - tradicionais ou revolucionários, populares ou impositivos, democráticos ou autoritários - da fundação e regulamentação do poder político, torna a tarefa de construção de uma epistemologia da constituição consideravelmente mais complexa, daí não resulta a impossibilidade da sua realização de modo autónomo e positivista, de forma a construir uma teoria que englobe o fenómeno constitucional nas suas mais variadas facetas, desde que, para tanto, seja feita a devida diferenciação entre a *natureza* e o *conceito* de constituição.

Conforme leciona Joseph Raz, para muitos filósofos não existiriam quaisquer diferenças entre o ato de explicar “o conceito de algo” e o ato de explicar “a natureza daquele algo sobre o qual recai conceito”: segundo o autor israelita, com a expansão da filosofia analítica, no início do século XX, como a principal metodologia de investigação científica, passou-se a se enfatizar a irredutível e indivisível conexão entre os *conceitos* e a *natureza* dos objetos de estudo, consolidando-se a compreensão filosófica de que o completo e integral entendimento de um *conceito* consistiria em conhecer e entender todas as características e elementos necessários do objeto por ele abarcado (RAZ, 2009, p. 18-20).

Em sentido contrário, Raz sustenta que uma *teoria em sentido estrito* de qualquer objeto deve revelar apenas as propriedades necessárias e essenciais deste mesmo objeto, a sua *natureza*, de modo que a explicação de um *conceito* seria a sua tarefa secundária derivada do facto de que parte do processo de explanar a natureza de um objeto seria expor como os indivíduos enxergam esse mesmo objeto (RAZ, 2009, p. 24): significa dizer que onde existe um objeto a ser o centro de uma *teoria em sentido estrito*, este objeto existe não só nos limites da sua *natureza* - abarcando, portanto, apenas as suas propriedades necessárias e essenciais -, uma vez que a sua construção e perceção necessariamente se dá através de um *conceito* que se materializa como *ponte entre este objeto e as palavras convencionalmente utilizadas para se referir a este mesmo objeto* (RAZ, 2009, p. 19).

Como exemplifica Raz, o *conceito* de triângulo equilátero - aplicável a triângulos com três lados iguais - tem propriedades diferentes do *conceito* de triângulo equiangular -

aplicável a triângulos com os três ângulos internos e externos iguais -, ainda que ambos os *conceitos* sejam unicamente aplicáveis àqueles triângulos cuja *natureza* - as suas propriedades necessárias e essenciais - seja ter três lados e três ângulos iguais: vê-se, deste modo, que o *conceito* de triângulo equilátero e o *conceito* de triângulo equiangular são aplicáveis - de diferentes maneiras, escopos e contextos - a um mesmo objeto, não abarcando, no entanto - por mais que clamem o fazer e realmente se aproximem da sua *natureza* -, integralmente todas as propriedades que consistiriam na sua mais básica essência (RAZ, 2009, p. 21).

Significa dizer que, ao passo que a *natureza* de um objeto seja limitada às suas propriedades necessárias e essenciais, os *conceitos* a ele aplicados podem, como percepções intersubjetivas da sua realidade, tanto não abarcar todas as suas características fundamentais, quanto não raramente acrescentam elementos sobressalentes às suas propriedades essenciais e necessárias, ainda que ao cabo clamem ser aproximações íntimas e até mesmo assenhoradas da sua *natureza* (RAZ, 2009, p. 22-23).

Deste modo, para Raz, investigar a *natureza* de um *objeto y* seria perquirir apenas as propriedades necessárias deste *objeto y*, propriedades necessárias estas sem as quais não se teria o *objeto y*, de modo que quando se fala da *natureza de algo*, se falaria daquelas propriedades que consistiriam na sua mais básica essência, ou seja, das características fundamentais que fariam com o *objeto y* seja aquilo que é; desta forma, uma *teoria em sentido estrito* de um objeto deve consistir em proposições necessariamente verdadeiras que expliquem o que é o objeto em estudo (RAZ, 2009, p. 24-25).

Tais proposições conduzem à conclusão lógica esboçada por Raz de que inquirições acerca da *natureza de algo* tem carácter necessariamente universal, uma vez que se as propriedades necessárias e básicas ao *objeto y*, sem as quais o objeto deixa de ser *objeto y*, fazem com o *objeto y* seja aquilo que é; necessariamente devem ser tais propriedades encontradas em todo e qualquer lugar em que se encontre o *objeto y*: para Raz, uma *teoria em sentido estrito* deve, portanto, ser necessariamente verdadeira sobre todo e qualquer *objeto y*, explicando as propriedades básicas inerentes à todo e qualquer *objeto y*, propriedades básicas estas presentes no *objeto y* em todo e em qualquer lugar ou circunstâncias em que se verifique a existência e a ocorrência deste *objeto y* (RAZ, 2009, p. 24-25).

Os *conceitos*, por sua vez, seriam para Raz criações filosóficas que se constituem como *ponte entre o objeto ao qual seriam os conceitos aplicáveis e as palavras utilizadas para se referir a este mesmo objeto* (RAZ, 2009, p. 18-19), consubstanciando-se, portanto, em complexos produtos histórico-culturais que, abarcando diferentes dimensões, se materializariam como regras convencionais - e, portanto, socialmente estabelecidas - que englobariam não somente o significado das palavras, como também reivindicariam a sua justeza, precisão ou veracidade na sua justaposição ou descrição dos objetos aos quais se aplicam: os *conceitos*, consubstanciados como convenções histórico-culturais alicerçadas em uma específica percepção de realidade, validade e verdade intersubjetiva, se aproximariam - ou pelo menos clamariam se aproximar - do degrau máximo de conformidade com a *natureza* dos objetos aos quais se aplicam (RAZ, 2009, p. 96-99).

Deste modo, o *conceito de algo* - diferentemente da *natureza de algo* de caráter necessariamente universal -, sendo um produto cultural de uma convenção social, teria para Raz uma natureza essencialmente paroquial: o conceito que a *sociedade ψ* tem do *objeto y* , por mais que clame ser a representação precisa da *natureza do objeto y* , pode ser diferente do *conceito* - que também clama ser a exata representação da *natureza* do mesmo objeto - que a *sociedade λ* tem do mesmo *objeto y* .

Significa dizer que, quando a Assembleia Nacional Constituinte Francesa, em 26 de agosto de 1789, afirma por meio da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão que “*Toute société dans laquelle la garantie des droits n’est pas assurée, ni la séparation des pouvoirs déterminée, n’a point de Constitution*”; tem-se, não como um ato instantâneo daquele corpo político, mas sim como um produto de um gradual desenvolvimento histórico-cultural de parte daquela sociedade francesa que viria a culminar na geração que efetivamente promoveria as reformas constitucionais, sociais e políticas que materializaram a Revolução Francesa, uma construção de um *conceito de constituição* que, ainda que de caráter cristalinamente paroquial, reivindica ainda assim a justeza, precisão e veracidade da sua justaposição ou descrição do que seria a *natureza da constituição* (RAZ, 2009, p. 85): para a realidade intersubjetiva da sociedade - ou pelo menos parte da sociedade - da França Revolucionária, a garantia de direitos e a separação de poderes seriam elementos essenciais do objeto constituição, *conceito* que no entanto se revelaria - diferentemente de quando se

trata da *natureza* da constituição - não ser nem imutável - uma vez que a própria sociedade francesa ultrapassaria, principalmente após a primeira-guerra mundial, a então predominante *conceção* liberal do Estado -, nem universal - uma vez que nem mesmo as sociedades dos países vizinhos da então França Revolucionária haveriam de construir, a curto ou médio prazo, *concepções* de constituição fundadas na garantia de direitos e separação de poderes.

Deste modo, para Raz, a explicação do *conceito de um objeto* seria apenas uma aproximação, condicionada à realidade intersubjetiva histórico-cultural da sociedade em que está inserido o observador, da *natureza deste mesmo objeto*, de modo que a percepção de qualquer objeto ou fenómeno seria, portanto, dependente do balizamento histórico-cultural da sociedade em que este mesmo observador está inserido: a percepção, compreensão e entendimento do *objeto* y estaria sujeita às condicionantes convencionais da *sociedade ψ* , de modo que toda e qualquer compreensão de um objeto seria inescapavelmente paroquial (RAZ, 2009, p. 40-41).

Isso certamente gera um paradoxo que mesmo Raz aparenta reconhecer: como seria possível se compreender a *natureza de um objeto* - as suas propriedades essenciais e necessárias, e conseqüentemente universais e imutáveis - a partir das limitações histórico-culturais que moldam a realidade intersubjetiva, e que se materializam nos *conceitos* paroquiais e mutáveis que realizam a intermediação entre a própria *natureza* do objeto e a possibilidade de percepção e compreensão do observador?

Ou no contexto da possibilidade de uma construção epistemológica da constituição: por quais razões pode-se pensar que a partir de um *conceito* que molda a percepção do observador acerca da constituição, seja constituído um caminho seguro para se teorizar acerca da *natureza da constituição*? Dentre os muitos *conceitos* paroquiais e mutáveis que clamam se aproximar da *natureza* da constituição, seria possível filtrar qual deles seria o mais adequado para a definição das suas propriedades essenciais e necessárias de carácter universal e imutável?

Reconhecendo o cristalino problema gerado por este paradoxo, não nega o autor israelita que uma explicação acerca da *natureza de um objeto* - a descrição das suas propriedades essenciais e necessárias - forçosamente perpassaria pelas destilação promovida

pelas *concepções* paroquiais e mutáveis deste mesmo objeto a que estaria sujeito o seu observador; nada obstante, sustenta Raz, a *natureza* propriamente dita de específicos objetos de estudo estaria livre das amarras produzidas pelas constrições histórico-culturais materializadas nos *conceitos*: se certo é que sem uma construção conceitual histórico-cultural de matrimônio, não pode existir o objeto - e portanto a *natureza* - da instituição matrimônio dentro daquele contexto que não possui o seu *conceito*; também é verdade que não é porque uma sociedade é destituída de qualquer *conceito* referente às moléculas, que o objeto molécula deixaria de existir, tampouco a sua *natureza* - as suas propriedades essenciais e necessárias -, se modifica em razão dos *conceitos* que lhes são aplicados (RAZ, 2009, p. 41-42).

No campo de uma epistemologia da constituição, significa dizer que o fenômeno constituição existe - com as suas propriedades essenciais e necessárias - em qualquer sociedade política, independentemente do *conceito* que lhe é aplicado - e mesmo que *conceito* algum seja-lhe aplicado -, de modo que uma sociedade política despida de qualquer *conceito* de constituição, ainda sim haverá de ter uma constituição, mesmo que não detenha consciência explícita deste fenômeno (RAZ, 2009, p. 39-41).

Nada obstante, se por um lado não são os *conceitos de constituição* determinantes da *natureza da constituição* - ainda que condicionantes, uma vez que moldadores da realidade intersubjetiva na qual está inserido o observador, das percepções e explicações das suas eventuais propriedades essenciais e necessárias -, por outro, são os *conceitos de constituição* fundamentais para a identificação - ainda que incompleta, uma vez que não é *natureza* - do seu objeto de análise, de modo que sem a intermediação dos *conceitos* entre o próprio objeto e a linguagem convencionalmente utilizada para a ele se referir, sequer seria possível entendê-lo e estudá-lo: para Raz, mostra-se fundamental para o desenvolvimento de uma *teoria em sentido estrito* - ou seja, da *natureza* de um objeto - os eventuais *conceitos* não só condicionantes do observador, mas àqueles alienígenas à sua própria realidade intersubjetiva (RAZ, 2009, p. 32-33).

Nesse sentido, se é certo que os *conceitos* pertencentes a diferentes contextos histórico-culturais são frequentemente e provavelmente alienígenas uns em relação aos outros,

de modo que a própria compreensão de *conceitos* forasteiros à realidade intersubjetiva em que se encontra o observador pode mostrar-se problemática, haja vista que não só a realidade intersubjetiva do observador molda a sua percepção dos fenômenos inseridos no seu próprio contexto histórico-cultural, como também constrange a sua percepção das culturas alienígenas à sua; torna-se imprescindível que o próprio observador se coloque como observador alienígena, comparando, a partir daí, os *conceitos*, práticas e instituições alienígenas com a sua própria realidade histórico-cultural intersubjetiva; não se rejeitando, no entanto, que a própria percepção do observador será naturalmente condicionada, uma vez a realidade histórico-cultural intersubjetiva em que o próprio observador está inserido servirá de parâmetro para a observação dos *conceitos* alienígenas, de modo que toda observação alienígena será, ao final, igualmente potencialmente incompleta, pelo menos até o domínio completo não só dos *conceitos* alienígenas, como daqueles próprios parâmetros da realidade do observador (RAZ, 2009, p. 41-46).

Significa dizer que uma epistemologia positivista da constituição necessita, sincronicamente, tanto se afastar de *concepções* - convenções histórico-culturais alicerçadas em uma específica percepção de um objeto - específicas de constituição, ao mesmo tempo em que exige a sua aproximação das inúmeras diferentes *concepções de constituição*, de forma a percebê-las e observá-las como diferentes *pontes* e percepções da *natureza da constituição*: em outras palavras, é através da mediação dentre diferentes concepções de constituição - e não estando isento o resultado final às interferências que a própria *concepção de constituição* na qual se insere o observador tem tanto no âmbito de sua mediação com a compreensão de outras *concepções*, como também em relação à *ponte* do que seria a efetiva *natureza de constituição* - que seria possível a construção de uma teoria que abarque, em primeiro lugar, as propriedades essenciais e necessárias de carácter universal e imutável da constituição, e, conseqüentemente, as condições também essenciais e necessárias para que esta se mantenha efetiva e vigente em qualquer lugar e contexto em que se verifique.

Em última análise, como bem aponta Robert Alexy, em não havendo acesso direto à *natureza* do objeto de estudo, qualquer trabalho epistemológico haverá de perpassar pelos *conceitos* que clamam ser a representação precisa da sua natureza; de modo que, ao cabo, a necessidade do filtro dos *conceitos* demanda do teórico tanto a análise das alternativas

conceituais que melhor representariam as propriedades essenciais e necessárias de carácter universal e imutável do objeto, quanto, e não menos importante, a consciência de que tais *conceitos*, em razão do seu carácter paroquial e mutável, haverão de influenciar as diferentes, e portanto incompletas, percepções da *natureza* do objeto (ALEXY, 2007, p. 164-166).

Isto posto, como poderia conceber-se as propriedades essenciais e necessárias de carácter universal e imutável da Constituição, ainda que por intermédio de conceitos histórico-culturalmente construídos? Rogério Ehrhardt Soares parece oferecer-nos um caminho interessante.

2.6. Uma proposta para a natureza da constituição: a constituição material e os conceitos de constituição de Ehrhardt

Rogério Ehrhardt Soares, ainda que não se filie às correntes positivistas da teoria do Direito, nem empregue na sua obra uma metodologia na linha da metodologia do *nexo conceito-natureza* elaborada por Joseph Raz; oferece-nos uma possível plataforma para a clarificação da diferença entre a *natureza da constituição* e os seus respetivos *conceitos* referenciais: conforme leciona o professor lusitano, fundamental seria para o estudo do Direito Constitucional - e para a transposição das confusões e contradições que o tema frequentemente suscita - a separação entre o que Ehrhardt denomina de *constituição material* e os *conceitos de constituição*, dentre os quais se insere àquilo que o autor designa como *constituição formal* (SOARES, 1986, p. 36-39).

Segundo Ehrhardt, toda comunidade política possui necessariamente uma *ordenação fundamental* que a constitui e lhe dá sentido: uma *constituição material* que, *sincronicamente, individualiza a comunidade em que se aplica* como um corpo político e social autónomo por meio da autorreferenciação diferenciada e autonomizada da própria comunidade através do desenvolvimento da representação *nós e os outros* (SOARES, 1986, p. 36); *assinala e organiza a titularidade e a forma de exercício dos seus atinentes poderes políticos* por meio da indicação do titular, da sua legitimação, das suas formas de manifestação, e dos seus limites no exercício destes mesmos poderes (SOARES, 1972, p. 3); e *exterioriza as estruturas*

e sentidos inerentes aos seus respectivos corpos político-sociais, apontando os fundamentos, objetivos e valores que, histórico-culturalmente construídos, moldam a própria realidade intersubjetiva subjacente e necessária para a existência estruturada da comunidade como tal (SOARES, 1972, p. 3-5).

Para o autor, se com a modernidade tornou-se corrente nas constituições não só a inclusão de elencos de garantias fundamentais dos particulares face ao poder público, como também, e em sentido contrário, a regulamentação cada vez mais pormenorizada de um Estado dotado de complexos arcações de órgãos e serviços voltados para o desempenho de tarefas técnico-económicas não raramente atribuídas ao próprio Estado por meio de disposições positivadas no seu quadro constitucional (SOARES, 1972, p. 4); é a *constituição material*, caracterizada como *ordenação fundamental que, sincronicamente, individualiza a sua respetiva comunidade, indica e organiza a titularidade e a forma de exercício dos seus atinentes poderes políticos, e exterioriza as estruturas e os sentidos inerentes aos seus respetivos corpos político-sociais*, a estrutura organizadora basilar e essencial das comunidades como unidades políticas, estando presente, portanto, em todos os Estados, em qualquer época (SOARES, 1986, p. 36).

Nesse sentido, aponta o autor que se a ideia de uma *ordenação fundamental* sistemática da vida do Estado só começa a se fixar no século XVII, daí não resultaria a consequente inexistência de princípios jurídicos fundamentais estruturadores da vida política e do exercício do poder comunitário nos períodos anteriores à modernidade; ao revés, o fenómeno daquilo que se caracteriza por *constituição material* há de ser identificado desde os alvares das civilizações, independentemente de acontecimentos históricos ou formatações histórico-culturais específicas: Ehrhardt aponta, para tanto, o *nomos* da antiguidade grega, as *Leis da República* no contexto romano, e as *Leis Fundamentais do Reino* no contexto da Idade Média; como materializações incompletas das suas respetivas *constituições materiais* (SOARES, 1986, p. 37).

Seria, no entanto, com a passagem da Idade Média à Modernidade que, ao provocar uma transformação paradigmática no cenário político-cultural ocidental, consubstanciada não só no surgimento da figura do Estado Moderno - que dissolveria a tradicional representação

de *communitas* em favor de uma nova ideia de identidade e maquinaria política abstrata, servida por uma aparelhagem coesa e eficaz -, como também no advento e avanço de um movimento filosófico racionalista e individualista que daria origem à *conceção* de uma constituição materializada em um ato fundacional que seria o resultado de uma *escolha racional, deliberada e coletiva, que, não apenas modifica e regulamenta, mas efetivamente constitui, produz, e legitima o poder público de modo universal e compreensivo*, só posteriormente organizando-o conforme os propósitos da escolha constitucional, de modo que o poder público passa a só poder ser exercido de acordo e dentro da sua própria estrutura, podendo ser aplicado apenas dentro do território em que a soberania popular houvesse clamado a sua supremacia; que se teria a gênese daquilo que Ehrhardt denomina de *constituição em sentido formal* (SOARES, 1986, p. 37-39).

Tendo aparecido pela primeira vez com as *Fundamental Orders of Connecticut de 1639*, seguidas pelo *Agreement of the People de 1647* e pelo *Instrument of Government de Cromwell de 1653*, as *constituições em sentido formal* ganhariam efetivo impulso com a *Constituição da Virgínia de 1776*, com a *Constituição Estadounidense de 1787*, e com o movimento revolucionário francês, cujo desejo de calculabilidade e racionalização do poder demandaria uma forma escrita e declaratória, materializadora da própria constituição e manifestação da sociedade (SOARES, 1972, p. 6-7). Já no século XX, em um contexto histórico-cultural distante das preocupações revolucionárias, ganharia o *conceito de constituição em sentido formal* uma flexibilidade que lhe permitiria abarcar tanto as constituições escritas quanto àquelas não escritas, bem como as rígidas e flexíveis (SOARES, 1972, p. 8), sendo-lhe demandada apenas a sua positivação na qualidade de *ato fundacional organizador do Estado* (SOARES, 1986, p. 38).

Sem prejuízo, necessário é se ressaltar que a *constituição em sentido formal* proposta por Ehrhardt consistiria não em um abandono da sua também proposta *constituição material*, mas sim em uma *conceção* histórico-cultural alicerçada em uma específica percepção da realidade intersubjetiva, que clama, dentro das suas condicionantes, se aproximar do degrau máximo de conformidade com a própria *constituição material*, de modo que apesar de abarcá-la e encobri-la, não se confunde com ela propriamente dita (SOARES, 1986, p. 69): em outras palavras, as *constituições em sentido formal* propostas por Ehrhardt, e concebidas,

na esteira do racionalismo moderno, como *atos fundacionais resultantes de uma escolha racional, deliberada e coletiva* que positivam e formalizam a constituição, nada mais seriam do que conceitos histórico-culturais condicionados e condicionadores que serviriam como *ponte* entre a *natureza da constituição* - a *constituição material* - e as palavras - dentro de uma realidade intersubjetiva específica - possivelmente utilizáveis para se referir a esta mesma *natureza da constituição* (SOARES, 1972, p. 8-9).

Ao cabo, Rogério Ehrhardt Soares desenvolve inadvertidamente, através da sua explanação do que seriam as *constituições materiais*, uma verdadeira definição do que seria a *natureza da constituição* no âmbito da metodologia do *nexo conceito-natureza* de Joseph Raz; de modo que a necessidade da construção de conceitos de constituição como *pontes* imprescindíveis entre as *constituições materiais* de Ehrhardt, e as palavras utilizadas para se referir à estas mesmas *constituições materiais*, explicita o fenómeno da descrição condicionada à realidade intersubjetiva histórico-cultural da sociedade em que está inserido o observador por meio dos conceitos que moldaram a sua própria percepção de constituição: como parece sustentar de modo implícito e intuitivo o autor português, a *constituição material* nunca seria conhecida e referida por si própria, sem qualquer intermediação e sobreposição conceitual histórico-cultural construída, de forma que o *nomos* da antiguidade grega, as *Leis da República* no contexto romano, as *Leis Fundamentais do Reino* no contexto da Idade Média, e a *constituição em sentido formal* da modernidade, nada mais seriam do que convenções histórico-culturais alicerçadas nas suas respectivas percepções de realidade intersubjetiva, que intermediariam, de modo incompleto, a relação entre a própria *constituição material* e as palavras utilizadas para se referir a esta mesma *constituição material*, clamando e sendo percebidos tais conceitos, nos seus respetivos contextos histórico-culturais, como o degrau máximo de justaposição com a *natureza* da própria constituição.

Deste modo, pode-se compreender a razão pela qual elementos como a *participação apropriada e deliberada dos indivíduos nas decisões pública*, a *separação de poderes* e a *garantia de direitos fundamentais* são recorrentemente referidos como propriedades essenciais e necessárias às constituições: tais elementos são resultados de uma construção histórico-cultural - e nesse ponto, ressalte-se a importância das Revoluções Americana e Francesa neste mesmo contexto histórico-cultural moderno e contemporâneo ocidental - que

materializa-se em um *conceito próprio de constituição*, que, por sua vez, atuaria como intermediador indispensável para que um observador, neste mesmo contexto histórico-cultural inserido, possa referir-se não só ao que seria a *constituição material - a natureza da constituição -*, como também atuaria como *ponte* entre o seu próprio *conceito de constituição* e *conceitos de constituição alienígenas*.

A miopia do observador o impediria de compreender diretamente a *natureza das constituições* como *ordenações fundamentais que, sincronicamente, individualizam as suas respectivas comunidades, indicam e organizam a titularidade e a forma de exercício dos seus atinentes poderes políticos, e exteriorizam as estruturas e sentidos inerentes aos seus respectivos corpos político-sociais*, isoladas de qualquer parâmetro histórico-cultural: isso se comprova uma vez que quando se pensa em qualquer regime constitucional, logo já se constrói as suas propriedades e características, de modo crítico ou não, utilizando-se como parâmetro a própria realidade intersubjetiva - o *conceito de constituição* - em que o observador está inserido, o que, no entanto, não pressupõe a inexistência ou a inutilidade de se tentar explicar e desenvolver o que seria a *natureza da constituição*.

Ao revés, se os *conceitos de constituição* - mutáveis e paroquiais, ainda que condicionantes à observação - substituíssem a própria *natureza da constituição* - de carácter universal e imutável -, chegar-se-ia à absurda conclusão - tal qual afirmar que a *natureza* do objeto molécula se modifica em razão dos *conceitos* que a ele são aplicados - de que um fenómeno materializado em uma *ordenação fundamental que individualiza uma respetiva comunidade, que indica e organiza a titularidade e a forma de exercício dos seus atinentes poderes políticos, e exterioriza as estruturas e sentidos inerentes ao seu respetivo corpo político-social*, mas que foge dos parâmetros condicionados pela realidade intersubjetiva histórico-cultural da sociedade em que está inserido o observador, não seria, por si próprio, uma manifestação do fenómeno constitucional.

Tanto Joseph Raz (RAZ, 2009, p. 323-324), quanto Rogério Ehrhardt Soares (SOARES, 1972, p. 7-8), parecem concordar que incontáveis são as formas que as constituições podem tomar, de modo que, ainda que se restrinja o fenómeno constitucional às constituições nacionais atualmente vigentes, depara-se o investigador com um cenário

desoladoramente heterogéneo: das constituições escritas àquelas consuetudinárias; dos sistemas constitucionais que nascem de momentos de rutura àqueles que se consolidam através de um histórico, gradual e lento processo de construção, diferenciação e complexificação; das constituições que são construídas por meio de uma concreta participação popular e democrática por meio de assembleias constituintes, àquelas que são produto de imposições tanto externas quanto internas; muitas são as formas em que se observa aquilo que se materializa como *ordenação fundamental que, ao mesmo tempo em que individualiza por meio de auto-referenciação diferenciada e autonomizada, indica e organiza a titularidade e a forma de exercício dos seus atinentes poderes políticos, e exterioriza ainda as estruturas e sentidos inerentes ao seu respetivo corpo político-social*.

Nesse sentido, se por um lado não se nega o papel fundamental que o racionalismo e as doutrinas contratualistas dos séculos XVII e XVIII, e as respetivas Revoluções Americana e Francesa, tiveram na história, doutrina e práticas constitucionais, podendo-se indubitavelmente afirmar que tais ideias e momentos foram fundamentais para a *conceção de constituição* que se tem no mundo ocidental (SOARES, 1972, p. 7-8); por outro, a afirmação perentória de que “*Toute société dans laquelle la garantie des droits n’est pas assurée, ni la séparation des pouvoirs déterminée, n’a point de Constitution*”, inevitavelmente conduz à conclusão de que considerável parte dos regimes constitucionais vigentes e históricos, carentes dos elementos modernos da garantia de direitos e separação de poderes, não seriam, paradoxalmente, regimes constitucionais.

Deste modo, a separação entre a *natureza da constituição* e os respetivos *conceitos de constituição*, tal qual o propõe metodologicamente Joseph Raz, e, aparentemente, o realiza Rogério Ehrhardt Soares com a cisão entre a sua *constituição material* e os respetivos *conceitos de constituição*; oferece, ainda que não imune às críticas, um caminho que permitiria preservar os caros ideais de liberdade, igualdade e fraternidade, constitucionalmente materializados por meio dos institutos da garantia de direitos fundamentais, separação de poderes e eleições democráticas, e que acabaram por moldar o próprio *conceito ocidental de constituição*, sem que seja necessário sucumbir à paradoxal

ideia de que aquelas sociedades que detêm sistemas constitucionais que não se amoldem aos parâmetros ocidentais não detêm constituição.

Ao se conceber, na esteira da proposta de Ehrdardt, a *natureza das constituições como ordenações fundamentais que, sincronicamente, individualizam as suas respectivas comunidades, indicam e organizam a titularidade e a forma de exercício dos seus atinentes poderes políticos, e exteriorizam as estruturas e sentidos inerentes aos seus respectivos corpos político-sociais* (SOARES, 1986, p. 36), não se rejeita que a realidade histórico-cultural ocidental molde a sua própria percepção de constituição como necessariamente garantista e democrática, ao mesmo tempo em que não se exclui a possibilidade que outras sociedades, com diferentes realidades histórico-culturais condicionantes, inescapavelmente as concebam de outras formas.

Nada obstante - e Ehrdardt aparenta reconhecê-lo (SOARES, 1972, p. 10) -, se por um lado, pode-se afirmar que toda e qualquer comunidade política é dotada de *ordenações fundamentais que, sincronicamente, individualizam as suas respectivas comunidades, indicam e organizam a titularidade e a forma de exercício dos seus atinentes poderes políticos, e exteriorizam as estruturas e sentidos inerentes aos seus respectivos corpos político-sociais*; por outro, certo parece ser que daí não resulta uma resposta às interrogações relacionadas ao nascimento das constituições, e muito menos dos fundamentos da legitimidade e da autoridade dos regimes constitucionais.

Deste modo, para a possibilidade de uma construção jurídico-teorética do fenómeno constitucional, mostra-se necessário, considerando o percurso já caminhado, dar um passo para trás, perguntar, e tentar responder: quais seriam os fundamentos de legitimidade e autoridade que sustentariam a própria existência e vigências destas mesmas ordenações fundamentais?

3. Por que são válidas as constituições? Alguns problemas jurídico-teóricos para uma fundamentação das ordenações fundamentais.

3.1. O poder constituinte em Emmanuel Sieyès e a sua nova roupagem por Carl Schmitt.

What is constituent power from the perspective of juridical theory? It is the source of production of constitutional norms — that is, the power to make a constitution and therefore to dictate the fundamental norms that organize the powers of the State. In other words, it is the power to establish a new juridical arrangement, to regulate juridical relationships within a new community. “Constituent power is an imperative act of nation, rising from nowhere and organizing the hierarchy of powers.” This is an extremely paradoxical definition: a power rising from nowhere organizes law. (NEGRI, 1999, p. 2)

Se é certo que as constituições modernas e contemporâneas - com provavelmente a única exceção da Constituição Inglesa, e, de certo modo, dos seus respectivos antigos domínios - invariavelmente passam a existir como consequência de algum ato fundador da constituição na qualidade de *ordenação fundamental que tanto individualiza a sua respetiva comunidade, quanto indica e organiza a titularidade e a forma de exercício dos seus atinentes poderes políticos, ao mesmo tempo em que exterioriza as estruturas e sentidos inerentes ao seu respetivo corpo político-social*, como deve-se entender esse momento concretizador?

Foi procurando estruturar tal momento concretizador sob uma perspectiva jurídico/político-teórica, que Emmanuel Sieyès acabou por forjar um dos conceitos que hoje moldam a maneira como se pensa a teoria da constituição e o próprio Direito Constitucional: o conceito do *poder constituinte*.

Colocando a *nação* como titular desse poder, pode-se dizer que Sieyès inaugurou uma nova tradição no pensamento democrático: aquela que identifica, como principal elemento da democracia, a capacidade dos membros de uma comunidade política darem, a si próprios, uma constituição (SIEYÈS, 2003b).

Sob claras matrizes contratualistas, o poder político para Sieyès forma-se a partir dos indivíduos em comunidade, com as suas vontades individuais, as quais se manifestam, em um segundo momento, sob a forma comunitária, de modo que a expressão do direito materializa-se exatamente conforme a vontade comum edificada; ainda que, ao mesmo tempo

em que coloca as bases do *poder constituinte* na vontade comum, Sieyès determine o elemento representativo enquanto inevitável para a funcionalidade deste tipo de sistema (SIEYÈS, 2003a, p. 11-13).

Desta forma, o exercício do poder é delegado a representantes, mesmo que a sua titularidade permaneça com a *nação*, sendo parte integrante dela: a nação torna-se um organismo extremamente necessário para a consolidação do *poder constituinte*, fundamentando-se não como a soma dos indivíduos de um Estado - como pode ser interpretado o conceito de *povo* -, mas sobretudo como uma vontade coletiva que se manifesta concretamente (SIEYÈS, 2003b, p. 97).

Sob tais balizas, ainda que a sua fundamentação se incline para que o *poder constituinte da nação* seja operacionalizado por um corpo de representantes, este poder é inalienável, nunca podendo, portanto, ser renunciado por seu titular: ao cabo, os representantes nunca podem ir além daquilo que os representados possibilitaram-lhes, uma vez que o poder delegado não é pleno, mas sim derivado do poder da *nação* (SIEYÈS, 2003b, p. 134-135).

Certo é que colocar a *nação* nesse lugar de criador e organizador maior, é uma clara tentativa, por parte de Emmanuel Sieyès, de dar solução justamente à questão do fundamento da validade e legitimidade da ordem jurídico-constitucional, mormente em um momento em que a busca da legalidade e igualdade jurídico-formal, propagada pelos ideais da Revolução Francesa, surge acompanhada da laicização do Estado própria da filosofia iluminista: se antes o fundamento último da ordem constitucional era encontrada no Deus transcendente, aquele que é criador independente e absoluto; a saída do direito divino do campo do político demanda um outro gênero de fundamentação da legitimidade do Estado, uma que fosse imanente à própria ordem que se quer legitimar, criando-se, para tanto, a figura do *poder constituinte* popular sob a forma de *nação*.

Para Sieyès, é na condição de *poder constituinte* que o povo pode exercer de modo mais puro as prerrogativas da sua soberania, uma vez que não está amarrado a configurações pré-existentes, não está limitado por nenhuma norma anteriormente positivada, e nem depende do funcionamento de instituições que tenham sido previamente estabelecidas: o

momento extraordinário da tomada da “decisão política fundamental” seria o único momento em que o *povo* estaria verdadeiramente livre para fazer valer e concretizar a sua vontade, vindo, portanto, dessa manifestação, a própria legitimidade do sistema jurídico-constitucional (SIEYÈS, 2003b, p. 137-139).

Significa dizer que, se por um lado, dentro do Estado constituído, todos os agentes estão limitados pela ordem constitucional posta, de modo que ali nenhum poder é absoluto - nem mesmo aquele do *povo* enquanto “não-nação” -, e todas as normas constitucionais e infraconstitucionais, bem como as instituições jurídicas e políticas criadas pela constituição - com o seu modo de funcionamento e procedimentos pré-determinados -, são limitadores da ação política, de forma que o *povo*, enquanto não se manifeste como *poder constituinte da nação*, está dentro e não acima da constituição, não podendo modificar-lhe a sua essência e nem agir fora do seu contorno sem que isso implique uma derrubada da ordem estabelecida; é justamente a atuação popular na qualidade de *poder constituinte da nação* a materialização do que se entende por revolução: a derrocada de uma ordem constituída por um poder que pretende atuar sem limites pré-estabelecidos, para então manifestar e colocar em vigência uma diferente decisão política-jurídica-constitucional, que irá, potencialmente, criar uma nova ordem.

Assumindo que o poder, para agir dessa forma, reside somente no *povo* na qualidade de *nação*, o *poder constituinte* funciona exclusivamente no momento da revolução como criador absoluto: a democracia, entendida como a força ou o poder do *demos*, parece ser plenamente realizada apenas nessas condições.

Sem prejuízo, é plausível que o mais famoso argumento crítico da proposta de Sieyès reside naquilo que Hannah Arendt denomina de “os *dois círculos viciosos* do *poder constituinte/poder constituído* - ou *círculos viciosos de Sieyès*” -, ambos centrados no questionamento da autora da suposta impossibilidade de se estabelecer um momento fundacional absoluto, conferidor de legitimidade e autoridade a qualquer ordem política/jurídica: conforme sustenta Arendt, se do ponto de vista político a proposta de Sieyès esbarraria na arbitrariedade e na ausência de um lastro autorizador ou legitimador daquele que reclamaria o exercício do *poder constituinte em nome da nação* (ARENDR, 1990, p.

161-164); sob a perspectiva jurídica, é justamente a ausência desse lastro legitimador - àqueles que se uniriam para fundar um novo regime constitucional estariam agindo, perante a constituição vigente, sob o vício da inconstitucionalidade - o óbice para a fundamentação da legitimidade normativa dos regimes constitucionais (ARENDETT, 1990, p. 183-184).

Mais além, como bem denunciado por Jaques Derrida em relação à Declaração de Independência Americana e ao seu suposto criador “o bom povo da América”, ao que parece, a *nação* de Sieyès não existiria até o ato fundador da nova constituição: não seria o *poder constituinte*, suposto materializador da vontade da *nação*, o criador e fundador da nova ordem constitucional, outorgando-lhe legitimidade e autoridade; ao revés, seria o ato de criação e fundação do novo regime constitucional o momento de invenção, tal como em uma *fábula retroativa*, desta mesma *nação* da qual diz-se ser a constituição produto da sua vontade (DERRIDA, 2002).

De modo efetivo, como se poderia definir exatamente a atuação do *povo* na qualidade de *poder constituinte da nação*? Como pode-se dizer que todas as constituições derivam a sua autoridade de um *poder constituinte* fundando na pretensa legitimidade democrática da *nação*, quando a própria Revolução Francesa - ocorrida no contexto da feitura da obra de Emmanuel Sieyès - demonstra que o pacto constituinte é muitas vezes obra de um pequeno grupo oligárquico, sem qualquer respaldo popular, que se autointitula o porta-voz da vontade da *nação*?

Na tentativa de ultrapassar tais questionamentos, nenhum teórico constitucional levou Emmanuel Sieyès mais longe do que Carl Schmitt, que, se por um lado insistia no caráter absoluto e ilimitado do *poder constituinte*, por outro, sustentava a ideia de que, em vez de exaurir-se no ato de constituição, o *poder constituinte* continuaria a existir, sincronicamente, anteriormente, acima, dentro e potencialmente até mesmo em contraposição à constituição (SCHMITT, 2008, p. 268-271).

A partir de uma perspectiva positivista, e em uma aparente - ainda que somente presumida - convergência com as observações de Derrida, Schmitt define a constituição como ato de vontade de um *poder constituinte*, mas que, paradoxalmente, acaba ao mesmo tempo por materializá-lo na qualidade de forma e modo da *unidade política*, cuja existência seria-lhe

pressupostamente anterior: a *constituição positiva* e o *poder constituinte* não teriam, assim, a função de “fundar” o estado jurídico-constitucional, mas unicamente de materializar a determinação consciente sobre a melhor forma de organizar a *unidade política* (SCHMITT, 2008, p. 75-76).

Nesse sentido, em contraposição a Emmanuel Sieyès, Schmitt utiliza o termo *unidade política*, preferindo-o à *nação*, como correspondente à sociedade, sendo, portanto, a *unidade política* que, atuando como *poder constituinte*, decide dar-se uma nova forma de organização jurídico-política, materializando-a na constituição, que é não só o resultado de uma vontade triunfante, como também, por esta mesma razão, encontra-se em permanente mutabilidade - o permanente *estado de exceção* - uma vez que a “forma constitucional positiva” pode ser substituída por outra tantas vezes se mostre necessário (SCHMITT, 2008, p. 77-80).

Quanto a este ponto, merece atenção o fato de que, para Schmitt, a constituição, enquanto carta positivada, não tem valor em si mesma, uma vez que não é válida por sua justiça normativa, mas por ser o resultado da vontade da *unidade política*: o fundamento de toda normatividade reside na *decisão política do titular do poder constituinte* - pretensamente, do *povo* na democracia e do monarca em uma autêntica monarquia - tendo-se, com o autor alemão, um conceito decisionista de constituição em contraposição à perspectiva universalista oriunda do movimento revolucionário francês (SCHMITT, 2008, p. 76-77).

Mais ainda, para além do momento da *decisão política*, materializadora da *constituição positiva na qualidade de determinação consciente sobre a melhor forma de organizar a unidade política*, demandaria a manutenção dessa mesma *unidade política* a necessária legitimação dos governantes perante os governados, especialmente por meio de conceitos que Schmitt chama de *princípio da identidade*, tido como a ligação da população consigo mesma em um sentimento próprio de *unidade política* concretizado pela possibilidade de distinção entre o *amigo* e o *inimigo*; e *princípio da representação*, definido como a consciência da impossibilidade da presença concreta de todo o corpo social a todo momento em que algo precise ser decidido, sendo fundamental a representação de todos por alguns (SCHMITT, 2008, p. 247-248).

Desta forma, ao passo que conceito de democracia de Schmitt está intimamente ligado à identidade, uma vez que o sentimento de igualdade seria essencial para o reconhecimento dos indivíduos enquanto pretensos membros da *unidade política* (SCHMITT, 2008, p. 257- 259); o mesmo não se pode dizer em relação à liberdade, que, sob a conceptualização de Schmitt, não seria condição para a existência da democracia nem contraponto com eventual ditadura, podendo, tais conceitos, conviverem concomitantemente em um mesmo sistema político, uma vez que a *ditadura* pode representar justamente uma forma de proteção da *decisão constituinte* manifestada pela *unidade política* (SCHMITT, 2014, p. 118-119).

É, destarte, sob tal perspectiva que Schmitt distingue a soberania do poder de decisão da *unidade política* do conceito de *ditadura*, definindo as diferenças entre o que seria um *ditador comissário* e um *ditador soberano*: ao passo que o primeiro consubstanciará uma ação indeterminada do *poder constituído* - uma atuação fora da legalidade da *constituição positivada* -, levada a cabo justamente com o intuito de preservar a ordem jurídico-constitucional manifestada pela *unidade política* face à ameaça do *inimigo*, intuito este que conferiria legitimidade ao *ditador comissário* ainda que descolado do *princípio da representação* (SCHMITT, 2014, p. 118-119); o último, por sua vez, materializaria a busca, no *estado de exceção*, de se instaurar uma nova legalidade com o rompimento da constituição vigente, consubstanciando-se o *ditador soberano* no representante máximo de uma pretensa nova manifestação da *unidade política*, que, ainda que indeterminada, suspenderia a vigência do ordenamento positivado indefinidamente até a consagração da “verdadeira e legítima” constituição (SCHMITT, 2008, p. 119-122).

É também deste modo que Schmitt realiza a distinção entre *constituição* e *norma constitucional*: ao passo que aquela materializaria o conteúdo da *decisão fundamental* manifestada pelo *poder constituinte* na forma de *unidade política*; as *normas constitucionais* representariam a sua respetiva e singela expressão textual positivada, derivando da constituição o seu fundamento de validade, sendo-lhe portanto condicionada e hierarquicamente inferior, limitando-se apenas a uma função instrumental de

operacionalização da vontade constituinte, a *decisão política primordial*, tornando-a aplicável (SCHMITT, 2008, p. 75-76).

Nesse sentido, a ideia de continuidade do *poder constituinte* é central na teoria de Schmitt: a vontade da *unidade política* subsiste mesmo após a criação das *normas constitucionais*, uma vez que todo conflito constitucional que afete as bases da *decisão política da unidade* só pode ser decidido mediante a vontade do próprio *poder constituinte* unitário, indivisível e ilimitado (SCHMITT, 2008, p. 126).

Pode-se, desta forma, se perceber que a concepção decisionista de Schmitt vai além da proposta apresentada pela teoria clássica do *poder constituinte* francês, uma vez que o autor alemão não estabelece uma relação necessária entre o exercício do *poder constituinte* e o triunfo de uma determinada visão de sociedade: ao passo que a teoria de Sieyès fundamenta-se em uma proposta ideológica e revolucionária bastante clara - o *poder constituinte* é um poder de libertação da burguesia, simbolizada pelo advento da constituição liberal -; em Schmitt não se encontrarão conteúdos pré-fixados por uma razão universalista - a decisão triunfante, manifestada pelo *poder constituinte*, não é adstrita a qualquer norma jurídica ou moral -, razão pela qual reconhece o autor alemão a possibilidade de que o sujeito do *poder constituinte* seja a organização de uma minoria, quando então o Estado assume a forma de uma aristocracia ou oligarquia, não excluindo, portanto, o fenómeno social da dominação como válido do ponto de vista constitucional (SCHMITT, 2008, p. 130).

Por fim, necessário é se ressaltar que embora a decisão constitucional nasça de uma escolha necessariamente arbitrária exercida em um momento de *exceção*, as instituições existirão de modo sincrético com a escolha por parte da *unidade política soberana*, uma vez que ganhariam autonomia a partir do início da normalidade, formando, a partir daí, uma espécie de vontade institucional cuja autoridade estaria fundada na própria instituição e no seu papel político, que por sua vez criariam valores e conteúdos que influenciarão a decisão da *unidade política soberana*, quando em um *estado de exceção* ela for necessária: significa dizer que, se de acordo com a teoria schmittiana a autoridade está no *dualismo exceção/normalidade*, tem-se a decisão da *unidade política soberana* manifestada no *estado de exceção* como garantia da validade do direito, ainda que o seu conteúdo seja dado no

estado de normalidade pelas instituições constituídas, quebrando-se com a visão normativista ao se atribuir a fundamentação da validade da constituição a uma decisão puramente política, ainda que o seu conteúdo seja produto das instituições no *estado de normalidade* (SCHMITT, 1985, p. 5-15).

Em suma, para Schmitt, o *poder constituinte* seria a força que provoca a própria existência do Estado e da constituição ao estabelecer a sua forma, manifestando-se em uma decisão triunfante da *unidade política* que, alheia a qualquer tipo de condicionamento material, se impõe sobre as demais forças sociais, subjugando-as.

Nada obstante, apesar da robustez teórica da sua obra, em última análise, Schmitt não consegue de modo satisfatório desenvolver uma teoria que efetivamente resolva o problema dos *círculos viciosos* apontados por Arendt: embora Schmitt se refira ao agente do *poder constituinte* como veículo da *unidade política* do Estado, nas suas representações concretas ele sempre é um agente auto-autorizado - um indivíduo, coletividade, assembleia ou instituição, que efetivamente realiza o ato de constituição em nome das pessoas -, de modo que, ainda que o autor tente distinguir a legitimidade do estado jurídico-constitucional de um estado de coisas factual, termina Schmitt reduzindo-o justamente a uma forma de existência de facto auto-justificada subjacente à pretensa validade da constituição, podendo-se dizer que o *poder constituinte* é concebido por Schmitt apenas como poder antes de qualquer possível diferenciação entre poder e autoridade legítima ou reconhecida.

É nesse sentido que, aparentemente reconhecendo que a sua construção reduz a legitimidade da constituição à sua respetiva existência de facto, Schmitt passa a sugerir duas formas de legitimação do *poder constituinte*: a legitimação dinástica, sustentada em uma espécie de legitimidade tradicional, e a problemática legitimação popular, obtida por meio de consentimento expresso manifestado sob a forma plebiscitária, ou tácito, consubstanciado em uma aparente aceitação difusa e passiva do estado de coisas estabelecido (SCHMITT, 2008, p. 136-139).

Nada obstante, reconhecendo os próprios imbróglis potencialmente gerados por uma tentativa de legitimação plebiscitária do *poder constituinte*, reabsorve o autor o poder bruto e a imposição do estado de coisas de facto - oriundos do sucesso político, do prestígio

dos tempos pré-democráticos ou do poder uma elite não democrática - ao seu conceito de legitimidade, citando para tanto Sieyès - “autoridade de cima, confiança de baixo” - ao tentar fundamentar a legitimidade daquele que conduziria o processo plebiscitário legitimador (SCHMITT, 2004, p. 90-94).

Ao cabo, a teoria do *poder constituinte* de Schmitt acaba por se revelar, ainda que construída sobre bases mais sólidas e complexas que àquela de Sieyès, de igual modo uma conceção mitológica do *constituente popular*, materializado sob a forma de *união política da nação*, baseada no poder bruto e na imposição de um estado de coisas justificado sob pretenso e frágil fundo de legitimação tradicional/democrático-plebiscitária da *decisão política fundamental*: a *fábula retroativa* de Derrida e os *círculos viciosos* de Arendt estão cristalinamente presentes, talvez sob a sua faceta mais autoritária, na obra de Schmitt.

3.2. A alternativa do positivismo jurídico de Kelsen: o caminho da legitimidade ancorada em um pressuposto lógico-transcendental

Se é certo que a proposta de Carl Schmitt, cuja construção teórica é desenvolvida a partir da ideia de *poder constituinte* elaborada por Emmanuel Sieyès, fatalmente esbarra nos *círculos viciosos* por Hannah Arendt apontados em relação à proposta do político francês; não menos verdade é o facto de que o seu mais famoso antagonista no debate constitucional, o austríaco Hans Kelsen, encontra semelhantes obstáculos na sua tentativa de ancorar a validade do direito - e da constituição - em pressupostos essencialmente hipotéticos e formais.

Kelsen procura na sua obra estabelecer uma teoria do direito fundada na rejeição de proposições metafísicas - notadamente jusnaturalistas - sobre a natureza do direito e a validade das suas normas, de modo que, sendo para o autor essencial o carácter científico que deve ser assumido pelo estudioso do fenómeno jurídico, necessária seria a fixação dos seus conceitos em base essencialmente formais, de forma a possibilitar tanto uma ciência do direito livre de contingências históricas, quanto uma descrição do direito independente dos conteúdos específicos das normas vigentes em um determinado sistema jurídico.

Significa dizer que, em Kelsen, as fundações do direito podem ser divididas em uma dimensão lógica - *dever-ser*/Ciência do Direito - e outra empírica - *ser*/Direito e Sociologia do Direito -: no âmbito lógico ou da Ciência do Direito, a validade da norma jurídica só é atingida quando esta, além de seguir todas as regras estabelecidas no ordenamento, tenha sido criada em conformidade com a *norma fundamental* (Grundnorm), estabelecendo-se, a partir daí, uma cadeia de validade que sempre remete e retorna à *norma fundamental*, condição lógico-transcendental de possibilidade de uma ordem jurídica hierarquicamente estruturada e já consolidada, com uma constituição como a sua regra legal mais fundamental (KELSEN, 1998, p. 139-143).

Nesse sentido, a necessidade de tal *norma fundamental* nasce justamente da importância dada por Kelsen à validação lógica das normas integrantes do sistema normativo: para o autor austríaco, o facto de que o direito regula a sua própria criação geraria uma estrutura escalonada de validação normativa, de forma que uma norma somente é válida porque e na medida em que foi produzida pela maneira determinada por uma outra norma, representando portanto esta o fundamento imediato de validade daquela; deste modo, ao cabo desta estrutura escalonada, o ato de conectar a *norma fundamental* à primeira constituição produziria uma cadeia de validação lógica não somente dentro de um ordenamento específico no tempo, mas em uma linha atemporal de validade denominada pelo autor de *eficácia global* (KELSEN, 1998, p. 155-157).

Tal pressuposto de validade lógico-transcendental gera contudo uma série de dúvidas e interpretações equivocadas relacionadas à abstração necessária para o entendimento da sua real natureza: principalmente em razão do seu caráter hipotético, não sendo possível demonstrá-la empiricamente uma vez que é pressuposta ou “descoberta” a posteriori em relação ao momento do seu surgimento, a *norma fundamental* proposta por Kelsen não estaria relacionada nem com a vontade ou moralidade do grupo social no qual surgiu, nem com manifestações jusnaturalistas que a poderiam fundamentar, tendo-se, ao cabo, o ordenamento jurídico - e nesse sentido a própria constituição na qualidade de sua *ordenação fundamental* - um fundamento de validade que é não só formal e vazio, mas relativamente alienado a

qualquer reconhecimento ou atitude por parte da sociedade para com o próprio direito - e a própria constituição -.

Tal fenômeno é patente na ideia de que somente uma revolução pode romper a cadeia de validação, dando origem a uma nova *norma fundamental* que tem exatamente o mesmo comportamento da anterior, uma vez que, conquanto a *norma fundamental* esteja fora do direito, torna direito todo ordenamento a ela submetido; sendo neste específico ponto que a dimensão lógica encontra, de modo problemático, a dimensão empírica na proposta de Kelsen: sob a perspectiva do autor austríaco, nem a forma, nem o modelo, e nem os agentes fundadores de qualquer ordem jurídico-constitucional repercutem na validade ou legitimidade da respectiva constituição, uma vez que os eventos históricos são apenas condições necessárias - e não condições suficientes - dos deveres legais criados juntamente com a nova *ordenação fundamental da comunidade*; significa dizer que, para Kelsen, o criador de uma nova constituição - sempre em um processo revolucionário de derrubada de uma antiga constituição - pode ser essencialmente qualquer pessoa - “um usurpador individual”, “golpe de estado” ou uma “assembleia constituinte” -, sem qualquer repercussão na validade ou legitimidade da ordem jurídico-constitucional subsequente (KELSEN, 1945, p. 115-120).

O rompimento da cadeia de validação, imanente à própria definição de revolução, gera para Kelsen - e em convergência com Schmitt - a consequência lógica de que nenhum fundador pode operar, para fins de legitimação da sua atuação, nem de acordo com as regras ou limites do sistema anterior, nem com os do novo ainda regime não estabelecido; de modo que os movimentos revolucionários fundadores não podem ser julgados por nenhum conjunto de padrões normativos, uma vez que a validação normativa que torna a manifestação do poder constituinte em constituição válida é uma autoautorização oriunda, para Kelsen, justamente do sucesso do movimento revolucionário: sendo a razão última de validade normativa do novo regime a imputação e a sua respectiva conexão a uma nova *norma fundamental* logicamente pressuposta com a eficácia da nova ordem legal estabelecida, o que diferenciaria um traidor de um fundador - ou agente do poder constituinte - seria, para o autor, justamente o fracasso daquele e o sucesso político deste, quaisquer sejam os vários tipos e motivações dos conspiradores e usurpadores (KELSEN, 1945, p. 117-118).

Tal como Schmitt, Kelsen inicialmente rejeita a ideia de que a perspectiva empírica - *ser*/Direito e Sociologia do Direito -, e portanto, a mera eficácia de facto do sistema normativo - e consequentemente da constituição -, é por si própria capaz de conferir ao direito - e à respetiva constituição - validade, legitimidade e sentido normativo aos factos - da ordem do *ser* - tidos como normas jurídicas - da ordem do *dever-ser* - (KELSEN, 1998, p. 72-75); mas, no final das contas, aparenta não ser capaz de completar o argumento e demonstrar com que base faz tal afirmação, uma vez que a ideia de uma *norma fundamental* como condição e pressuposto lógico-transcendental de possibilidade e validade de Constituições eficazes, estabelecidas unicamente em razão do sucesso do movimento político que inaugura tais novos regimes, inevitavelmente compartilha com Schmitt a conceção de um poder constituinte fundamentado em uma autoridade que não pode, em si mesma, legitimar a nova ordem jurídica institucionalizada, tendo-se, de forma igualmente problemática, com a *norma fundamental* de Kelsen, nada mais que um ato retroativo de autorização sem autoridade.

Ao cabo, embora o diálogo de Arendt e Derrida com contemporâneos como Schmitt e Kelsen só possa ser assumido e não comprovado, o que se vê é que as críticas dos primeiros minam diretamente as bases dos últimos: comum a Schmitt - e nesse sentido também à Sieyès - e Kelsen tem-se o fosso intransponível entre autorização e autoridade; se nada no mero processo de fundação por parte do poder constituinte pode ser fonte de autoridade, a sua legitimidade para os ambos os autores ou se baseia na *fábula retroativa* denunciada por Derrida, ou esbarra no problema dos *círculos viciosos* apontados por Arendt.

3.3. Para além do problema da retroatividade: o Iluminismo Escocês e a proposta de Hannah Arendt como caminhos alternativos para uma fundamentação da legitimidade do constituinte e da constituição

Se é certo que a conceção de poder constituinte, tal qual originariamente proposta por Emmanuel Sieyès, deriva as suas bases teóricas das doutrinas contratualistas dos séculos XVII e XVIII, sustentadas na ideia de que a legitimidade do poder público - e consequentemente da constituição - provém de uma reivindicação de direitos e atos singulares

de racionalidade generalizada - ou, como proposto por Mattias Kumm, de uma *escolha deliberada e coletiva entre indivíduos livres e iguais* (KUMM, 2010, p. 213) -; não menos verdade é que em no outro extremo do espectro iluminista que se propunha a explicar o fenómeno constitucional, teóricos de respeitável peso como David Hume e Adam Smith - e mais tarde Burke, De Maistre, Savigny, Bentham e Hegel - já rejeitavam a ideia de que a legitimidade das instituições políticas - e portanto, da própria constituição - derivaria de atos singulares de racionalidade generalizada, transladados em fundamentos legitimadores ou restrições normativas para o exercício do poder público.

É, destarte, nesse sentido que os filósofos do Iluminismo Escocês revelam-se como verdadeiros paradigmas de contraposição às matrizes contratualistas, antecipando-se, em tese, ainda no século XVIII, do problema da *fábula retroativa* mais tarde por Derrida denunciada: David Hume, por exemplo, realiza no seu *Tratado da Natureza Humana* extensa crítica às teorias contratualistas (HUME, 1960, p. 539-553), ao afirmar que os princípios pelos quais as sociedades humanas pacificadas tendem a ser organizadas sob a forma de um governo não derivariam de leis imutáveis, ideias racionais de justiça, ou de um suposto consentimento expresso ou tácito, mas sim em razão da estabilidade, da transferência da propriedade privada e do cumprimento de promessas e contratos, institutos privados e sociais que naturalmente se transmutariam para a constituição de um governo (HUME, 1960, p. 567-568).

De igual modo, Adam Smith na sua obra *Lectures on Jurisprudence*, tal como o seu contemporâneo e colega Hume, rejeita expressamente a noção de que o governo nasceria a partir de qualquer ideia de consentimento expresso ou tácito; sustentando, ao revés, a ideia de que o governo surgiria espontaneamente do progresso natural dos indivíduos e comunidades, somados à paulatina complexificação da sociedade (SMITH, 1982, p. 200-228).

Smith constrói na sua obra a ideia de que o *dever de fidelidade* (duty of allegiance) dos indivíduos ao governo é naturalmente instituído e fundado sobre dois princípios:

- o *princípio da autoridade* (principle of authority), alicerçado sobre a ideia de que os indivíduos teriam uma disposição natural a reconhecer autoridade e superioridade em outros indivíduos - o jovem respeita o velho, as crianças respeitam os seus pais, e, em geral, os mais fracos respeitariam os mais fortes

-, refletindo tal fenômeno na própria autoridade do governo, mormente se considerado que aquele que nasce e cresce sob a égide de um Estado e dos seus oficiais - e não só observando que todos à sua volta se submetem à sua autoridade e possuem expectativa que este se submeta à autoridade do Estado, como também considerando ainda as vantagens de obedecê-lo e as desvantagens no seu não reconhecimento -, naturalmente - ou coativamente - se submeteria à sua autoridade (SMITH, 1982, p. 318);

- e o *princípio do interesse comum ou geral* (principle of common or general interest), sustentado na ideia de que os indivíduos enxergariam os oficiais do governo não apenas como efetivos sustentáculos - ainda que coativos - do Estado, mas também como decisivos garantidores da segurança e independência de todos os indivíduos, as quais não seriam alcançáveis sem a instituição e estabilidade deste próprio Estado (SMITH, 1982, p. 318).

Interessante é se notar que Smith não só estrutura quais seriam os fundamentos naturais condutores ao reconhecimento da legitimidade do Estado, como ainda faz referência às possíveis causas de erosão do *dever de fidelidade* dos indivíduos ao governo, afirmando que quando o Estado ou os seus oficiais agem de maneira imprópria ou absurda, o desgaste dos *princípios da autoridade* e do *interesse comum ou geral* naturalmente destrói a própria obediência dos indivíduos ao Estado (SMITH, 1982, p. 320-321).

Mais além, Adam Smith diferencia-se de outros clássicos autores contratualistas como John Locke (LOCKE, 1988) e Montesquieu (MONTESQUIEU, 2010) até mesmo em relação às origens e as razões justificadoras da separação de poderes no Estado: ainda que o autor escocês advogue, como Locke e Montesquieu, a separação dos poderes legislativo, judicial e executivo - também chamado pelo autor de *poder de fazer a paz ou guerra* (power of making peace or war) -, sustenta de modo único Smith que tal modelo institucional surge não em razão de estímulos normativos ou contratuais, mas através da disposição natural da sociedade, que - e em linha com a sua matriz teórica acerca do surgimento e da autoridade do Estado - em circunstâncias favoráveis acabaria por evoluir para um sistema estatal dotado de tal separação de funções e poderes não só ou necessariamente com o fim de proteger a liberdade e os direitos dos indivíduos, prevenindo a corrupção do Estado como um todo - tal

como defendido por Locke e Montesquieu -, mas principalmente devido ao facto de que a divisão de trabalho entre diferentes braços do Estado traria racionalidade e otimização à operação estatal (SMITH, 1982, p. 721-723).

Sem prejuízo, se Hume e Smith, representam, ainda no século XVIII, uma interessante rutura com as dominantes matrizes filosóficas contratualistas justificadoras da autoridade do Estado; é Hannah Arendt quem, no século XX, com os seus *círculos viciosos*, as explicitamente denuncia e rejeita, oferecendo-nos um caminho teórico alternativamente estruturado: ainda que Arendt adote um tom celebratório em relação às revoluções - mormente à Revolução Americana, identificada pela autora como a materialização da tomada do Estado pelo povo, consubstanciando-se portanto em um modelo paradigmático para a doutrina da soberania popular (ARENDR, 1990, p. 166) -, identificando-as como o *momento culminante da rutura de um velho regime e o nascimento de uma nova ordem constitucional*, de forma que implicaria o ato fundacional revolucionário o próprio momento constituinte, materializado em assembleia ou convenção, e a própria constituição na sua conceção moderna (ARENDR, 1990, p. 144- 145.); no final das contas - em afastamento às matrizes contratualistas e em uma aparente confluência o positivismo de Schmitt e Kelsen - acaba por admitir Arendt que é da natureza de um começo levar consigo uma medida de completa arbitrariedade (ARENDR, 1990, p. 206).

Arbitrariedade que, no entanto, não significa que toda ordem estatal instaurada seria ilegítima, uma vez que o que acaba por apartar Arendt dos positivistas é a compreensão de que o ato fundacional pode ser legitimado em termos normativos minimamente sustentáveis (ARENDR, 1990, p. 212-213): se por um lado, para a autora, as tentativas de remover a *arbitrariedade completa* ou a *violência fundamental* encontram os obstáculos dos *círculos viciosos da política e do direito* (ARENDR, 1990, p. 161-162); por outro, vê-se que em Arendt é o problema das fundações explorado repetidamente a partir da dualidade de *poder* e *autoridade*, para além da *força física, força social* e *violência* (ARENDR, 1969, p. 43-46).

Para a autora, o *poder*, consubstanciado na *capacidade humana de produzir consenso e união com outros indivíduos com o fim de agir em conjunto para a consecução de determinados objetivos* (ARENDR, 1969, p. 44), é, em última análise, essencialmente

existencial, não podendo, portanto, fundamentar legitimidade, validade ou *autoridade* jurídica, uma vez que os resultados do seu uso são inerentemente factuais e não normativos, nem de algum modo se autovalidam retroativamente tal qual aparentemente defendido por Schmitt e Kelsen em relação ao poder constituinte (ARENDDT, 1990, p. 182).

Nesse sentido, se Arendt rejeita que a atuação por parte do *poder* é por si própria legítima, tem-se, para além do problema da definição da identidade do detentor do poder - “*quem funda uma nova ordem jurídico-constitucional legítima?*” -, o problema das balizas materiais - “*qual é o conteúdo da nova ordem jurídico-constitucional legítima?*” - e procedimentais - “*como se funda uma nova ordem jurídico-constitucional legítima?*” - como óbices para a construção da autoridade e legitimidade do poder constituinte no seu múnus fundacional (ARENDDT, 1990, p. 179-194): se para a autora as balizas materiais se reduzem na necessidade de preservação da liberdade pública e privada pela nova ordem legítima (ARENDDT, 1990, p. 132-135), as balizas procedimentais - ou a questão do “*como se funda uma nova ordem jurídico-constitucional legítima?*” - esbarram na tentativa de responder se os criadores da constituição tinham *poder* e *autoridade* legítima para estabelecer a nova ordem constitucional e, mesmo se assim não forem completamente eliminados os elementos de arbitrariedade do rompimento com a ordem jurídico-constitucional anterior - ou o *círculo vicioso do problema da autorização do poder constituinte* -, haveria pelo menos a possibilidade de torná-los legítimos.

Infelizmente, o conceito de *autoridade* é - tal como aparenta reconhecer a própria autora (ARENDDT, 1954) - ambíguo no trabalho de Arendt: o conceito de *autoridade* é definido pela autora - de forma análoga ao de Schmitt e próximo à ideia de autoridade tradicional de Weber - como uma *forma de legitimar comando e obediência por referência a um passado que foi “sacralizado” ou, pelo menos, tornado fortemente vinculativo no sentido normativo*, envolvendo o reconhecimento não violento, mas também inquestionável, de uma reputação ou dignidade de uma pessoa ou de um cargo superior, e portanto, fundamentalmente, de uma hierarquia reconhecida como legítima tanto pelo superior quanto pelo inferior (ARENDDT, 1969, p. 45); repousando tal legitimidade em duas fontes possíveis, essencialmente fora do alcance da esfera de *poder* daqueles que possuem os meios de força,

materializadas ou em uma *lei transcendental não promulgada pelos homens* (ARENDT, 1954, p. 4), ou nos *usos consagrados pela tradição* (ARENDT, 1954, p. 19).

Deste modo, a dificuldade relativa ao poder constituinte surge quando Arendt fala sobre a reconstrução da *autoridade* no contexto revolucionário: se por um lado afirma a autora que as revoluções pressupõem o colapso da *autoridade*, cuja necessária reconstrução se faz no momento pós-revolucionário; por outro, nunca se tem claro se esta autoridade reconstruída poderia apenas se estruturar sobre um elemento tradicional ou religioso a ela ligado, ou se também pode-se basear em um novo tipo de legitimidade gestada apenas após as crises e colapsos anteriores.

Se é certo que Arendt faz um interessante esforço para insistir na conveniência de se separar as fontes de *autoridade* das de *poder*, de modo que no fundamento do direito - e consequentemente da constituição - deve haver sempre uma *autoridade* legítima que autorize o primeiro legislador (ARENDT, 1990, p. 182); não menos verdade é o facto de que a alteração da *autoridade* política em um contexto revolucionário parece ter para a autora dois significados sincrónicos e potencialmente conflituosos: tanto a fonte do poder constituinte deveria estar sob as balizas e plataformas de uma espécie de normatividade limitadora - uma vez que se fundamentada em nada além do poder popular, essa nova ordem jurídico-constitucional seria, como na França Revolucionária de acordo com Arendt, uma “construção repousando sobre areia movediça sujeita à qualquer tipo de humor político“ -; ao mesmo tempo, para Arendt, estas mesmas balizas e plataformas, sendo o poder constituinte o fundador de uma nova ordem, não poderiam ser a fonte da *autoridade* do processo constituinte e do seu eventual resultado (ARENDT, 1990, p. 161-178).

De onde então viria a autoridade da constituição, senão do próprio poder constituinte?

Não encontraremos a resposta definitiva para a pergunta de Arendt no seu trabalho; ou melhor, verificaremos que Arendt brinca com muitas respostas: diz-se tanto que a *autoridade* da constituição repousa sobre a própria constituição (ARENDT, 1990, p. 193-194), ou sobre a sua principal instituição autorizada - a Suprema Corte ou o Tribunal Constitucional (ARENDT, 1990, p. 200) -, ou sobre a sua capacidade de se alterar e, mudando

a si mesma, se adaptar, renovando, revivendo e preservando o ato fundacional (ARENDR, 1990, p. 202).

Ao cabo, ainda que Arendt denuncie com minúcia a questão da fundamentação da *autoridade* e legitimidade da Constituição, acaba a autora - tal como Schmitt e Kelsen - por não conseguir resolver o problema do *círculo vicioso político-jurídico*, ou a fonte inicial de *autoridade* de um regime constitucional, reconhecendo Arendt a impossibilidade de quebrá-lo sob os seus próprios termos (ARENDR, 1990, p. 204-205).

Para além das justificativas tradicionais ou quase religiosas da *autoridade* dos detentores do poder constituinte e da respetiva constituição, ao que parece, Arendt deixa de dar um passo para trás e acaba por negligenciar um ponto fundamental que explicaria a motivação por trás do próprio reconhecimento das leis transcendentais ou dos usos consagrados pela tradição como pretensos justificadores da *autoridade* dos detentores do poder constituinte e da respetiva constituição: as *razões práticas* explanadoras do reconhecimento da *autoridade* da constituição, do poder constituinte, e até mesmo dos próprios poderes constituídos.

4. Uma questão de razões: o conceito de autoridade e o papel da racionalidade na fundamentação do direito em Joseph Raz como pilares para a possibilidade de uma teoria da constituição

4.1. Das razões práticas e o seu lugar na própria natureza humana

No blind obedience to authority is here implied. (RAZ, 1994, p. 215)

A pedra angular da teoria do Direito desenvolvida por Joseph Raz reside no fundamental papel que o autor dá às *razões práticas* (practical reasons) não só na explanação do comportamento e das causas das ações humanas, como também no que seria a própria noção da *natureza* do ser humano.

Segundo Raz, à parte daquelas categorias de ações involuntárias, semi-voluntárias e semi-automáticas - tais como respirar, soluçar ou se assustar -, as quais residiriam na fronteira dentre as nossas próprias ações e aqueles fatos que com os seres humanos naturalmente ocorrem; toda ação intencional - e dentre estas as ações em si não intencionais, mas realizadas no *iter* ou na tentativa de realização de atos intencionais, tais como aqueles atos realizados por erro, negligência ou imprudência - seria realizada por um agente ativo que sabe o que faz e, principalmente, por quais *razões* o faz (RAZ, 1978, p. 2-3).

É nesse sentido, afirma o autor, que a crença de que irá chover, o medo de punição, o entendimento de que promessas devem ser cumpridas, ou o desejo de agradar os seus amigos, seriam para os indivíduos *razões* para que, respetivamente, se pegue um guarda-chuvas, se obedeça à lei, que se mantenha a promessa, e que ao amigo se faça uma festa (RAZ, 1978, p. 3).

Raz chama particularmente a atenção para duas - dentre as várias possíveis, ainda que essencialmente destas derivadas - categorias de *razões* fundamentais no âmbito de uma teoria normativa:

- as *razões para ação*, materializadas naquelas *razões* que efetivamente guiam o comportamento dos indivíduos, sendo essencialmente *razões* para fazer ou deixar de fazer algo (RAZ, 1999, p. 15-16);

- e as *razões para crenças*, concretizadas naquelas *razões* que fazem com que o indivíduo tenha, tendencie, ou possa adotar certas percepções do mundo e dos fatos, potencialmente balizando a sua própria percepção subjetiva do mundo, cenário que pode ainda influir nas suas próprias *razões para ação* (RAZ, 1999, p. 15-16).

É, no entanto, em atenção à multiplicidade de *razões* à que estão potencialmente sujeitos os indivíduos, que reconhece Raz que a mera concepção singular de *razões*, por si própria, ainda que cotidianamente utilizada de modo pragmático para se inferir as causas do comportamento humano, não explicaria integralmente as justificações das ações dos indivíduos, se limitando, ao revés, a fundamentar apenas parte dos motivos que levaram a determinado comportamento (RAZ, 1999, p. 22-23).

Significa dizer que, perguntando por quais *razões* João vai à estação de comboios, poderia João responder que vai:

1. porque José em minutos chegará à estação;
2. porque José ficará feliz em encontrá-lo na estação;
3. ou porque João deseja agradar José;

Para Raz, qualquer uma destas três afirmações poderia responder, isoladamente e de diferentes modos e perspectivas, a motivação pela qual João estaria se dirigindo à estação, constituindo, portanto, cada uma destas afirmações uma *razão isolada* para a ação de João; o que não significa, ainda que aparentem ser respostas suficientes para a explicação e avaliação do seu comportamento, que efetivamente demonstrem completamente as causas da sua conduta (RAZ, 1999, p. 22-23).

É nesse sentido que Raz desenvolve a ideia de *razões completas* (complete reasons), consubstanciadas como a *integralidade ou o conjunto das razões que comporiam o caminho necessário para a adoção de uma conduta ou a tomada de uma decisão ou ação por parte dos indivíduos* (RAZ, 1999, p. 22-25).

Seria a *razão completa*, ao invés das *razões isoladas*, a elaboração de todo o *iter* percorrido por João na explicação dos motivos que o levaram a decidir ir à estação. João vai à estação:

1. porque José em minutos chegará à estação;
2. e ficará feliz em encontrá-lo naquele lugar;
3. e João deseja agradar José;
4. uma vez que João acredita que amigos devem agradar uns aos outros;
5. posto que o agrado mútuo é a *razão* fundamental para se ter uma relação de amizade.

Ainda que João, por razões pragmáticas, expressamente não o afirme, a *razão* 5) seria o pressuposto inicial - e no caso, ausentes quaisquer *razões secundárias*, efetivamente necessário - de todo o *iter racional* por João percorrido para a sua conduta de ir para à estação.

Diferentemente do que seriam as *razões atômicas* (atomic reasons), *razões* incidíveis e suficientes por si próprias para a explicação completa de um comportamento - a retirada ou omissão de uma das suas partes constituintes desfiguraria a sua própria possibilidade de sentido, não havendo na sua constituição premissas redundantes -, e as *razões isoladas*, partes apartadas dentro do *iter racional* percorrido pelo agente para a fundamentação de uma conduta; as *razões completas* abarcariam todo o caminho racional percorrido pelo indivíduo, desde àquela que seria a *razão* fundamental até àquela que seria a derradeira *razão* para a adoção de uma conduta (RAZ, 1999, p. 22-25).

Sobre tais bases se assentaria a ligação por Joseph Raz proposta entre as *razões práticas* e a *racionalização prática*, concebida esta como a *transição* - não necessariamente consciente - *realizada pelo agente dentre as razões práticas* - materializadas neste processo como premissas ou standards necessariamente considerados pelo agente como verdadeiros, válidos ou justificáveis - *que conduzirá a uma conclusão prática a justificar ou motivar, por parte do indivíduo, uma ação ou conduta*; realizando-se essencialmente de duas formas (RAZ, 1978, p. 6):

- as *razões práticas* racionalizadas podem conduzir, quando harmônicas, a uma *prima facie conclusão prática* justificadora de uma conduta: as *razões isoladas* que motivam João a ir para a estação porque 1. *José em minutos lá chegará* e 3. *porque João deseja agradar-lhe*, conduzem, quando ausentes quaisquer

razões que motivem a adoção de uma conduta diversa e com ela incompatível, a uma *prima facie conclusão prática* justificadora do desejo e da ação de João de se dirigir à estação;

- ou as *razões práticas* racionalizadas, quando incompatíveis, ou seja, quando diferentes *razões* mobilizadas no processo de *racionalização prática* conduzem e motivam a adoção de diferentes condutas inconciliáveis - João tem que intermediar as *razões* que justificam e motivam o seu desejo de ir para a estação se encontrar com José, e *razões*, como a necessidade do cumprimento dos seus deveres laborais, que justificariam e motivariam, ao invés de se dirigir à estação se encontrar com José, que João se dirija à empresa em que trabalha -, necessitariam de uma inevitável resolução do conflito entre as *razões* para a adoção de uma ou outra conduta por parte do indivíduo.

É, destarte, neste ponto que se mostra fundamental o desenvolvimento dos conceitos de *conflitos práticos* (practical conflict), *força das razões* (strength of reasons) e *razões de exclusão* (exclusionary reasons), por Raz construídos.

4.2. A racionalização prática, a força das razões, as razões de exclusão e as razões protegidas

Segundo Raz, a definição de *conflitos práticos* residiria naquelas ocasiões em que um agente possui *razões práticas* fundamentadoras ou motivadoras para a performance de dois ou mais atos, possíveis de serem realizados pelo indivíduo, mas em que a prática de um impede ou a prática dos demais, ou a sua respetiva integral realização (RAZ, 2011, p. 173-174).

Significa dizer que, face a um *conflito prático*, João:

1. ou vai à estação encontrar José, deixando, portanto, de se dirigir à empresa em que trabalha;
2. ou vai à empresa, deixando de encontrar José na estação;

3. ou vai à estação e, respetivamente, ao trabalho, ou vice-versa, não realizando, no fim das contas, integralmente nenhum dos dois atos.

É nesse contexto que surge a importância daquilo que Raz vem a chamar de *força das razões*: reconhece o autor israelita que as *razões práticas* têm uma dimensão de *força*, ou seja, algumas *razões* haveriam de ter mais *força* do que outras razões, de modo que, em caso de *conflito de razões*, naturalmente as *razões completas* dotadas de maior *força* se sobreporiam às demais (RAZ, 1999, p. 25-27).

Para o autor, uma *razão* que se sobrepõe às *razões* com ela conflitantes seria uma *razão* mais forte, uma vez que, no *processo de racionalização* do indivíduo seria a *razão completa* que naturalmente haveria de ter mais importância em um processo de balanceamento de força, relevância e peso, em face das demais; as quais não deixam de ser consideradas neste *processo de racionalização* - seu papel no *processo de racionalização prática* do agente continua intacto, ainda que inerte -, só sendo encobertas, no conflito e na respetiva *conclusão prática*, pela *razão completa* mais forte (RAZ, 1999, p. 25-27).

Sobre este ponto, necessário é se salientar que a sobreposição das *razões* mais fortes no *processo de racionalização prática* não significa cancelar as *razões* com ela conflitantes, o que seria, com ou sem *conflito entre razões*, um esvaziamento da própria *razão* de fazer ou deixar de fazer alguma coisa (RAZ, 1999, p. 25-27).

É, nesse sentido, que as, por Raz denominadas, *razões de exclusão* (exclusionary reasons) estariam conectadas não necessariamente à resolução de um *conflito entre razões* por meio do balanceamento e aferição dentre *razões* mais fortes e *razões* menos fortes no *processo de racionalização prática*, mas sim ao que o autor se refere como *razões de segunda ordem* (second-order reasons): se é certo que *conflitos entre razões* resolvem-se através de um balanceamento entre as *razões* mais fortes e *razões* menos fortes, de modo que no âmbito de *conflitos entre razões de primeira ordem*, a *razão* mais forte acabaria, em um *processo de racionalização prática*, por sobrepor-se - ainda que não anulando-às - às *razões* menos fortes; alguns tipos de conflitos ocorrem entre *razões* que não são qualitativamente ou quantitativamente comparáveis, de modo que algumas *razões*, por mais fortes ou mais fracas que sejam, seriam incomensuráveis (RAZ, 1999, p. 35-45).

Daí Raz propõe o que seriam as *razões de segunda ordem*, as quais, ao invés, no caso de um *conflito*, adentrarem à balança de *força*, relevância e peso dentre as razões incompatíveis, acabariam perentoriamente por excluir as *razões* com ela conflitantes, sejam estas mais fortes ou mais fracas: as *razões de exclusão*, na qualidade de *razões de segunda ordem*, não adentram, em um *conflito de razões*, na balança de *força* dentre razões mais fortes ou mais fracas; ao revés, as *razões de exclusão* excluem perentoriamente as *razões*, sejam fortes ou fracas, com ela incompatíveis (RAZ, 1999, p. 35-45).

Significa dizer que se João tem *razões completas* fortes tanto para ir encontrar José na estação, quanto para se dirigir ao seu posto de trabalho, de modo que um *conflito* entre tais *razões de primeira ordem* poderia ser resolvido através do balanceamento da *força* de cada *razão completa*; o surgimento de uma grave situação pandêmica pode, por *razões* tanto sanitárias quanto jurídicas, servir como uma *razão de segunda ordem* ao *conflito de razões* em que João se encontra: as *razões* sanitárias e jurídicas geradas por um contexto pandêmico agem como *razões de exclusão*, de modo que, por maior que seja a importância que João dê a encontrar José ou, ao revés, a dirigir-se ao seu local de trabalho, seriam estas excluídas do balanço de razões no *processo de racionalização prática* realizado por João, tendo em vista a existência de uma *razão de segunda ordem* que exclui todas as *razões* fundantes ou motivadoras à realização de atividades externas não essenciais.

Ou seja, se os conflitos dentre *razões de primeira ordem* - ir à estação ou dirigir-se ao seu posto de trabalho - seriam resolvidos através do balanceamento de força, relevância e peso das suas respectivas *razões*, operado através do *processo de racionalização prática* do agente; os conflitos entre *razões de segunda ordem* *exclusionárias* e *razões de primeira ordem* sempre pendem para a desconsideração das últimas que sejam com aquelas incompatíveis, de modo que as *razões de segunda ordem* não estariam, a priori, sujeitas a um teste de *força*, mas sim se apresentariam como *razões* de um nível mais alto dentro de um certo escopo de imposição e exclusão (RAZ, 1999, p. 46).

É, nessa toada, que Raz derradeiramente desenvolve o conceito de *razões protegidas* (protected reason), materializadas na combinação conclusiva e sistemática entre *razões para ação*, ou seja, *razões* que efetivamente fundamentam e guiam o comportamento do indivíduo,

e *razões de exclusão*, ou seja, *razões de segunda ordem* que efetivamente eliminam àquelas *razões de primeira ordem* que, dentro do seu escopo, sejam com elas incompatíveis (RAZ, 1979, p. 17-18).

Significa dizer que, se porventura fosse médico ou enfermeiro, em um contexto de situação pandémica, estaria João sujeito à *razões completas protegidas*, sustentadas por *razões isoladas* tanto sanitárias quanto jurídicas, consubstanciadas:

1. em uma *razão de primeira ordem* materializada no seu dever de comparecer ao seu posto hospitalar;
2. e em uma *razão de segunda ordem* que, por mais que sejam fortes e robustas as *razões* para ir à estação encontrar José, exclui todas as *razões* motivadoras de atividades incompatíveis com o seu dever de comparecer ao seu posto hospitalar.

É, como já certamente pode-se perceber, o conceito de *razões protegidas* central para o desenvolvimento das estruturas das normas e dos *sistemas normativos* no âmbito da proposta de Joseph Raz.

4.3. Dentre razões de primeira ordem e razões de segunda ordem: as normas e os tipos normativos em Joseph Raz

Para Joseph Raz, os *sistemas normativos* seriam formados por dois tipos basilares de normas: as *normas mandatórias* (mandatory norms) e as *normas não-mandatórias* (non-mandatory norms).

As *normas mandatórias* - que englobariam, nos *sistemas jurídicos*, tanto normas gerais e abstratas, como regras e princípios; quanto particulares, como disposições contratuais e sentenças judiciais (RAZ, 1999, p. 49-50) - seriam constituídas de quatro elementos básicos:

- o operador deôntico da obrigação;
- os sujeitos aos quais se dirige a norma;
- a conduta a estes sujeitos exigida pela norma;

- e as condições da sua aplicação - as circunstâncias nas quais é exigido que os sujeitos aos quais a norma se dirige pratiquem a conduta a eles prescrita;

podendo, sob tais termos, serem as *normas mandatórias* definidas como a *exigência de uma conduta a ser praticada por determinados indivíduos quando verificadas circunstâncias específicas* (RAZ, 1999, p. 50).

Deste modo, sob a perspectiva da *racionalização prática* proposta por Raz, todas as *normas mandatórias* materializar-se-iam em efetivas *razões protegidas* (RAZ, 1979, p. 18): segundo o autor, todas as *normas mandatórias* imporiam, naquelas circunstâncias na própria *norma mandatória* estabelecidas, concomitantemente, *razões de primeira ordem* para que se adote uma conduta - seja ativa ou omissiva -, quanto *razões* para que se exclua, no processo de *racionalização prática*, àquelas *razões* conflitantes no contexto do escopo das próprias *razões de exclusão*; isto é, materializadas como *razões protegidas*, as *normas mandatórias* seriam *razões* tanto para a prática de atos específicos quanto para a liminar abstenção da realização de atos com ela incompatíveis (RAZ, 1979, p. 22).

É, destarte, exatamente o caso do médico João, que, sujeito à *normas mandatórias* - tanto sanitárias quanto jurídicas -, estabelecidas em um contexto pandémico, tem para si tanto uma *razão de primeira ordem* materializada no seu dever de comparecer ao seu posto hospitalar, quanto uma *razão de segunda ordem* que exclui todas as razões motivadoras de atividades incompatíveis com o seu dever de comparecer ao seu posto hospitalar, suprimindo, portanto, em um *processo de racionalização prática*, quaisquer *razões*, por mais fortes que sejam, que o levariam a encontrar o seu amigo José na estação.

Outros exemplos de *normas mandatórias* como *razões protegidas* podem ser facilmente considerados: a proibição do homicídio, prevista em inúmeros sistemas normativos, indubitavelmente se consubstancia, simultaneamente, em uma *razão de primeira ordem* para se abster de praticar qualquer ato que possa colocar outro indivíduo sob risco de morte, e uma *razão de segunda ordem de exclusão*, que, nos limites do seu escopo, elimina dentro do *processo de racionalização prática*, todas as *razões* que justifiquem ou motivem o indivíduo a colocar outro indivíduo sob risco de morte.

É, nesse contexto, que ainda pode-se afirmar que *razões de primeira ordem* que motivem uma reação mortal no caso de legítima defesa do próprio indivíduo não entrariam, pelas próprias *razões justificadoras da norma mandatária*, no escopo de eliminação das *razões de segunda ordem* das normas que proíbem o homicídio; de modo que o *processo de racionalização prática* levado a cabo em um cenário de legítima defesa se dará, ante as circunstâncias extraordinárias que não entram no *escopo de exclusão das razões de segunda ordem* inseridas nas *normas mandatórias* de proibição do homicídio, através do balanceamento dentre *razões de primeira ordem*, previstas na *norma de proibição*, para se abster de praticar atos que possam causar lesões mortais em outro indivíduo, e *razões de primeira ordem* que motivem, com o intuito de legítima defesa, a prática de atos eventualmente mortais.

Sem prejuízo, se é certo que as *normas mandatórias* se constituem em verdadeiras *razões de primeira ordem* agarradas a *razões de exclusão*; daí não se aduz que seriam as *normas mandatórias*, por si próprias, *razões completas*: em regra, *normas mandatórias* só fazem sentido racional dentro e no contexto de um *sistema normativo*, apresentando-se, quase sempre, como *razões isoladas* dentro de *razões completas* muito mais complexas e abrangentes.

É, destarte, nesse sentido que, para além das normas mandatórias, seriam, para Raz, os sistemas normativos constituídos por dois outros tipos de normas não mandatórias:

- as *permissões* (permissions), consubstanciadas - ante a inexistência de quaisquer *razões de exclusão* ou a existência de *permissões de exclusão* no *processo racionalizador* - na ausência de obrigação para que um indivíduo tanto pratique um ato quanto deixe de praticá-lo, o que significa dizer que é o sujeito livre para, no processo de balanceamento dentre *razões* conflitantes, escolher, a partir de um ponto de vista racionalizador subjetivo, qual das *razões* efetivamente tem maior força, relevância e peso, conduzindo-se a uma *conclusão prática* que justifique ou motive uma ação ou omissão; não pressupondo as *permissões* necessariamente uma anterior concessão normativa da *permissão*: ante a ausência de uma proibição de fumar em um dado local, ou

seja, ante a inexistência de uma *razão de exclusão*, ou face à uma expressa autorização normativa - típica das áreas de fumantes - manifestada em uma *permissão de exclusão*, seria o indivíduo livre para, no *processo de racionalização prática*, balancear as *razões de primeira ordem* que o motivariam a fumar em face daquelas *razões de primeira ordem* que fundamentam o não fazê-lo (RAZ, 1999, p. 85-97);

- e as *normas conferidoras de poder* (power-conferring norms), materializadoras, dentro dos *sistemas normativos*, daquilo que o autor denomina de *poderes normativos* (normative powers), que, por sua vez, seriam a *habilidade, sustentada e balizada por razões anteriores a ela própria, de um indivíduo ou instituição de constituir, alterar ou cancelar razões protegidas aplicáveis a outros indivíduos ou instituições* (RAZ, 1979, p. 18).

Segundo Raz, o exercício de *poderes normativos* se daria através de *declarações de poder* (power-utterances), emanadas pelo *detentor de poder* (power-holder), e que podem se manifestar através de três diferentes formas (RAZ, 1979, p. 18):

- pela instituição de *razões de exclusão*, para que os indivíduos sujeitos à *autoridade* do *detentor de poder* adotem determinada conduta e se abstenham de considerar, no processo de *racionalização prática*, *razões*, dentro de um certo escopo, conflitantes à adoção desta mesma conduta;
- pelo cancelamento de *razões de exclusão* - por Raz denominado de *permissões de cancelamento* (cancelling permissions) -, nos quais a *declaração de poder* garante *permissões* para que os indivíduos sujeitos à *autoridade* do *detentor de poder* adotem condutas até então proibidas por *razões de exclusão*;
- e por meio da atribuição de *poder normativo* a outros indivíduos ou instituições, conferindo a tais agentes *poderes normativos* - restritos aos limites e balizas inseridos na própria *declaração de poder* atribuidora do *poder normativo* - para emitir *declarações de poder* que venham a constituir, alterar ou cancelar *razões protegidas* aplicáveis a outros indivíduos ou instituições a eles sujeitos.

Desta forma, o exercício do *poder normativo* pode afetar os indivíduos ao detentor sujeitos e o próprio *sistema normativo* em que se insere o agente de duas diferentes maneiras:

- através da criação ou revogação de normas - tanto de *normas mandatórias* quanto *normas não-mandatórias*, e dentre estas as *normas de permissão* e até mesmo as *normas conferidoras de poder* -, materializando-se naquilo que Raz denomina de *poderes de criação normativa* (norm-creating powers): é o caso de um órgão legislativo que, com *autoridade* própria ou atribuída por uma *declaração de poder* emanada por um anterior *detentor de poder*, através de uma *declaração de poder*, promulga ou revoga uma lei, alterando, portanto, as *razões protegidas* aplicáveis àqueles sujeitos à sua *autoridade* (RAZ, 1999, p. 103-106);
- ou através da modificação na aplicação de normas, ou seja, na alteração de como, quando e sob que escopo estaria o próprio indivíduo ou terceiros sujeitos às normas existentes, nomeadamente às suas *razões de exclusão* - tal como ocorre quando um indivíduo vende o seu veículo, alterando não as normas atinentes à propriedade de veículos, mas sim o modo com que tal norma se aplica face a si próprio, ao novo proprietário, e à sociedade em geral -, materializando-se normativamente naquilo que o autor israelita denomina de *poderes de regulamentação* (regulative powers) (RAZ, 1999, p. 103-106).

Ao cabo, são, para a teoria constitucional, centrais os *poderes de criação normativa*, e, em especial, a sua relação não só com a *autoridade* do indivíduo ou instituição que os detém em um determinado regime, como também com a própria *autoridade* sustentadora do *sistema normativo* no qual se encontram inseridos, uma vez que o próprio reconhecimento da *autoridade normativa* reside, tal como proposto por Raz, na robustez das *razões* que justificam, sob a perspectiva dos indivíduos, a substituição dos seus próprios *processos de racionalização prática* por àqueles conduzidos pelos indivíduos ou instituições que reclamam *autoridade*.

Certo é, no entanto, que dificilmente existem normas, indivíduos e instituições, que detenham *razões* com *força*, relevância e peso suficientes para, isoladamente, fundamentar a

sua própria *autoridade normativa* - seria, em circunstâncias muito específicas, o caso de certos líderes religiosos ou políticos, e, como mais à frente se verá, não raramente dos próprios *agentes constituintes* - : se, tal como propõe Joseph Raz (RAZ, 1999, p. 105-106), as *razões justificadoras do reconhecimento da autoridade normativa*, em regra, só fazem efetivo sentido racional dentro de um maior e complexo universo de normas conectadas, fundamental é, para a estruturação de uma teoria constitucional, a exposição daquilo que entende o autor por *sistema normativo*.

4.4. Os tipos de sistemas normativos e as características especiais do direito na obra de Joseph Raz

Para Joseph Raz, ao passo que as normas - tanto *mandatórias* quanto *não-mandatórias* - regulariam o comportamento dos indivíduos a elas sujeitos, um *sistema normativo* acabaria por regular, em última análise, todos os comportamentos abarcados por suas respectivas normas, ao sustentar e estruturar, como uma integralidade, toda a *autoridade* difundida pelos meandros do seu arcabouço normativo, e, tanto absorvida quanto complementada, pelas suas normas integrantes (RAZ, 1979, p. 116).

Significa dizer que, para o autor israelita, é o *sistema normativo*, como um todo formado por suas normas componentes, o derradeiro aglutinador das *razões isoladas*, originadas das suas normas individualmente consideradas, em *razões completas* emanadas e reclamadas pelo próprio *sistema normativo* integralmente considerado; de modo que, em última análise, não haveria de ter o *sistema normativo* *autoridade* sustentável se apartado daquelas *razões isoladas* disseminadas por suas normas integrantes, nem poderiam estas reivindicar *razões completas* se separadas do próprio *sistema normativo* ao qual integram, mormente do que seria a sua respetiva racionalidade global.

É, nesse sentido, sustenta o autor, que haveriam os *sistemas normativos* de serem dotados de pelo menos uma de quatro características fundamentais, podendo ser classificados, ainda que não exclusivamente, como (RAZ, 1999, p. 107):

- sistemas normativos de normas entrelaçadas (systems of interlocking norms);

- sistemas normativos de validade conjunta (systems of joint validity);
- sistemas normativos autónomos (autonomous systems);
- e sistemas normativos institucionalizados (institutionalized systems);

4.4.1. Os sistemas normativos de normas entrelaçadas

A propriedade do *entrelaçamento normativo*, constituindo àquilo que Raz denomina de *sistemas normativos de normas entrelaçadas*, pode ser definida como a *necessária relação normativa de causa/dependência entre diferentes normas de um sistema normativo para a explanação e justificação das suas respetivas razões completas* (RAZ, 1999, p. 111-113).

É o caso em que a existência de uma norma, e deste modo, da sua respetiva *autoridade* - ou seja, as *razões das razões protegidas* por ela impostas aos seus destinatários -, só pode ser integralmente explanada e justificada tendo-se como referências outras normas do mesmo *sistema normativo* em que se insere (RAZ, 1999, p. 111-113).

Significa dizer que, sob um esquema simples desenhado por Raz (RAZ, 1999, p. 111-113):

1. se oficiais de serviços de imigração detém o poder legal de emitir ou recusar visto para que estrangeiros possam adentrar e permanecer dentro de um determinado território;
2. e estrangeiros que cumpram os requisitos legais para adentrar e permanecer naquele território detém o direito subjetivo de obterem um visto;
3. ao passo que estrangeiros que incorram em determinadas vedações legais seriam proibidos de naquele território adentrar;

tem-se, *entrelaçadas*, três diferentes normas cujas respetivas racionalidades só podem ser integralmente explanadas por referências umas às outras, nomeadamente:

1. uma *norma de permissão*, consubstanciada na norma que garante o direito subjetivo do estrangeiro, que cumpra os requisitos legais, de exigir um visto e naquele território adentrar;

2. uma *norma mandatória*, materializada na norma que proíbe àqueles estrangeiros que incorrem em vedações legais de adentrar naquele território;
3. e uma *norma conferidora de poder*, que confere ao oficial dos serviços de imigração o poder legal de emitir ou recusar vistos; atuando, as normas 1. e 2., como balizas restritivas - ou seja, como *razões de exclusão* - do *poder normativo* do oficial de imigração, que, conforme a norma 1., tem que emitir os vistos àqueles estrangeiros que cumpram os requisitos legais, e, conforme a norma 2., deve recusar entrada àqueles que incorrem em específicas vedações legais;

Vê-se, sob tal esquema, que as normas relativas aos requisitos e proibições à concessão de visto só fazem completo sentido com a referência a um indivíduo ou órgão competente dotado de *poder normativo* para a emissão ou recusa de vistos; ao passo que a *norma conferidora de poder* e competência para a emissão ou recusa de vistos só pode ser integralmente explanada com referência àquelas normas balizadoras dos próprios parâmetros para a emissão ou recusa de vistos.

4.4.2. Os sistemas normativos de validade conjunta

A propriedade da *validade conjunta das normas*, por sua vez, materializadora daqueles sistemas por Raz denominados de *sistemas normativos de validade conjunta*, constitui-se - de modo ainda mais intenso do que a mera relação normativa de causa/dependência dentre diferentes normas de um sistema normativo para a explanação e justificação das suas respectivas *razões completas*, própria dos *sistemas normativos de normas entrelaçadas* - nas próprias *razões comuns e necessárias para a mobilização de todas as razões emanadas pelas normas integradoras do sistema normativo* (RAZ, 1999, p. 113-114).

Se constituiria a propriedade da *validade conjunta das normas* na *racionalidade ou racionalidades basilares presentes em todas as razões completas das normas do sistema normativo, sem as quais não haveriam razões, no contexto interno daquele sistema, para que o indivíduo adote as condutas prescritas pelas normas individualmente consideradas,*

fundamentando, portanto, tal ou tais racionalidades basilares, ou o cumprimento de todas as normas do *sistema normativo*, ou, ao revés, a sua total desconsideração no contexto interno/racional daquele sistema (RAZ, 1999, p. 113-114).

É, como exemplifica o autor (RAZ, 1999, p. 114-117), o caso dos jogos de xadrez, cujas normas constitutivas podem ser delineadas em:

1. *normas conferidoras de poder*, que permitem que o jogador, ao movimentar a sua peça, altere como, quando e sob que escopo estaria o outro jogador estaria sujeito às normas do jogo;
2. *normas de permissão*, que permitem que os jogadores, dentro de certas balizas, movimentem as suas peças como desejarem;
3. *normas mandatórias*, que não só condicionam certos movimentos, tal como o cavalo andar sempre em L ou o bispo sempre na diagonal, como também, repercutindo o *poder normativo* exercido pelo jogador oposto, impõe obrigações como o dever de retirar do tabuleiro as peças eliminadas por jogadas do oponente;
4. e, mobilizando e fundamentando, ainda que parcialmente mas necessariamente, a racionalidade presente em todas as demais normas em um contexto de um jogo de xadrez: uma *norma mandatória*, por Raz denominada de *norma de continuidade*, que impõe a obrigação que os jogadores movimentem, de modo alternado, iniciando-se pelo jogador com as peças brancas, as peças do jogo do xadrez;

Vê-se, sem excluir o *entrelaçamento normativo* dentre as demais normas, que é a *norma de continuidade* que dá racionalidade conjunta ao próprio jogo de xadrez globalmente considerado; de modo que, conquanto ainda que sem tal norma sobresistam *razões justificadoras* inerentes às demais normas do jogo, a desconsideração da *norma de continuidade* - como a movimentação aleatória, ainda que consideradas as *normas mandatórias* que condicionam os movimentos das personagens, das peças no tabuleiro - desnaturaliza o próprio “ato de jogar xadrez” (RAZ, 1999, p. 114-117).

Significa dizer que a racionalidade emanada pela *norma de continuidade* do xadrez: ou mobiliza e fundamenta, ainda que parcialmente, as *razões* emanadas pelas demais normas do jogo no contexto do jogo; ou a desconsideração de todas demais normas daquele *sistema normativo*, uma vez que não mais se estaria a jogar xadrez (RAZ, 1999, p. 114-117).

4.4.3. Os sistemas normativos autônomos

Por seu turno, a *autonomia do sistema normativo*, constitutiva dos, por Raz denominados, *sistemas normativos autônomos*, materializa-se nas *razões globais* emanadas e reclamadas pelo *sistema normativo* como um todo integral, justificadoras para que os indivíduos reconheçam *razões* para interiorizar as suas respectivas normas integrantes, apresentadas externamente justamente como uma *globalidade normativa autônoma*; o que significa dizer que o interior do sistema normativo autonomiza-se das *razões práticas* a ele alienígenas, de forma que os indivíduos, apenas em relação ao sistema integralmente considerado, reconhecem *razões globais* para internalizá-lo ou para rejeitá-lo, em qualquer hipótese sem considerar as *razões isoladas* emanadas por suas normas integrantes individualmente consideradas, uma vez que as *razões* justificadoras do seu reconhecimento só se apresentam como partes integrantes do próprio *sistema normativo* (RAZ, 1999, p. 117-123).

Em outras palavras, a *autonomia do sistema normativo manifesta-se não internamente - como o entrelaçamento normativo ou a validade conjunta das normas -, mas sob uma feição racionalizante externa ao sistema autônomo, estruturadora das razões que levariam com que os indivíduos identificassem razões globais para reconhecer a legitimidade e autoridade do sistema normativo como um todo*, e, só daí, se difundindo pelo arcabouço do próprio *sistema normativo* para a interiorização e observação das suas normas individualmente consideradas (RAZ, 1999, p. 117-123).

Significa dizer que, em um jogo de xadrez, a *autonomia do sistema normativo* concretizaria-se nas próprias *razões globais externas* emanadas pelo *sistema normativo*, para, em primeiro lugar, se jogar o jogo de xadrez, e, apenas a partir daí, interiorizar as suas

respetivas normas, *razões* e *racionalidades integrantes* para àquele fim: a autonomia do jogo de xadrez se torna explícita se se considera que nenhum indivíduo internaliza e observa as normas individualmente consideradas do jogo - e sem uma *racionalidade globalizante externa* para a sua interiorização, dificilmente as normas integrantes do jogo haveriam de sequer ter *razões completas* fortes o suficiente para a sua observação por parte do agente - sem antes reconhecer *razões globais* para, em primeiro lugar, se jogar o xadrez; e, talvez até mais além, considerando o que é para o indivíduo *valoroso ou bom*, reconhecer *razões* para se jogar xadrez com o objetivo de ganhar o jogo.

4.4.4. Os sistemas normativos institucionalizados

E por fim, os por Raz denominados *sistemas normativos institucionalizados*, materializariam-se naqueles *sistemas dotados de instituições cuja função seria criar e aplicar as suas próprias normas*; dos quais, dentre associações desportivas, clubes sociais, instituições educacionais, sindicatos e outras organizações institucionalizadas, seria o direito o seu mais importante espécime (RAZ, 1999, p. 123).

Central aos *sistemas normativos institucionalizados*, está àquilo que Raz denomina de *tese das fontes* (The Sources Thesis): sustenta o autor israelita que dentre os diferentes *sistemas normativos*, alguns em específico haveriam de ter como finalidade - fonte basilar para as eventuais *razões* que conduzam ao reconhecimento da sua *autoridade* - a resolução normativa de conflitos morais, sociais, políticos, etc., demandando, em determinadas ocasiões, a fixação - ainda que temporária e por vezes singular e incompleta - do seu conteúdo, de modo a minimizar a incerteza normativa não raramente obstrutora da pacificação social (RAZ, 2009, p. 387).

A *tese das fontes* demandaria, portanto, um filtro - essencial naqueles sistemas normativos cujas *razões*, parciais ou exclusivas, *fundamentadoras do reconhecimento da sua autoridade global* residem justamente no seu papel de pacificação social - para determinar àquilo que pertence e adentra o *sistema normativo*, o que logicamente conduz à necessidade

de indivíduos ou instituições que determinem o conteúdo destes específicos *sistemas normativos*, nascendo daí a figura dos *sistemas normativos institucionalizados*.

É, destarte, na esteira proporcionada pela *tese das fontes*, que identifica Raz, nos mais variados *sistemas normativos institucionalizados*, dois tipos primários de instituições:

- as *instituições aplicadoras de normas* (norm-applying institutions), materializadas como àquelas instituições com a capacidade de definir, por meio de *declarações de poder* - e, portanto, de forma vinculante, ainda que eventualmente incorreta -, a situação normativa de determinados indivíduos ou instituições no âmbito daquele respetivo *sistema normativo*: é, de modo genérico e simplista, o caso clássico dos juízes e tribunais (RAZ, 1999, p. 132-137);
- e as *instituições criadoras de normas* (norm-creating institutions), materializadas naquelas instituições detentoras de *poderes normativos*, outorgados ou não por *normas conferidoras de poder* para, dentro das balizas estabelecidas por tais normas - quando existentes -, por meio de *declarações de poder*, constituir, alterar ou cancelar *razões protegidas* aplicáveis à outros indivíduos ou instituições, mediante a criação ou revogação de normas tanto *mandatórias* quanto *não-mandatórias*, dentre estas as *normas de permissão* e *normas conferidoras de poder*: é, também de forma genérica e simplista, o caso clássico das legislaturas (RAZ, 1999, p. 123);

Para além das *instituições aplicadoras de normas* e das *instituições criadoras de normas*, Raz aponta ainda para as *instituições implementadoras de normas* (norm-enforcing institutions) - tais como as forças policiais - responsáveis pela implementação física do conteúdo do *sistema normativo*, que, com a sua atuação, forneceria *razões auxiliares* - mas não necessariamente *razões operativas* - condutoras ao reconhecimento da *autoridade das normas* e *sistemas normativos institucionalizados*, o que não as torna, portanto, indispensáveis à este tipo de *sistema normativo*, uma vez que não raramente *sistemas normativos institucionalizados*, como clubes sociais e os próprios sistemas jurídicos

internacionais, seriam despidos de qualquer instituição dotada de poder coativo próprio (RAZ, 1999, p. 133-134).

É, destarte, nesse sentido que tanto as *instituições aplicadoras de normas* quanto as *instituições criadoras de normas*, sem prejuízo de que uma mesma instituição seja dotada de ambas as funções - mesmo Raz, que continuamente na sua obra reitera a ênfase no que seria uma divisão dentre *instituições aplicadoras de normas* e *instituições criadoras de normas*, expressamente reconhece a dificuldade de se fixar não só uma estrita separação e identificação das características essenciais de cada uma destas funções, como até mesmo de se classificar a atuação dos diferentes agentes públicos exclusivamente dentro de uma das supracitadas categorias (RAZ, 1979, p. 105-111) -, atuam como concretizadoras da *tese das fontes*: são as *instituições aplicadoras de normas* e as *instituições criadoras de normas* efetivos filtros para que se determine quais normas e quais razões fundamentadoras tanto das suas respectivas *autoridades individuais*, quanto, em última instância, da *autoridade do próprio sistema globalmente considerado*, pertencem e adentram o *sistema normativo* e, portanto, se aplicam aos indivíduos a ele sujeitos; reduzindo, ainda que parcialmente e de modo precário, a incerteza acerca das atinentes posições normativas dos agentes face ao sistema.

Nesse contexto, duas observações fundamentais fazem-se necessárias:

Preliminarmente, se considerarmos, tal como o faz Raz, que a necessidade de institucionalização de alguns *sistemas normativos*, como o direito, se faz em razão da imprescindibilidade de se reduzir a incerteza acerca das posições normativas dos indivíduos face ao sistema, mormente quando a sua própria *autoridade* repousa, ainda que parcialmente, em *razões de estabilização de expectativas e segurança normativa* (RAZ, 2009, p. 387); inevitável será a conclusão que, dentre *instituições aplicadoras de normas* e *instituições criadoras de normas*, apenas a primeira seria indispensável ao *sistema normativo*, uma vez que apenas àquela já, por si própria, poderia tanto filtrar e determinar quais normas e as suas respectivas *razões* pertenceriam ao interior *sistema normativo*, quanto determinar as respectivas posições normativas dos indivíduos a ele sujeitos; não se mostrando as últimas nem imprescindíveis e nem presentes em todos os *sistemas normativos institucionalizados*, como

é, destarte, o caso dos *sistemas normativos institucionalizados* tradicionais e consuetudinários, dotados apenas de *instituições aplicadoras de normas* (RAZ, 1999, p. 131).

Doutro turno, do facto que alguns *sistemas normativos*, tal como o direito, se sustentam em razões de estabilização de expectativas e segurança normativa, fazendo-se fundamental a redução da incerteza acerca das posições normativas dos indivíduos face ao sistema (RAZ, 2009, p. 387); daí não resulta uma necessária coerência interna ao *sistema normativo*, tal como sugerido por Hart quando afirma que cada sistema normativo haveria de ter apenas uma *regra de reconhecimento* última, dotada de critérios hierárquicos derradeiros para resolver conflitos normativos (HART, 1994, p. 100-110): ao revés, para Raz, podendo a *autoridade do sistema normativo global* se sustentar em diferentes *razões práticas*, e, havendo a possibilidade de que os seus respetivos órgãos institucionais, nomeadamente *instituições aplicadoras de normas* e *instituições criadoras de normas*, derivem também de diferentes *razões* as suas respetivas *razões justificadoras de autoridades*, não haveria óbice para que um mesmo sistema normativo houvesse de ter, na sua estrutura, diferentes, e por vezes incompatíveis, “regras de reconhecimento”, de modo que conflitos normativos, a priori não solucionáveis, não descaracterizariam o *sistema normativo*, quando muito apenas prejudicariam, em diferentes graus conforme o conflito, parte das *razões de autoridade* daqueles sistemas que se sustentam, integral ou parcialmente, em *razões de segurança normativa ou estabilização de expectativas* (RAZ, 1979, p. 95-97).

É, destarte, nesse sentido que diferentes instituições podem, de diferentes maneiras e sob diferentes escopos, atuar sincronicamente, no âmbito da *tese das fontes*, como filtros ou fontes daquelas normas que pertencem ou são inseridas no *sistema normativo institucionalizado*: é, ainda que não só, o caso do sistema jurídico britânico, em que, fundados sob diferentes *razões de autoridade*, os tribunais ingleses e o Parlamento Britânico materializam-se - ainda que o primeiro também se afigure como uma clara instituição aplicadora de normas - como *instituições criadoras de normas* contemporâneas e concorrentes, fundando-se a *autoridade* do primeiro nas *razões simbólicas e de segurança jurídica* abstraídas da tradição judicial e dos princípios do *common-law*, ao passo que a

autoridade do segundo se erige em *razões democráticas* materializadas no seu papel de entidade de representação popular soberana por excelência (THORNHILL, 2011, p. 146-147).

4.4.5. As características do especial lugar do direito como sistema normativo institucionalizado

Ao cabo, concluí Raz, o direito nada mais seria do que um *sistema normativo institucionalizado* - o mais importante deles - dotado, necessariamente, mas não exclusivamente, de *instituições aplicadoras de normas*, e caracterizado, ainda, por três propriedades nucleares que lhe conferem uma estatura única e especial em face aos demais:

- os *sistemas jurídicos seriam compreensíveis* (legal systems are comprehensive), ou seja, ao passo que a maior parte dos outros *sistemas normativos institucionalizados* seriam voltados para a regulação do comportamento dos indivíduos em áreas específicas - como associações desportivas, sindicatos, organizações culturais, partidos políticos, etc. -, *o direito não reconheceria nenhum limite à sua possibilidade de regulamentação, podendo, em tese, o sistema jurídico regular normativamente qualquer comportamento dentro da comunidade em que está inserido, uma vez que por natureza reclamaria autoridade para regular toda e qualquer área de comportamento possível dos seus indivíduos, ainda que a grande maioria dos sistemas jurídicos, vigentes ou históricos, tenha se privado de regulamentar certas zonas de comportamento* (RAZ, 1999, p. 150-151);
- os *sistemas jurídicos clamariam ser supremos* (legal systems claim to be supreme), ou seja, diferentemente da maior parte dos demais *sistemas normativos institucionalizados*, cujo clamor de *autoridade* reconhece e admite a possibilidade de que outros *sistemas normativos* os regulem - as associações desportivas, sindicatos, organizações culturais, partidos políticos, etc. são e aquiescem serem regulamentados pelo sistema jurídico -, *os sistemas jurídicos clamariam ser o normatizador último do comportamento dos indivíduos a ele*

sujeitos, de forma que, ainda que reconheça e tolere, como um *sistema normativo aberto*, a existência e o clamor de outros *sistemas normativos* na mesma comunidade em que se encontra inserido, o *sistema jurídico* clama deter a *autoridade* final de todos os comportamentos sob o seu escopo; o que, nada obstante, não exclui a possibilidade de que dois ou mais *sistemas jurídicos* clamem *autoridade suprema* sob uma mesma comunidade - tal como ocorre naqueles territórios sujeitos à guerras civis ou entre os sistemas jurídicos domésticos e supranacionais, como o caso do Conselho da Europa e os seus países membros -, não havendo óbice para o cumprimento de ambos quando compatíveis, e, quando inconciliáveis, devendo-se analisar qual detém *autoridade de facto*, sendo efetivamente observado não só pelas *instituições aplicadoras de normas*, mas principalmente pelos sujeitos ao qual se impõe (RAZ, 1999, p. 151-152);

- e, por fim, são os *sistemas jurídicos sistemas normativos abertos* (Legal systems are open systems), o que significa dizer que os *sistemas jurídicos perfilham normas pertencentes a outros sistemas e a elas municiam a sua própria força vinculante de modo a dar-lhes eficácia*, isto é, os *sistemas jurídicos* adotam normas alienígenas - tais como aquelas presentes em contratos, nos sistemas normativos de associações desportivas, sindicatos, organizações culturais, partidos políticos, e nos demais sistemas jurídicos estrangeiros e internacionais -, e as aplicam, “emprestando-as sua própria autoridade”, ainda que, por si próprios, não as internalizem ou com elas não se confundam (RAZ, 1999, p. 152-154).

Seriam, portanto, para Raz, os *sistemas jurídicos* definidos como *sistemas normativos institucionalizados sincronicamente compreensivos, abertos e reclamantes de supremacia normativa*; características que conseqüentemente os torna, dentre os demais *sistemas normativos institucionalizados*, o mais importante *sistema normativo* regulador das diferentes sociedades, atuais e históricas, sendo o sistema que efetivamente provê e sustenta os pilares da própria possibilidade de vida em sociedade (RAZ, 1979, p. 116).

Certo é, no entanto, que por mais elementar que o seja, não responde a definição dos *sistemas jurídicos* uma questão fundamental para a possibilidade não só de uma teoria do direito, como também de uma teoria da constituição: ao cabo, quais seriam as razões que levariam com que os indivíduos constatassem a necessidade de se submeter a uma ordenação normativa jurídica, e subsequentemente - e mais importante -, reconhecer a *autoridade* e legitimidade de sistemas jurídicos específicos?

Para tanto, é novamente necessário dar um passo para trás em direção a noção das *razões práticas* como a pedra angular não só de todas as explicações das ações humanas, como do que seria a própria noção da *natureza* do ser humano, e procurar construir caminhos que levariam com que os indivíduos substituíssem os seus próprios *processos racionalizadores* por àqueles gerados no seio dos *sistemas jurídicos*.

4.5. Entre a autoridade de facto e a autoridade de jure: as razões práticas como plataforma da fundamentação da legitimidade dos sistemas normativos

Certo é que a noção de legitimidade e *autoridade* dos *sistemas jurídicos* consubstancia-se em um dos campos mais controversos da filosofia jurídica e política; nada obstante, Raz, ao procurar incorporar a legitimidade dos *sistemas normativos* às *razões* pelas quais são tais sistemas efetivamente obedecidos, parece superar as armadilhas e paradoxos - como a *fábula retroativa* de Derrida e os *círculos viciosos* por Arendt denunciados - que o tema da legitimidade do direito - e respetivamente das constituições - recorrentemente impõe.

É, nesse sentido, central o conceito de *razões e racionalização prática* por Raz propostos: para o autor israelita, todas as ações humanas voluntárias - incluídas àquelas realizadas na tentativa de atos intencionais diversos do efetivamente concretizado - haveriam de ter como base uma *racionalidade*, inerente à própria noção de ser humano, materializada na *habilidade de perceber e compreender as razões para se fazer ou acreditar em algo*, e, através de um *processo racionalizador* dentre *razões* possíveis e eventualmente conflitantes, julgar as suas respectivas força, relevância e peso, bem como a sua adequação à diferentes contextos, e adotá-las como balizadoras e condutoras do seu próprio atuar; o que significa

dizer que todo ato intencional depende, necessariamente, das *razões* pelo indivíduo ponderadas e que acabam por levar à sua performance em concreto ou tentada (RAZ, 1978, p. 2-3).

Para o autor, inerente à essência dos seres racionais, estaria a busca pelo que tais criaturas consideram ser *valeroso ou bom*, de modo que a capacidade humana para ação seria inescapavelmente fundada na sua habilidade em compreender e empreender, face ao que valoriza, ações para alcançá-lo, de modo que tais balizas “controlariam” as *razões* pelas quais os indivíduos efetivamente adotam as condutas que adotam (RAZ, 2001, p. 47).

Ocorre que àquilo que os indivíduos consideram *valeroso ou bom* no mundo acaba por ser condicionado à realidade intersubjetiva histórico-cultural da sociedade em que estão inseridos os próprios indivíduos, o que significa dizer que a própria percepção dos indivíduos acerca do que seria *valeroso ou bom*, mais do que contingente à exclusiva subjetividade do agente, constrói-se dentro das balizas impostas pelas condições políticas, sociais, económicas, culturais, institucionais, práticas, e até mesmo temporais ao indivíduo impostas (RAZ, 2001, p. 153-154).

Tal fenómeno se torna explícito quando se considera que as balizas histórico-culturais que moldam diferentes realidades intersubjetivas materializam *conceitos* paroquiais de significação, e, respetivamente, de valoração, que se manifestam em diferentes percepções de valor acerca de um mesmo objeto: sob os filtros do balizamento histórico-cultural da sociedade em que o agente está inserido, o alimento pode ser valorado como uma fonte de prazer ao indivíduo, ou não mais que uma necessidade terrena cuja espiritualidade pode e deve, por períodos, se privar; a liberdade sexual das mulheres pode ser valorada sob a óptica de uma conquista pela liberdade e autodeterminação feminina, ou como uma transgressora e evitável submissão aos pecados carnis; e a própria comunidade pode ser vista como um elemento fundamental e imprescindível da identidade intersubjetiva de um povo, ou em tempos de globalização, transportes intercontinentais em massa e interconectividade instantânea, como um conceito arcaico e retrógrado em tempos de sociedade global fluida.

Mais além, não só seriam os conceitos de *valeroso ou bom* construções paroquiais contingentes à realidade intersubjetiva histórico-cultural da sociedade em que se encontra o indivíduo, como, mesmo dentre tais balizas, vê-se recorrentemente o agente, face às limitações inerentes tanto à condição humana - como a inevitável mortalidade do homem - quanto à sociedade em geral - como restrições de acesso à recursos ou oportunidades -, frente à inevitabilidade de ter de realizar escolhas dente àquilo que considera *valeroso ou bom*, o que significa dizer que muitas vezes enfrenta o agente o dilema ter de priorizar, dentre diferentes e muitas vezes incomensuráveis condutas reputadas como conducentes ou conformes àquilo que o indivíduo valoriza, apenas uma que efetivamente materializará o seu proceder, não raramente impossibilitando as demais (RAZ, 1994, p. 8).

É neste ponto que surge a indispensabilidade da intermediação das *razões* e da *racionalização prática*, tal qual propostas por Raz: face a valores incomensuráveis, as *razões práticas*, por meio dos *processos de racionalização prática*, subsidiam a possibilidade de uma escolha possível, justificada e inteligível por parte do indivíduo, naquela que seria a indissociável e inesgotável busca dos seres humanos àquilo que lhes é, sob as lentes paroquiais contingentes à realidade intersubjetiva histórico-cultural em que se encontram inseridos, percebido como *valeroso ou bom* (RAZ, 2001, p. 46-66).

É, destarte, justamente sobre tais bases que se sustenta a ideia de legitimidade e *autoridade* dos *sistemas jurídicos* tal qual proposta por Joseph Raz (RAZ, 1979, p. 28-30):

1. se toda conduta humana é justificada e motivada por *razões práticas* que, em última instância, são racionalmente sustentadas pela sua busca àquilo que lhe é *valeroso ou bom*;
2. todo *sistema jurídico* que é observado e obedecido, há de, por um lado, no mínimo clamar e emanar *razões práticas* para o reconhecimento da sua *autoridade normativa*, e por outro, ter as *razões* que clama e emana reconhecidas como condutoras àquilo que, sob uma determinada realidade intersubjetiva histórico-cultural, é percebido como *valeroso ou bom* por um número suficiente de indivíduos minimamente poderosos para garantir o seu controle normativo sob uma determinada área;

3. de forma que, se a *autoridade de facto* de um sistema jurídico manifesta-se na sua observação e obediência por parte de um número suficiente de indivíduos minimamente poderosos para garantir o seu controle normativo sob uma determinada área;
4. ao passo que a *autoridade legítima* se manifesta em terem os indivíduos *razões* para observar e obedecer o *sistema normativo*;
5. todo *sistema jurídico de facto* também - no mínimo para uma parcela suficiente da população que, por *razões* que consideram condutoras àquilo que lhes é *valeroso ou bom*, o observa e o obedece - haverá necessariamente dê o ser legítimo;

É, deste modo, que em Raz a existência *de facto* de um *sistema jurídico* seria indissociável da sua *autoridade legítima*, pelo menos para parcela suficiente da população: se o *sistema jurídico* possui efetividade em um dado território ou comunidade, é porque parte, ainda que mínima mas suficientemente poderosa para garantir o seu cumprimento, dos indivíduos daquele cenário, reconhecem, pelas mais diversas *razões*, a sua *autoridade*, e conseqüentemente observam, interiorizam e substituem, nos seus respetivos *processos racionalizadores*, as suas próprias *razões* por àquelas advindas das *declarações de autoridade do sistema jurídico*, asseverando o seu cumprimento e eficácia.

Para Raz, a *autoridade* manifesta-se na capacidade, sustentada nas mais diversas mas necessárias e suficientes *razões*, de se proferir *declarações de autoridade* (authoritative utterances), consubstanciadas em *razões para que os indivíduos observem e internalizem, nos seus respetivos processos de racionalização prática, as razões manifestadas pela autoridade*; ao passo que o reconhecimento da *autoridade* de um indivíduo, instituição ou *sistema normativo*, é sustentado na observação e internalização, fundadas nas mais diversas mas necessárias e suficientes *razões*, das *razões* inerentes às *declarações de autoridade* por quem clame o tê-la, substituindo o indivíduo as suas próprias *razões práticas* por àquelas advindas da *autoridade* (RAZ, 1979, p. 7-9).

No caso dos *sistemas jurídicos*, as suas *declarações de autoridade* não só se materializam em *razões protegidas* - produtos da combinação conclusiva e sistemática entre

razões de primeira ordem para ação e razões de segunda ordem de exclusão -, impondo aos indivíduos a elas sujeitos a efetiva substituição das suas *próprias razões práticas* por àquelas oriundas e exigidas pelo *sistema normativo* (RAZ, 1979, p. 30); como também reclamam os *sistemas jurídicos autoridade dotada de força perentória* (pre-emptive force of authority), o que significa dizer que o *sistema jurídico* não só emana *razões protegidas*, mas que, em última instância, as *razões* para se reconhecer e acatar tais *razões protegidas* repousam não nas *razões* fundamentadoras das normas que as contém, mas no facto de terem sido tais *razões protegidas* emanadas por *declarações de autoridade* originadas da *autoridade do sistema como um todo*, de forma que as *razões* para se internalizar as normas emanadas de um *sistema jurídico* seriam *razões independentes do seu respetivo conteúdo* (content-independent reasons) específico e individualmente considerado (RAZ, 1986, p. 35-37).

Em outras palavras, clamariam os *sistemas jurídicos* que o facto de terem sido as suas normas integrantes e constitutivas originadas de *declarações de autoridade* emanadas pelo próprio *sistema jurídico* - ou seja, por suas respetivas instituições dotadas de *poder normativo* - já constitui *razão* o suficiente para que tal norma seja dotada de *autoridade*, independentemente do seu conteúdo normativo (RAZ, 2009, p. 141-142).

É, destarte, daí que nasce àquilo que Raz denomina de *conceção de autoridade a serviço* (service conception of authority): se os *sistemas jurídicos* clamam emanar - e quando existentes *de facto* é porque efetivamente o são, pelo menos para parte necessária e suficiente de indivíduos - *razões protegidas* cujas *próprias razões* de internalização por parte dos indivíduos repousam, independentemente do seu conteúdo, perentoriamente e em última instância no facto de terem sido tais *razões protegidas* oriundas de *declarações de autoridade* originadas do próprio *sistema jurídico* - por meio das suas respectivas instituições dotadas de *poder normativo* -; a *conceção de autoridade a serviço* funciona como um guião mínimo para que os *sistemas jurídicos*, por meio da atuação das suas instituições integrantes, possam clamar e terem reconhecida a sua *autoridade dotada de força perentória* (RAZ, 1986, p. 55-63).

Duas são as teses condicionais, por Raz propostas, condutoras à possibilidade de que possa o *sistema jurídico* clamar *autoridade dotada de força perentória*:

- a *tese da dependência* (the dependence thesis), consubstanciada na ideia de que, com vistas à preservação e reforço das *razões* para que os indivíduos reconheçam e interiorizem as *razões* justificadoras da *autoridade perentória* reclamada pelo *sistema jurídico*, devem as suas instituições integrantes fundamentar as suas respectivas *declarações de autoridade* em razões cognoscíveis e sustentáveis aos indivíduos aos quais se aplicam; o que significa dizer que, ainda que não no interesse direto destes indivíduos, *devem as declarações de autoridade no mínimo aparentar uma aspiração àquilo que se é considerado valoroso ou bom no seio daquela comunidade em que reclama autoridade* (RAZ, 1986, p. 42-53);
- e a *tese da justificação normal* (the normal justification thesis), concretizada no clamor, por parte do *sistema jurídico*, e na percepção, por parte dos indivíduos, de que a estes é, em geral, mais vantajoso reconhecer a *autoridade* do *sistema jurídico* e acatar as suas *declarações de autoridade*, do que rejeitá-las; o que significa dizer que *se reconhece no sistema jurídico, ou mais precisamente nas suas instituições constitutivas, uma habilidade ou capacidade de racionalização aparentemente superior àquelas realizadas pelos indivíduos singularmente considerados - ou pelas demais instituições e sistemas concorrentes -, mostrando-se, para a consecução daquilo que é percebido como valoroso ou bom, por diversas razões, mais conveniente acatá-lo do que não fazê-lo* (RAZ, 1986, p. 53-57).

Articuladas em conjunto, a *tese da dependência* e a *tese da justificação normal* formam, portanto, a por Raz denominada *concepção de autoridade a serviço*, materializada na *capacidade e necessidade dos sistemas jurídicos de sustentar, nas suas respectivas declarações de autoridade, não só razões cognoscíveis e justificáveis aos indivíduos aos quais se aplicam, como também possíveis vantagens ao indivíduo ou à comunidade face razões advindas de processos de racionalização próprios ou operacionalizados por outras instituições ou sistemas normativos* (RAZ, 1994, p. 214-215).

É, destarte, justamente na possibilidade de sustentar e clamar *razões* que justifiquem o reconhecimento da sua *autoridade normativa* que reside a essencial diferença dentre os

sistemas jurídicos, por mais autoritários que o sejam, e as ordens advindas exclusivamente de ameaças ou do exercício da força bruta (RAZ, 1994, p. 218-219).

Por fim, a *conceção de autoridade a serviço* conduz à *tese da preempção* (preemption thesis), materializada concomitantemente, por um lado, no *clamor por parte do sistema jurídico de que o facto de que uma declaração de autoridade tenha como fonte uma de suas instituições constituintes já constitui razão o suficiente que os indivíduos aos quais se aplica reconheçam a sua autoridade independentemente do seu conteúdo específico*, e de outro, no próprio *reconhecimento por parte dos indivíduos que o facto ter uma declaração de autoridade origem no sistema jurídico ou nas suas instituições integrantes já constitui razão o suficiente, independentemente do seu conteúdo, para a sua consideração, internalização e conformação às razões e condutas nela prescritas* (RAZ, 1986, p. 57-62).

Nasce justamente da *tese da preempção* o que pode-se chamar de *autoridade e legitimidade global do sistema jurídico*, indissociáveis da sua possibilidade de existência prática e efetiva, mostrando-se, no entanto, na esteira da *tese de dependência* e da *tese da justificação normal*, indispensável a contínua e consistente atuação das suas instituições constituintes no emanar e renovar das *razões* sustentadoras de toda a *autoridade*, e, conseqüentemente, da *observância global do próprio sistema jurídico*.

É, ao cabo, com a plataforma proporcionada pela *conceção de autoridade a serviço* e pela *tese da preempção*, e sobre a ideia de que os sistemas jurídicos não são blocos normativos estáticos e terminados, mas sistemas orgânicos e dinâmicos dependentes da contínua e ativa renovação das *razões práticas* que, em último nível, sustentam e justificam a sua própria existência *de facto*; que parece ser possível, ultrapassando os obstáculos que *concepções* paroquiais de constituição e as armadilhas que a *fábula retroativa* de Derrida e os *círculos viciosos* por Arendt denunciados representam ao teórico, enfim se responder: por que são as constituições válidas e legítimas? E como preservam as constituições a sua validade e legitimidade?

5. Válida desde então: a autoridade do poder constituinte como pressuposto inaugural da autoridade e legitimidade da constituição

5.1. A constituição como produto de declarações de autoridade emanadas pelo poder constituinte

Quais seriam, portanto, as fontes e fundamentos da legitimidade e *autoridade* das constituições, na qualidade de *ordenações fundamentais que, sincronicamente, individualizam as suas respectivas comunidades, indicam e organizam a titularidade e a forma de exercício dos seus atinentes poderes políticos, e exteriorizam as estruturas e sentidos inerentes aos seus respectivos corpos político-sociais* (SOARES, 1986, p. 36)?

Preliminarmente, na esteira da *tese das fontes* proposta por Raz, materializada na necessidade lógica de uma espécie de filtro para determinar àquilo que pertence ou adentra o *sistema normativo institucionalizado*, pode-se afirmar que haveriam de nascer as constituições a partir de efetivos atos fundadores, históricos ou míticos, consubstanciados ou na criação, por parte de uma *instituição criadora de normas*, das normas constitucionais, ou no reconhecimento, por parte de *instituições aplicadoras de normas*, do status constitucional de normas jurídicas ou, até mesmo, de normas não jurídicas.

Nesse sentido, não se nega que, em grande parte devido à influência do constitucionalismo nascido nas Revoluções Americana e Francesa - que, como apontado por Hannah Arendt, ao identificar a revolução no contexto moderno como o *momento culminante da rutura de um velho regime e o nascimento de uma nova ordem constitucional*, apontaria o ato fundacional revolucionário, materializado em assembleia ou convenção, como o próprio momento constituinte (ARENDR, 1990, p. 144-145.) -, tem-se, hodiernamente, a criação das normas constitucionais por *instituições criadoras de normas* - consubstanciadas justamente naqueles órgãos identificados como agentes do poder constituinte, usualmente, mas não necessariamente, sob a forma de assembleias ou convenções constituintes - como o método mais recorrentemente utilizado para a inauguração dos regimes constitucionais atualmente vigentes: é o caso, dentre muitas outras, da Constituição dos Estados Unidos da América, da Lei Básica Alemã, e das Constituições Portuguesa e Brasileira.

Certo é, no entanto, que se as *declarações de autoridade* emanadas pelas *instituições criadoras de normas* consubstanciam-se em efetivos atos fundacionais de um novo regime constitucional, que, por sua vez, não existe - e portanto, não pode aos seus criadores conferir *autoridade* - até a sua própria fundação por meio das *declarações de autoridade* por estas mesmas *instituições criadoras de normas* emanadas; acaba por ser logicamente impossível - com algumas exceções, tal como a Constituição Espanhola de 1978 que no seu artigo 168 prevê uma modalidade de revisão global da Constituição - que as *declarações de autoridade* emanadas pelos poderes constituintes possam se fundar em quaisquer *normas conferidoras de poder* que outorgue-lhes *poderes normativos* para, por meio de *declarações de autoridade*, fundarem novos regimes constitucionais.

Reside aí justamente o paradoxo do poder constituinte apontado por Antonio Negri (NEGRI, 1999, p. 2): ao agir a inaugurar um novo regime constitucional, atua o poder constituinte de forma *ultra vires* face ao regime constitucional anterior, de modo que o poder que inaugura uma nova constituição não só seria, por si próprio, inconstitucional; como também, ao se afirmarem, aqueles agentes que o reclamam como pretensos representantes de um suposto *povo* titular do poder constituinte, haveriam, tal como denunciado por Derrida, em um simulacro de facto e instante, de acabar por necessariamente inventar tanto o *povo* que dizem representar, como o próprio ato delegatório que lhes conferiria tal poder constituinte (DERRIDA, 2002, p. 46-54).

Deste modo, ante a impossibilidade lógica da existência de quaisquer *normas conferidoras de poder* que outorguem às *instituições criadoras de normas* os *poderes normativos* para, por meio de uma *declaração de autoridade*, promulgar uma nova constituição, permanece intocada a questão: de onde haveria de se fundar a legitimidade e *autoridade* dos regimes constitucionais recém-fundados?

É, precisamente neste ponto, que a fusão dos conceitos de *autoridade de facto* e *autoridade de jure* operada por Raz nos oferece um possível caminho para a superação do paradoxo do poder constituinte: se as *declarações de autoridade* emanadas por *instituições criadoras de normas*, cuja atuação não seja fundada em anteriores *normas conferidoras de poder*, são observadas e obedecidas por parte suficientemente poderosa dos indivíduos de uma

dada comunidade para garantir o seu cumprimento, é porque estes indivíduos reconhecem, pelas mais diversas *razões*, a *autoridade* destas mesmas *instituições criadoras de normas*.

No contexto de construção constitucional, significa dizer que se uma constituição e um regime constitucional recém-inaugurados são observados e cumpridos por parte suficiente da população do território onde clamam se aplicar, é porque, em última análise, não detém o poder constituinte apenas *autoridade de facto*, mas esta mesma *autoridade de facto* exercida pressupõe o reconhecimento, por parte desta mesma população, da sua legitimidade.

Deste modo, pode-se dizer que se a *razão* para que uma constituição recém-promulgada seja observada e obedecida reside no reconhecimento por parte suficientemente poderosa da população de uma dada comunidade, da *autoridade* de específicas *instituições criadoras de normas* para, por meio de uma *declaração de autoridade*, promulgar esta mesma constituição; deriva, a *autoridade* e legitimidade originárias das constituições recém-promulgadas, necessariamente da *autoridade* das *instituições criadoras de normas* que as produzem e as promulgam (RAZ, 2009, p. 329-333).

Mais além, segue-se daí que a partir do momento em que *instituições criadoras de normas* inauguram regimes constitucionais dotados de *autoridade de facto* - e portanto, na esteira da proposta de Raz, também *autoridade de jure* -, deixam estas de serem meras *instituições criadoras de normas* para, no âmbito de um contexto de construção constitucional, adotarem o status de *instituições criadoras de normas dotadas de poder constituinte*.

No entanto, se certo é que a ideia de que a *autoridade* e legitimidade iniciais das constituições reside na *autoridade* dos seus criadores - nomeadamente, *instituições criadoras de normas dotadas de poder constituinte*, consubstanciado, por sua vez, na *habilidade de, por meio de declarações de autoridade, fundar ou significativamente alterar regimes constitucionais* - resolve o problema da origem da legitimidade e *autoridade* dos regimes constitucionais recém-fundados; não menos verdade é o facto de que tais premissas conduzem a novos tipos de questionamento, especificamente: quais *razões* levam a que uma *instituição criadora de normas* possa ser reconhecida como detentora de poder constituinte?

5.2. As razões políticas basilares e o seu fundamental papel no reconhecimento da autoridade dos poderes constituintes e constituídos

Segundo a *conceção de autoridade a serviço* por Joseph Raz desenvolvida, as *instituições normativas*, com o fim de clamarem *razões* robustas o suficiente para que os indivíduos reconheçam a sua *autoridade independentemente do conteúdo específico das suas declarações de autoridade* - fenómeno pelo autor israelita denominado de *tese da preempção* -, devem, concomitantemente, no seu atuar:

- minimamente considerar *razões* cognoscíveis e justificáveis aos indivíduos aos quais se aplicam, naquilo que o autor israelita denomina de *tese da dependência* (RAZ, 1986, p. 42-53);
- ao mesmo tempo em que deve a conformação à tais *declarações de autoridade* representar uma possível vantagem ao indivíduo ou à comunidade, face àquelas advindas de uma *racionalização prática* própria ou sustentada em razões provindas de diferentes fontes, na esteira da, por Raz denominada, *tese da justificação normal* (RAZ, 1986, p. 53-57).

É, destarte, justamente neste contexto da proposta da *conceção de autoridade a serviço*, que enumera Raz três *razões políticas basilares* potencialmente suficientes para o ulterior reconhecimento da *autoridade perentória* das *instituições criadoras e/ou aplicadoras de normas* dos *sistemas normativos*, incluídas nestas, quando robustas o bastante, as *instituições criadoras de normas dotadas de poder constituinte* (RAZ, 2009, p. 341-343); sendo elas:

- As *razões de expertise*, materializadas no clamor e no respetivo reconhecimento de que determinadas *instituições criadoras e/ou aplicadoras de normas* detém uma especial capacidade - fundada em uma prática, perícia ou conhecimento em matérias principalmente técnicas ou que demandam determinada experiência ou *know-how* - de emanar e produzir *declarações de autoridade* sustentadas em *razões* consideravelmente mais robustas e vantajosas do que àquelas inerentes às limitações práticas e/ou técnicas dos

indivíduos leigos em tais específicas áreas: é o caso da *autoridade* inerente aos Órgãos Sanitários, Órgãos de Fiscalização de Classe, Órgãos de Proteção Ambiental, Órgãos de Proteção ao Consumidor, Órgãos de Proteção ao Trabalho, e até mesmo dos Tribunais, *instituições criadoras e/ou aplicadoras de normas* dotadas de uma superior perícia nas suas respectivas áreas de atuação (RAZ, 2009, p. 341-342);

- As *razões de coordenação social*, materializadas no clamor e no respetivo reconhecimento da especial habilidade de determinadas *instituições criadoras e/ou aplicadoras de normas* em ordenar, organizar ou harmonizar - por meio de atividades de fiscalização, conformação ou repressão - a conduta dos indivíduos com vistas a prática de atos, estabelecimento de estruturas, ou a consecução de fins que exigem a coordenação e/ou mobilização de parte considerável da população: é o típico caso que sustenta a *autoridade*, dentre outros, dos Órgãos de Segurança Pública e Órgãos de Segurança Social, competentes e usualmente mobilizados para a coordenação da população e gerenciamento logístico de recursos humanos e materiais para a consecução de fins diversos, como a garantia da segurança pública ou a sustentabilidade do regime de pensões (RAZ, 2009, p. 342).
- E as *razões simbólicas*, materializadas no clamor e no respetivo reconhecimento de que determinadas *instituições criadoras e/ou aplicadoras de normas* - incluindo-se aí, por vezes, alguns dos seus respetivos agentes e/ou processos e rituais - corporizariam representações alegóricas daquilo que, no contexto de determinadas realidades histórico-culturais, se é percebido, de forma própria ou instrumental - como garantidor, facilitador ou condutor -, como *valoroso ou bom*: é o caso claro da figura dos monarcas - tal qual é a Coroa Britânica ou Espanhola -, que, nas palavras de Jorge Miranda, materializam uma ideia de unidade política da Nação (MIRANDA, 2020, p. 265-266) ou, no caso dos governos presidencialistas ou semipresidencialistas - tal qual Brasil e Portugal - a figura dos Presidentes da República, que corporizariam a representação da Nação e a salvaguarda da independência

nacional, da unidade do Estado e do regular funcionamento das instituições democráticas (MIRANDA, 2020, p. 300-301)(RAZ, 2009, p. 342-343).

Somada às *razões de expertise*, *razões de coordenação social* e *razões simbólicas* propostas por Raz, acrescentaria ainda as *razões democráticas*, que, ainda que adentrem parcialmente as razões simbólicas, por sua incomensurável importância pelo menos no âmbito da *conceção constitucional ocidental*, acabam por merecer uma justificada menção à parte:

- materializariam-se as *razões democráticas* no clamor e respetivo reconhecimento de que determinadas *instituições criadoras e/ou aplicadoras de normas*, em razão da sua composição radicada e/ou chancelada em procedimentos de sufrágio popular, representariam a manifestação da soberania e/ou da vontade popular, valores por vezes não só indispensáveis para o reconhecimento da *autoridade política* de específicas instituições, mas que, em determinados contextos, associam-se diretamente às *teses da dependência* e da *justificação normal* propostas por Raz: todas as *instituições criadoras e/ou aplicadoras de normas* cuja composição deriva, de modo direto ou indireto, de procedimentos de sufrágio popular, sustenta, ainda que parcialmente, a sua *autoridade* em *razões democráticas*, sendo o patente caso, no contexto do sistema constitucional português, da Presidência da República e da Assembleia da República, dotados de legitimidade democrática direta, e do Governo, possuidor de legitimidade democrática indireta (CANOTILHO, 2003, p. 223).

Sem prejuízo, percebe-se desde já que não só o reconhecimento da *autoridade perentória* das *instituições criadoras e/ou aplicadoras de normas* dos sistemas jurídicos pode se sustentar em mais de uma das *razões políticas basilares*, como, ao revés, parece ser regra - mormente naqueles contextos histórico-culturais em que a *conceção de separação de poderes* é central para a própria *conceção de constituição* - que as múltiplas *instituições criadoras e/ou aplicadoras de normas* inseridas nos diferentes regimes constitucionais fundamentem as suas respetivas *autoridades* em *razões políticas basilares* parcialmente compartilhadas e justapostas dentre os múltiplos órgãos.

O vigente regime constitucional português e os seus respetivos Órgãos de Soberania são, nesse sentido, cristalinos exemplos desse fenómeno:

- a Presidência de República Portuguesa teria a sua *autoridade* fundada, sincronicamente, em *razões democráticas* - sendo o único órgão a nível nacional cuja eleição direta é realizada de forma maioritária - e *razões simbólicas* - ao materializar na sua figura não só a própria representação da República, como também a salvaguarda da independência nacional, da unidade do Estado e do regular funcionamento das instituições democráticas - (MIRANDA, 2020, p. 300-301);
- a Assembleia da República teria a sua *autoridade* fundada, sincronicamente, em *razões democráticas* - uma vez é justamente a sua composição por deputados eleitos de forma direta que sustenta o seu clamor como órgão de “representação de todos os cidadãos portugueses” - e *razões de coordenação social* - materializadas essencialmente na sua posição tanto como órgão legislativo por excelência, quanto como fiscalizador do Governo e das demais esferas de atividade do Estado Português - (CANOTILHO, 2003, p. 634-640);
- o Governo, cuja *autoridade* se estruturaria em *razões democráticas* - uma vez que a sua formação e sustentação depende diretamente de uma maioria parlamentar no âmbito da Assembleia da República -, em *razões de coordenação social* - manifestadas nas suas funções legislativas, regulamentares, planificadoras e principalmente administrativas na qualidade de órgão superior da administração pública portuguesa -, e em *razões de expertise* - advindas justamente da sua estrutura organizacional que permite, com a ampla possibilidade de repartição de competências tanto políticas quanto administrativas, o planeamento e concretização da política governamental em assuntos específicos que demandam a especialização da administração pública através dos seus mais diversos órgãos - (CANOTILHO, 2003, p. 640-652);
- e os Tribunais, cuja *autoridade* se fundaria em *razões de expertise* - reconhecíveis na sua inerente estruturação, organização e qualificação voltadas

para o especializado e exclusivo exercício da função jurisdicional - e *razões simbólicas* - materializada na própria corporização destas instituições em um ideal de justiça concreta, imparcial e realizada, identificável na visualização e representação dos símbolos, rituais e procedimentos indissociáveis à imagem do judiciário -.

Da caracterização das *razões políticas basilares* que sustentam o reconhecimento da *autoridade perentória* dos Órgãos de Soberania do vigente regime constitucional português surgem duas observações necessárias:

1. as *razões políticas basilares* e a sua relação e congruência com as *instituições criadoras e/ou aplicadoras de normas* dos sistemas constitucionais às quais se aplicam, não possuem - e nem o poderiam ter - designação e balizas categóricas ou imutáveis, de modo que ainda que se possa falar do que seria o núcleo de determinadas *razões políticas basilares*, ou, sob outra perspectiva, a essência daquele que seria o papel de uma instituição específica em um regime constitucional, sobrevém o facto de que a aplicabilidade de determinadas *razões* ou o papel de específicas instituições não raramente residem em zonas cinzentas carentes de uma definição categórica;
2. e usualmente, em regimes constitucionais sólidos e estáveis, é a *autoridade perentória* das *instituições criadoras e/ou aplicadoras de normas* observada e reconhecida pelos indivíduos não só por nelas identificarem tais *razões políticas basilares*, como também pelo manifesto facto de deterem tais instituições *poderes normativos* legados por *normas conferidoras de poder* oriundas do próprio sistema constitucional em que estão inseridas; de forma que as *razões políticas basilares* justificadoras do reconhecimento da *autoridade* destas instituições materializam-se somente como *razões isoladas*, que, juntamente com as *razões inerentes às normas conferidoras de poder* do sistema constitucional - que por sua vez emanam das próprias *razões globais para o reconhecimento da autoridade do sistema constitucional como um todo* - integram o *iter racional* percorrido pelos indivíduos, conducente às *razões*

completas para o reconhecimento da *autoridade perentória* destas *instituições criadoras e/ou aplicadoras de normas*.

Reside, destarte, neste segundo ponto a diferença essencial entre os *poderes constituídos* e as *instituições reconhecidas como detentoras de poder constituinte*:

1. A *autoridade dos poderes constituídos* é essencialmente fundada em *razões completas*, compostas por *razões políticas basilares* e por *normas conferidoras de poder*, que não teriam, por si próprias, o escopo ou a robustez necessários para a sustentação de eventual clamor e respetivo reconhecimento de *poder constituinte*, ou seja, da habilidade de, por meio de declarações de autoridade, fundar um novo regime constitucional;
2. Ao revés, as instituições possuidoras de *poder constituinte* clamam e são reconhecidas, por uma parte suficientemente da população para garantir o cumprimento das suas *declarações de autoridade*, como detentoras de *autoridade perentória*, fundada em *razões políticas basilares* necessárias e satisfatoriamente sólidas, para, por meio de *declarações de autoridade*, fundar ou alterar substancialmente regimes constitucionais.

Em relação às últimas, não se nega que não raramente são as *instituições detentoras de poder constituinte*, por si próprias estabelecidas a partir de *normas conferidoras de poder*, inscritas em *declarações de autoridade* oriundas de instituições pertencentes ao regime constitucional então vigente, mas que vem, eventualmente, a ser fundamentalmente alterado ou substituído por estas mesmas *instituições detentoras de poder constituinte*: é o caso da Convenção da Filadélfia, aprovada pelo então Congresso da Confederação para o estrito e exclusivo propósito de revisar os então vigentes Artigos da Confederação (KLARMAN, 2016), e da própria Constituição Brasileira de 1988, cujo processo constituinte inicia-se com a convocação realizada pela *sui generis* Emenda n.º 26 à Constituição de 1967/1969 (SILVA, 2005, p. 89).

Pode-se dizer, em consonância com o raciocínio delineado por Manoel Gonçalves Ferreira Filho (FERREIRA FILHO, 2014, p. 183-184), que o poder constituinte nestas ocasiões seria efetivamente um poder derivado do regime anterior?

A resposta tende a ser negativa, uma vez que, ainda que criação de uma *instituição criadora de normas com status de poder constituinte* efetivamente possa derivar de *normas conferidoras de poder* emanadas de *declarações de autoridade* oriundas de instituições pertencentes ao regime constitucional que vem ou virá a ser fundamentalmente alterado ou substituído; certo é que a sua titularidade da habilidade de, por meio de *declarações de autoridade*, fundamentalmente alterar ou fundar um novo regime constitucional, não advém das *normas conferidoras de poder* que eventualmente respaldaram a sua criação, mas sim do reconhecimento, por parte suficiente dos indivíduos ao qual se aplica, da *robustez das razões políticas basilares* que justificam, perentoriamente, a observação e conformação às *declarações de autoridade*, emanadas por tais instituições, que alteram fundamentalmente e fundam novos regimes constitucionais.

Ou seja, as *normas conferidoras de poder* que eventualmente criam *instituições criadoras de normas* assumem, a partir do momento em que tais instituições adquirem o status de poder constituinte, o papel de *razões meramente auxiliares* - e não *razões operativas* (RAZ, 1999, p. 33-35) - na fundamentação do reconhecimento da sua *autoridade*, de modo que núcleo central das *razões* para se reconhecer o status de poder constituinte de uma *instituição criadora de normas*, reside não nas *normas conferidas de poder* que eventualmente a estabelecem, mas na suficiência das *razões políticas basilares* para nela se reconhecer a habilidade de fundamentalmente alterar ou fundar um novo regime constitucional.

Significa dizer que a *autoridade constituinte* da Convenção da Filadélfia não advém da *declaração de autoridade* do Congresso da Confederação que a institui e convoca - mormente se considerado que tal *norma conferidora de poder* sequer outorgava-lhe o poder de fundar um novo regime constitucional (KLARMAN, 2016) -, mas sim, face às circunstâncias políticas e históricas daquele singular momento, do reconhecimento de *razões políticas basilares* robustas o suficiente para fundamentar e justificar a sua *autoridade* para fundar um novo regime constitucional, regime este até hoje vigente.

O mesmo pode-se dizer da *autoridade* da Assembleia Nacional Constituinte Brasileira que, ainda que convocada pela Emenda n.º 26 de 1985, assim que instaurada detém,

também em vista das circunstâncias políticas e históricas daquele singular momento, *razões políticas basilares* suficientes para o reconhecimento, independentemente da *declaração de autoridade* que a instaura e convoca, da sua efetiva titularidade do poder constituinte.

Segue-se daí que apenas uma *instituição criadora de normas* pode, em um dado momento, deter *razões políticas basilares* o suficiente para o reconhecimento do seu status de poder constituinte?

Não necessariamente: a multiplicidade dos processos possíveis e já historicamente concretizados mostra-nos não só que múltiplas instituições podem atuar de modo cooperativo na cadeia de construção constitucional, como também que até mesmo *instituições aplicadoras de normas* podem, por vezes, serem dotadas de poder constituinte.

5.3. Entre a República Portuguesa e o Império Britânico: a cooperação entre instituições nos processos de construção constitucional, e a possibilidade de instituições aplicadoras de normas dotadas de poder constituinte

Sendo certo que inexistem óbices para que dois ou mais *sistemas jurídicos* clamem *autoridade suprema* sobre uma mesma comunidade (RAZ, 1999, p. 151-152), é possível que mais de uma *instituição criadora de normas*, dotada de *razões políticas basilares* suficientes para o reconhecimento da sua habilidade para, por meio de *declarações de autoridade*, alterar fundamentalmente ou inaugurar um novo regime constitucional, detenha, em um mesmo momento e território, o status de poder constituinte.

Mais além, observa-se que, por vezes, múltiplas instituições dotadas de poder constituinte atuam em conjunto no próprio processo de construção constitucional, circunstância que potencialmente acaba por robustecer as *razões* justificadoras do reconhecimento da *autoridade* da própria constituição recém-promulgada (RAZ, 2009, p. 195-198).

Sob tais premissas, pode-se afirmar - não sem qualquer polémica - que o próprio processo constituinte português foi conduzido por duas diferentes *instituições criadoras de normas* dotadas, com diferentes fundamentos, de poder constituinte; quais sejam:

- o Movimento das Forças Armadas, detentor da, por Canotilho chamada, “legitimidade revolucionária”, cuja *autoridade constituinte* residiria principalmente em *razões simbólicas* e em *razões de coordenação social* (CANOTILHO, 2003, p. 202);
- e a Assembleia Constituinte, assentada, segundo o autor lusitano, na denominada “legitimidade democrática”, cujo fundamento da sua *autoridade constituinte* residiria essencialmente em *razões democráticas*, *razões simbólicas* e *razões de coordenação social* (CANOTILHO, 2003, p. 202);

e que, no contexto político e histórico em que se encontravam, através de mútua cooperação, influência e constrangimento - notadamente por meio do *Programa do Movimento das Forças Armadas*, da *1.ª Plataforma de Acordo Constitucional*, do *Documento-Guia da Aliança Povo-MFA*, e da *2.ª Plataforma de Acordo Constitucional* -, viriam à construir conjuntamente - solidificando portanto em conjunto as *razões de autoridade* justificadoras do reconhecimento e conformação da população portuguesa à época à *declaração de autoridade* que viria a fundar o novo regime constitucional - o texto da Constituição da República Portuguesa, que acabaria por ser aprovada pela Assembleia Constituinte e promulgada pelo Presidente da República, ouvido o Conselho da Revolução, em 02 de abril de 1976 (CANOTILHO, 2003, p. 202).

Sem prejuízo, para além do processo de construção da Constituição Portuguesa de 1976, observa-se de modo ainda mais explícito o fenómeno da cooperação dentre múltiplas *instituições criadoras de normas* na alteração fundamental de regimes constitucionais, justamente nos singulares processos de construção constitucional dos antigos domínios britânicos, principalmente no contexto dos processos constitucionais da Nova Zelândia, Canadá e Austrália.

Longe de terem se iniciado através de ruturas constitucionais de moldes revolucionários - nas quais, *instituições criadoras de normas*, municiadas pelo reconhecimento do seu poder constituinte pela população local, fundam novos regimes constitucionais desde já desprovidos de qualquer conexão com aqueles vigentes nas metrópoles -, os processos de construção constitucional que culminaram nas atuais

Constituições da Nova Zelândia, Canadá e Austrália foram conduzidos de forma cooperativa, através de uma série de *declarações de autoridade* emanadas tanto do Parlamento Britânico quanto das *instituições criadoras de normas* locais, processos estes:

- na Nova Zelândia, iniciado com a aprovação do *New Zealand Constitution Act* de 1852 pelo Parlamento Britânico, e finalizado com o *Constitution Act*, em 1986 aprovado pelo Parlamento Neozelandês;
- no Canadá, iniciado com o *British North America Act*, em 1867 aprovado pelo Parlamento Britânico, e finalizado com o *Canada Act*, em 1982 aprovado também pelo Parlamento Britânico;
- e na Austrália, iniciado com o *Commonwealth of Australia Constitution Act*, aprovado em 1900 por Westminster, e finalizado com o *Australia Acts*, em 1986 aprovado tanto pelo Parlamento Britânico, quanto pelo Parlamento Australiano;

que, acompanhando a gradual diferenciação dos sistemas sociais e políticos daqueles países, materializariam, naquele fenómeno por Peter Oliver denominado de *independência constitucional* (constitutional independence), a *habilidade conclusiva de autodeterminação normativa destes sistemas constitucionais*, que viria a formatar as suas respetivas e vigentes identidades (OLIVER, 2005, p. 1-2).

É, destarte, através do fenómeno da *independência constitucional* proposto por Peter Oliver, que se pode observar de modo explícito a gradual cessação da *autoridade constitucional e constituinte* do Parlamento Britânico sobre os antigos domínios: pode-se dizer que, ao passo que os *sistemas sociais e políticos* dos domínios tornam-se gradualmente diferenciados e autónomos face a metrópole, mais *secundárias e auxiliares* se tornam as *razões políticas basilares* justificadoras do reconhecimento, por parte dos habitantes daqueles territórios, da *autoridade constitucional e constituinte* das instituições da britânicas; culminando, aquando das suas respetivas *independências constitucionais*, após anos de esporádica cooperação de construção constitucional dentre as instituições britânicas e as instituições dos domínios, na ausência de qualquer reconhecimento da *autoridade* das instituições da metrópole, encerrando não só a sua *autoridade de facto* naqueles territórios,

como também, conseqüentemente, cortando qualquer laço de dependência ou continuidade constitucional, em benefício das instituições locais, que passam, então, a serem dotadas de poder constituinte pleno.

Para além da cooperação das suas *instituições criadoras de normas* nos próprios processos de construção e gradual *independência constitucional* de alguns dos seus antigos domínios, destaca-se ainda o singular sistema constitucional britânico por evidenciar outra característica possível aos sistemas constitucionais: a possibilidade de *instituições aplicadoras de normas* serem dotadas de poder constituinte.

Definido por Stephen Sedley como “*um oceano do common law marcado por ilhas de provisões estatutárias*” (SEDLEY, 2011, p. 68), o sistema constitucional inglês, tal como delineado pela clássica obra de A.V. Dicey, não teria sido construído a partir de criações e inovações normativas institucionais - mormente àquelas advindas de instituições representativas do que seria “*o povo inglês*” -, tal como tradicionalmente estabelecido no contexto dos processos constituintes realizados após as Revoluções Americana e Francesa; mas sim pelo reconhecimento, por parte de *instituições aplicadoras de normas* - consubstanciadas, naquele sistema, primordialmente nos tribunais do *common-law* - da normatividade constitucional de *convenções constitucionais* gradualmente edificadas na sociedade britânica (DICEY, 2013, p. 116-119).

Deste modo, o sistema constitucional britânico consubstancia-se em um paradigmático exemplo de como *instituições aplicadoras de normas* - materializadas como àquelas *instituições dotadas da capacidade de definir, por meio de declarações de poder, a situação normativa de determinados indivíduos face ao sistema normativo em que inserem* - são, por vezes, reconhecidas e atuam como efetivos poderes constituintes; circunstância que não obsta, como bem aponta A.V. Dicey, uma atuação concomitante por parte de *instituições criadoras de normas* na posterior confirmação ou mesmo expansão das já reconhecidas normas constitucionais (DICEY, 2013, p. 116-119).

Mais, no entanto, do que apenas se materializar em um singular sistema constitucional essencialmente construído a partir de *declarações de autoridade* emanadas por *instituições aplicadoras de normas*; vê-se que traz à baila o sistema constitucional britânico

justamente a elementar diferenciação, originalmente proposta por A.V. Dicey (DICEY, 2013, p. 10- 25), entre as *normas constitucionais* (Constitutional Law) e as *convenções constitucionais* (Constitutional Convention).

Em uma análise da proposta de A.V. Dicey sob a ótica das matrizes estruturadas por Joseph Raz - em especial na sua *tese das fontes* -, pode-se dizer que:

- as *normas constitucionais*, que podem ser escritas ou não escritas, materializam-se naquelas *normas que pertencem ao interior do sistema jurídico-constitucional vigente, uma vez que criadas por instituições criadoras de normas ou reconhecidas como dotadas de status constitucional por parte de instituições aplicadoras de normas*;
- ao passo que as *convenções constitucionais* - por A.V. Dicey também denominadas de *moralidade constitucional* (constitutional morality) (DICEY, 2013, p. 20) - materializam-se em *normas sociais ou políticas, que, ainda que não jurídicas* - e portanto, não pertencentes ao cânone constitucional -, *possuem estreita ligação com as normas constitucionais, uma vez que refletem, ainda que parcialmente, a construção histórico-cultural daquilo que se considera valoroso ou bom na sociedade em que estão inseridas* (RAZ, 1994, p. 18).

Sob tais balizas, se é o reconhecimento perentório da *autoridade constituinte* das *instituições criadoras e/ou aplicadoras de normas*, na esteira da *conceção de autoridade a serviço*, inescapavelmente dependente da satisfação da *tese de dependência* e da *tese da justificação normal* por Joseph Raz propostas; mostra-se fundamental uma análise da relação entre as *convenções constitucionais* - na qualidade de normas sociais ou políticas construídas a partir daquilo que no âmbito de uma específica realidade intersubjetiva histórico-cultural se é considerado *valeroso ou bom* - e a própria possibilidade do reconhecimento e manutenção da *autoridade* da constituição.

5.4. A moralidade da constituição: os pressupostos morais para o reconhecimento da autoridade do poder constituinte e da constituição sob as matrizes da concepção de autoridade a serviço e da tese de preempção

Central à *concepção de autoridade a serviço*, por Joseph Raz proposta, é o entendimento de que o reconhecimento da *autoridade perentória* das *instituições criadoras e/ou aplicadoras de normas* depende, inexoravelmente, de uma atuação que no *mínimo aparente representar tanto uma aspiração* - na esteira da *tese da dependência* - *quanto um caminho mais vantajoso ou conveniente* - conforme a *tese da justificação normal* - *àquilo se é considerado valoroso ou bom no contexto histórico-cultural em que se inserem*.

É, destarte, nesse sentido que as *convenções constitucionais* - ou a *moralidade constitucional* (DICEY, 2013, p. 20) - mostram-se essenciais para uma construção jurídico-teórica dos fundamentos da *autoridade* e legitimidade das constituições: se as *convenções constitucionais* materializam normativamente - ainda que não sob a forma de norma jurídica - uma *moralidade social ou política* construída no âmbito das contingências histórico-culturais da comunidade em que se encontram inseridas, sendo tradicionalmente reconhecidas, por si próprias ou de forma instrumental - como condutoras ou garantidoras -, daquilo que paroquialmente se é percebido como *valoroso ou bom*; será, na esteira da *concepção de autoridade a serviço*, logicamente elementar a conformidade das *declarações de autoridade* emanadas pelas *instituições criadoras e/ou aplicadoras de normas* às *convenções constitucionais* historicamente solidificadas na comunidade em que pretendem exercer a sua *autoridade constituinte* (RAZ, 1979, p. 99-100).

Significa dizer que a existência de uma *moralidade social e política* contingente à realidade intersubjetiva histórico-cultural de determinada sociedade é, na esteira da *concepção de autoridade a serviço*, intimamente conectada à atuação das *instituições criadoras e/ou aplicadoras de normas*, mormente àquelas que reclamam poder constituinte, uma vez que atinge as próprias *razões* justificadoras indispensáveis para o reconhecimento da sua *autoridade perentória* (RAZ, 2009, p. 330-333).

Deste modo, pode-se dizer que quanto maior a conformidade das *declarações de autoridade* alteradoras ou fundadoras de regimes constitucionais, emanadas pelas *instituições criadoras e/ou aplicadoras de normas*, às convenções constitucionais naquela comunidade gradualmente construídas, maior é a probabilidade do reconhecimento da sua *autoridade constituinte* por parte dos indivíduos; ao revés, quanto mais acentuada a sua divergência, maior seria a carga e *força das razões políticas basilares* a serem reclamadas e emanadas por parte destas mesmas instituições para uma, ainda que parcial, superação racionalmente sustentada - as *razões* para se observar a *autoridade* destas *instituições criadoras e/ou aplicadoras de normas* subversivas deverão superar as *razões* justificadoras da observância das práticas já social e politicamente consolidadas - das *convenções constitucionais* já estabelecidas e o seu respetivo reconhecimento perentório como *autoridade detentora de poder constituinte*.

Sob tais balizas, pode-se dizer que não só a *autoridade* e legitimidade originárias da vigente constituição americana derivam justamente do reconhecimento, em 1787, da *autoridade perentória* da Convenção da Filadélfia na qualidade de detentora de poder constituinte; como também seria essa própria *autoridade perentória* da Convenção da Filadélfia inexoravelmente dependente - para além das *razões de coordenação social*, *razões simbólicas*, plausíveis *razões de expertise*, e questionáveis *razões democráticas*, que materializariam *partes isoladas* das *razões completas* condutoras ao reconhecimento da sua *autoridade* - da convergência - ainda que parcial, mormente se consideradas as ruturas do novo regime com as *convenções constitucionais* consolidadas na metrópole - das suas *declarações de autoridade* com a *moralidade social e política* em voga no seio de parte suficientemente poderosa daquela sociedade.

Significa dizer que se foram observadas e interiorizadas, à época, as disposições constitucionais do então recém-fundado regime constitucional estadunidense, é porque eram as *declarações de autoridade* emanadas pela Convenção da Filadélfia, ainda que com a permissão da escravatura e a segregação da população negra, percebidas como cognoscíveis e justificáveis, considerado àquilo que se era percebido como *valoroso ou bom*, pelas camadas poderosas daquela sociedade.

Tal específico cenário seria, no entanto, certamente inviável nos Estados Unidos da década de 50, altura em que semelhantes *declarações de autoridade* entrariam em claro conflito com a *moralidade social e política* em construção e difusão no período dos movimentos dos direitos civis: pode-se dizer - considerada a *tese da dependência* e a *tese da justificação normal* - que, se em *Brown v. Board of Education of Topeka*, houvesse utilizado a Suprema Corte Estadounidense as mesmas *razões práticas* mobilizadas pelos Pais Fundadores em 1787 - ou a mesma racionalização desenvolvida em *Dred Scott v. Sandford* ou *Plessy v. Ferguson* -, enfrentaria o tribunal um cenário de considerável dificuldade para ter reconhecida e observada - independentemente das *razões políticas basilares* justificadoras do reconhecimento da sua *autoridade perentória* - a autoridade do seu veredito.

Tem-se, daí, uma complexa e intrincada dependência da *autoridade* das constituições à *moralidades sociais e políticas* por essência fluidas:

1. A *autoridade* e legitimidade iniciais de uma constituição recém-fundada, na qualidade de *declaração de autoridade* emanada por *instituições criadoras e/ou aplicadoras de normas dotadas de poder constituinte*, são derivadas da *autoridade* dos seus criadores (RAZ, 2009, p. 330-333);
2. O reconhecimento da *autoridade* das *declarações de poder* emanadas das *instituições criadoras e/ou aplicadoras de normas dotadas de poder constituinte* depende, na esteira da *conceção de autoridade a serviço* e da *tese da preempção*, respetivamente:
 - a. de uma mínima aparência de aspiração àquilo que se é considerado *valoroso ou bom* no seio da comunidade em que reclama *autoridade* - a *tese da dependência* (RAZ, 1986, p. 42-53);
 - b. de uma mínima aparência de vantagem ou conveniência ao indivíduo no reconhecimento e observação destas *declarações de autoridade* para a consecução daquilo que é percebido como *valoroso ou bom* - a *tese da justificação normal* (RAZ, 1986, p. 53-57);
 - c. e no clamor e exteriorização de *razões políticas basilares* suficientes a justificar não só o reconhecimento da *autoridade perentória* de determinadas *instituições criadoras e/ou aplicadoras de normas*, como

também do próprio poder constituinte por estas instituições reclamado - a *tese da preempção* (RAZ, 2009, p. 338-343);

3. Ocorre que a conceção de *valeroso ou bom* não só é, por vezes, contingente à perspetiva subjetiva dos indivíduos, como é esta mesma perspetiva individual inexoravelmente construída dentro das balizas impostas pelas condições políticas, sociais, económicas, culturais, institucionais, práticas, e principalmente temporais das comunidades em que se inserem (RAZ, 2001, p. 153-154);
4. Com o natural transcurso do tempo e as alterações sociais inerentes à toda comunidade viva, tem-se, paralelamente às mutações da perceção àquilo que se é considerado *valeroso ou bom*, a gradual modificação não só das *moralidades sociais e políticas* em voga nas diferentes comunidades, como dos fundamentos das próprias *razões políticas basilares* justificadoras do reconhecimento da *autoridade perentória das instituições criadoras e/ou aplicadoras de normas* (RAZ, 2009, p. 338-343):
 - a. as *razões de expertise* tornam-se arcaicas com o advento de novas tecnologias, técnicas e descobertas científicas;
 - b. as *razões de coordenação social* tornam-se inadequadas e ineficientes com o gradual estabelecimento de novas formas de organização social e a atualização dos fins à se atingir através da mobilização social;
 - c. as *razões simbólicas* têm, com o transcurso do tempo, obnubilada parte substancial da sua majestade, mormente naqueles contextos em que se altera significativamente a conceção comunitária de *valeroso ou bom*;
 - d. e as *razões democráticas* gradativamente se divorciam da representatividade popular que outrora possivelmente haveriam de ter tido;
5. Significa dizer que não só as *razões práticas* mobilizadas - na esteira da *conceção de autoridade a serviço* - pelas *instituições criadoras e/ou aplicadoras de normas dotadas de poder constituinte* na construção das

declarações de autoridade que vêm à se materializar nas constituições, gradualmente se divorciam das *moralidades sociais e políticas* balizadoras da sua própria atuação; como as próprias *razões políticas basilares* justificadoras do reconhecimento perentório - na esteira da *tese de preempção* - da sua *autoridade constituinte*, progressivamente se tornam ultrapassadas e obsoletas (RAZ, 2009, p. 338-343);

6. Segue-se daí que se a *autoridade* das constituições recém-fundadas deriva - na esteira da *conceção de autoridade a serviço* e da *tese da preempção* - das *razões* justificadoras do reconhecimento da *autoridade das declarações de poder* emanadas por *instituições criadoras e/ou aplicadoras de normas que reclamam poder constituinte*; sua *autoridade* prospectiva gradualmente se divorcia daquela originalmente fornecida por seus criadores, reclamando as constituições, a médio e longo prazo, paralelamente às modificações das *moralidades sociais e políticas* das comunidades em que se encontram inseridas, a renovação das *razões* que sustentam e justificam o reconhecimento da sua própria *autoridade* por parte suficientemente poderosa das sociedades em que se inserem (RAZ, 2009, p. 348-350).

Em outras palavras, pode-se dizer que *se a autoridade das constituições recém-fundadas deriva da autoridade dos seus criadores, a autoridade das constituições antigas deve, necessariamente, se fundar em outras e renovadas razões práticas* (RAZ, 2009, p. 348).

Significa dizer que se por um lado tenha a *autoridade* da Constituição Estadunidense originalmente se fundado na *autoridade* dos Pais Fundadores, por outro, não menos verdade é o facto de que as modificações histórico-culturais da sociedade norte-americana nos últimos quase duzentos e cinquenta anos impuseram a necessidade de contínuas renovações, operadas por *declarações de autoridade* emanadas pelos poderes constituídos naquele regime inseridos, das *razões justificadoras da autoridade* daquela Constituição (RAZ, 2009, p. 343-344).

Deste modo, ainda que o texto da Constituição Estadunidense - afora menos de três dezenas de emendas - tenha se mantido praticamente inalterado, certo é que os seus

fundamentos racionais de validade necessariamente residem em outras *razões práticas*, institucionalmente mobilizadas e incorporadas ao longo da sua história e vigência, justificadoras do reconhecimento da sua atual *autoridade* (RAZ, 2009, p. 343-344).

É, nesse sentido, interessante se registrar que mesmo autores originalistas que, sob a perspectiva raziana, essencialmente atribuiriam a fundamentação da *autoridade* da constituição à *autoridade* dos seus criadores - na esteira daquilo que Lawrence Solum vem a denominar de *tese da fixação* (Fixation Thesis), em que o significado do texto constitucional haveria de ser cristalizado no momento do ato da sua construção e promulgação, complementada pelo *princípio da restrição* (Constraint Principle), sustentado na ideia de que a atividade de interpretação constitucional deve se restringir justamente ao significado cristalizado no contexto da *tese da fixação* (SOLUM, 2013, p. 456) -, não raramente admitiriam a necessidade da realização de *exceções pragmáticas* na interpretação da constituição, flexibilizando, portanto, o que seriam as próprias bases da sua *autoridade* sob as matrizes das correntes originalistas (SCALIA; GUTMANN, 1997, p. 140).

Pode-se dizer, portanto, que as modificações da *moralidade social e política* de uma comunidade, somadas a gradual erosão das *razões* justificadoras do reconhecimento da *autoridade perentória* das *instituições criadoras e/ou aplicadoras* de normas fundadoras dos regimes e transmitidas às constituições, justificam necessariamente a sua recorrente substituição, ao sabor das alterações histórico-culturais da sociedade em que se inserem?

Não necessariamente, mormente se considerado que parte primordial das *razões práticas* justificadoras da adoção e manutenção das constituições - na qualidade de *ordenações fundamentais que, sincronicamente, individualizam as suas respectivas comunidades, indicam e organizam a titularidade e a forma de exercício dos seus atinentes poderes políticos, e exteriorizam as estruturas e sentidos inerentes aos seus respectivos corpos político-sociais* (SOARES, 1986, p. 36) - reside justamente no seu papel fixador, estabilizador e objetivador normativo dentre as indeterminadas, incomensuráveis e, não raramente, instáveis *moralidades sociais e políticas comunitárias* (RAZ, 2009, p. 350-352).

Significa dizer que as *instituições criadoras e/ou aplicadoras de normas dotadas de poder constituinte*, ao, na esteira da *tese das fontes* proposta por Joseph Raz, fornecerem às

moralidades sociais e políticas comunitárias tanto uma âncora jurídico-factual quanto uma estabilização normativo-constitucional do seu conteúdo, estabelecem *razões de (auto)legitimação* que justificam, ainda que parcialmente e nos limites destas mesmas *moralidades sociais e políticas*, a sua manutenção e preservação face à possibilidade de desordem e insegurança advindas da sua eventual substituição (RAZ, 2009, p. 343-352).

Deste fenómeno surge uma interessante dualidade em que, se por um lado, a manutenção prolongada das *razões de autoridade* mobilizadas e emanadas pelas *instituições criadoras e/ou aplicadoras de normas dotadas de poder constituinte* na construção e promulgação da constituição, mormente face à substanciais modificações da *moralidade social e política* da comunidade em que se encontra inserida, pode gradativamente acabar por erodir qualquer sustentação para o seu clamor de *autoridade*, inevitavelmente alienando a constituição da própria possibilidade de ser observada e internalizada; por outro, recorrentes alterações das normas constitucionais, ainda que realizadas de boa-fé e com o fim estrito de acompanhar as alterações histórico-culturais da comunidade em que se inserem, podem corroer o próprio papel da constituição como *ordenação fundamental* fixadora e estabilizadora das indeterminadas, incomensuráveis e instáveis *moralidades sociais e políticas* as quais se propõe a ordenar, potencialmente inviabilizando o reconhecimento da sua *autoridade* ao não cumprir justamente o seu papel estabilizador como *ordenação fundamental da comunidade* (RAZ, 2009, p. 350-352).

Desta forma, se é certo que o papel dos poderes constituintes é fundamental às constituições e regimes constitucionais, não só lhes fornecendo, dentre o instável, indeterminado e incomensurável universo da *moralidade social e política*, não só o seu conteúdo factual e normativo, como também lhes outorgando, por meio da derivação inerente às *declarações de autoridade*, a sua própria legitimidade e autoridade iniciais, atuando tais *instituições criadoras e/ou aplicadoras de normas* como atores pioneiros que dão o pontapé inicial no processo constitucional; não menos verdade é, em contrapartida, que é justamente a dualidade dentre a estabilidade e manutenção do corpo constitucional, fundadas no seu inexorável papel estabilizador na qualidade de *ordenação fundamental da comunidade*, e a necessidade de renovação, paralela às modificações da *moralidade social e política* da sociedade em que se encontra inserida, das *razões* que sustentam o reconhecimento da sua

autoridade por parte dos indivíduos, sob pena de vêr-se alienada à realidade histórico-cultural em que reclama obediência, que irá conduzir, por meio da contínua intermediação das *instituições criadoras e/ou aplicadoras de normas materializadoras dos poderes constituídos*, o prospetivo trajeto dos regimes constitucionais.

Ao cabo, parece ser no *modelo constitucional de estrutura* proposto por Jack Balkin (BALKIN, 2016, p. 241-264), que encontra a dualidade dentre um imprescindível papel estabilizador inerente às sedimentadas tradições constitucionais, e a inexorável necessidade de renovação das *razões justificadoras da autoridade da constituição*, um possível e viável caminho condutor à sua prospetiva operacionalização metodológico-problemática e a sua respetiva superação jurídico-teorética.

6. Válida até agora: o papel dos poderes constituídos na renovação das razões justificadoras da autoridade da constituição

6.1. Entre o arranha-céu e a estrutura: os modelos de constituição propostos por Jack Balkin

How can a two-hundred-year-old legal text, enacted by a series of majority votes under conditions very distant from our own, exert legitimate authority in the present? How can it possibly bind a majority today? A constitution of this sort is a scandal. It is an offense against reason, against democracy - against nature herself. Or so we are told. (RUBENFELD, 1998, p. 194)

Se é certo que Joseph Raz, fiel ao positivismo analítico hartiano, não se aventura rigorosamente na construção de uma metodologia constitucional própria - ao revés, o autor israelita expressamente rejeita a possibilidade de estruturação de uma teoria geral da interpretação constitucional (RAZ, 2009, p. 357) -, é a proposta do autoidentificado (BALKIN, 2012, p. 141) positivista estadunidense Jack Balkin que nos possibilita uma superação, tanto metodológico-problemática, quanto jurídico-teorética, da contraditória dualidade constitucional dentre um ponto legitimador inaugural, materializado naquelas *declarações de autoridade* emanadas pelos poderes constituintes que fixam não só o conteúdo factual e normativo da constituição, mas outorgam-lhe a sua própria *autoridade* primeva, (auto)sustentada no seu papel de estabilização e objetivação normativa do indeterminado, incomensurável e fluido universo da *moralidade social e política*; contraposto ao inevitável reconhecimento justamente desta mesma indeterminabilidade, incomensurabilidade e fluidez da *moralidade social e política* à que se propõe a normativamente estabilizar e objetivar, e que, sob pena de ver-se a constituição gradualmente alienada da realidade intersubjetiva histórico-cultural em que se insere, impõe a contínua renovação, por parte dos poderes constituídos, das *razões* justificadoras da manutenção do reconhecimento da sua autoridade.

É, nesse sentido, central à proposta de Balkin, justamente a contraposição entre aquilo que o autor estadunidense denomina de *modelo constitucional de arranha-céu* (skyscraper model of a constitution), face à sua proposta do que seria um *modelo constitucional de estrutura* (framework model of constitutions) (BALKIN, 2016, p. 243-246):

6.1.1. O modelo constitucional de arranha-céu

O *modelo constitucional de arranha-céu* de Balkin sustenta-se na ideia de que a constituição é um produto finalizado, um bloco normativo estático e imutável, alterável apenas por meio de emendas ou revisões constitucionais - ou, em último grau, com a promulgação de uma nova constituição que a substitua -, conformador pré-estabelecido da política e do direito: as fronteiras da constituição atuariam essencialmente como limites inertes das atividades legislativa, administrativa e judicial, relegando especialmente esta última ao restrito papel de interpretação e aplicação dos seus pré-estabelecidos dispositivos e sentidos (BALKIN, 2016, p. 243-246).

Sob as matrizes do *modelo constitucional de arranha-céu*, rejeita-se qualquer possibilidade de modificação da estrutura ou fundamentos da *autoridade* da constituição, afora àqueles estabelecidos quando da sua promulgação: exercido o poder constituinte e construída e adotada uma constituição, derradeiramente estariam estabelecidos tanto o seu conteúdo e sentidos, quanto os fundamentos da sua *autoridade* e legitimidade, inexistindo a possibilidade da sua alteração legítima que não por meio da própria política constitucional, realizada através dos mecanismos formais de emenda ou reforma (BALKIN, 2016, p. 243-246).

Em outras palavras, sendo a constituição o produto de um poder constituinte terminantemente exercido e concluído, tem-se exauridas quaisquer possibilidades do seu renovado exercício, uma vez que, se a legitimidade e *autoridade* da constituição derivam exclusivamente daquela manifestação fundacional que a cria e promulga em derradeiro estado de completude, restaria afastado dos poderes constituídos - e, de modo mais amplo, da própria população que se faz intermediada pelas instituições inseridas no quadro constitucional - qualquer papel de construção ou desenvolvimento do seu conteúdo: as paredes e cômodos fixos e inertes do já concluído arranha-céu constitucional moldam, nas fronteiras pré-estabelecidas pelo poder constituinte, os espaços e limites em que se desenvolverá a subsequente vida política e jurídica da comunidade em que se encontra inserido.

Deste modo, restringidos, nos termos do *modelo constitucional de arranha-céu*, os espaços para o desenvolvimento ou renovação da constituição, tem-se especialmente confinada a jurisdição constitucional aos limites de uma metodologia jurídica voltada essencialmente para a “descoberta” dos corretos significados do texto constitucional, coibindo qualquer possibilidade de desvio do que seriam os seus reais sentidos, esforço imprescindível para a preservação de um bloco constitucional de conteúdo e pretensa legitimidade já integralmente cristalizados aquando da sua promulgação, mesmo em face de novos problemas jurídicos ou diferenciadas realidades sociais ou políticas (BALKIN, 2016, p. 246).

6.1.2. O modelo constitucional de estrutura

Em contraposição à concepção das constituições como blocos normativos monolíticos pré-estabelecidos por um poder constituinte terminantemente exercido e exaurido, nuclear do seu *modelo constitucional de arranha-céu*, propõe Jack Balkin àquilo que denomina de *modelo constitucional de estrutura*: centrado em uma concepção de *constituição em prática* (constitution-in-practice), em que é a *habitual e contínua atividade política e jurídica, praticada e realizada sob o arcabouço da estrutura normativa da constituição, justamente o que lhe fornece, a médio e longo prazo, os sustentáculos da sua própria autoridade e legitimidade*; se materializaria a constituição, sob o *modelo constitucional de estrutura*, em uma verdadeira *estrutura inacabada necessariamente carente de prospectiva e contínua construção e desenvolvimento, a serem realizados sob o seu arcabouço normativo inicial justamente pelos órgãos políticos e jurídicos nele inseridos* (BALKIN, 2016, p. 243-248).

Concebida não como um produto pronto e finalizado, oriundo de um poder constituinte que lhe outorga a sua derradeira legitimidade até o fim da sua vigência e existência, a constituição sob o *modelo constitucional de estrutura* de Balkin é o ponto de partida de um regime constitucional, uma plataforma que não só possibilita uma ordenada e coerente vida política e jurídica comunitária, mas que efetivamente a exige tanto como pilar da sua própria estrutura, quanto como inevitável condição para a possibilidade de uma prospectiva manutenção da sua *autoridade* e legitimidade.

Nesse sentido, diferentemente do *modelo constitucional de arranha-céu*, a indispensável construção e desenvolvimento da constituição sob o *modelo constitucional de estrutura* se realiza não só através da prática da política constitucional - conformada, sob aquele modelo, essencialmente nas atividades de promulgação de emendas ou reformas ao texto constitucional, ou, em último grau, na abolição e integral substituição da constituição -, como também por meio da contínua e habitual atividade política ordinária, somada a atuação dos braços administrativo e judicial do regime: para Balkin, as estruturas normativas infraconstitucionais seriam tão importantes à fundamentação e sustentação da *autoridade* e legitimidade constitucional quanto as normas constitucionais propriamente ditas, de forma que as atividades de criação, interpretação e aplicação das disposições normativas infraconstitucionais, por parte dos poderes constituídos, sob as balizas, parâmetros e limites da estrutura do arcabouço constitucional, haveriam de ter direta conexão e repercussão na própria e prospectiva construção do conteúdo e sentidos da constituição (BALKIN, 2016, p. 253-256).

É, portanto, a contínua relação de mútua influência, provocação e constrangimento dentre os poderes constituídos, central à atividade de construção constitucional no âmbito do *modelo constitucional de estrutura*: para Balkin, todos em uma comunidade política haveriam, sob diferentes aspetos, graus e funções, de serem legítimos intérpretes da constituição, sendo a atuação dos poderes constituídos o reflexo institucionalizado dos múltiplos atores comunitários - movimentos sociais e políticos, partidos políticos, grupos de interesse, membros dos média, sociedades civis, indivíduos ordinários e os demais atores social e politicamente influentes - no contínuo processo de construção constitucional (BALKIN, 2016, p. 263-264).

Em outras palavras, o *modelo constitucional de estrutura* se funda sobre um processo dialógico que, conduzido ao longo de todo o período de vigência da constituição, demanda a contínua mediação dos poderes constituídos, os quais, sob recíproca influência e provocação, somadas aos estímulos oriundos dos múltiplos atores sociais e políticos, nos seus diferentes papéis e através do desenvolvimento legislativo, administrativo e judicial, ininterruptamente

constroem institucionalmente o nunca acabado edificio constitucional nos seus múltiplos níveis (BALKIN, 2016, p. 253-256).

Ao cabo, a política constitucional e a revisão judicial são, no *modelo constitucional de estrutura* de Balkin, apenas camadas institucionalizadas específicas no complexo e multifacetado debate constitucional, cujos atores institucionalizados ou não-institucionalizados seriam, sincronicamente, influenciados e influenciadores no contínuo processo de construção do edificio constitucional (BALKIN, 2016, p. 263-264): a admissão da permanente incompletude da constituição afasta, deste modo, a urgência do estabelecimento de uma estrita metodologia jurídico-constitucional, mormente se considerado que, no *modelo constitucional de estrutura*, o processo de construção constitucional se sustenta essencialmente sobre uma relação dialética entre diferentes atores em um estado de contínuo desenvolvimento e provocação social, política e jurídica (BALKIN, 2016, p. 246).

Em suma, o *modelo constitucional de estrutura* proposto por Jack Balkin se sustenta justamente na ideia de que a atuação inicial do poder constituinte é inócua sem a correspondente e prospetiva atuação dos poderes constituídos; ao mesmo tempo em que a atuação dos poderes constituídos, fora das balizas fornecidas pelo poder constituinte, desvela um potencial perigo de deslegitimação não só da sua própria *autoridade* dentro do arcabouço constitucional, mas da integral *ordenação fundamental da comunidade* (BALKIN, 2016, p. 241-243).

6.2. Balkin visto sob as lentes razianas: as características normativas dos sistemas constitucionais

É, no entanto, sob as plataformas e balizas do positivismo raziano que o *modelo constitucional de estrutura* desenvolvido por Jack Balkin desvela o seu completo potencial na estruturação e construção, em múltiplos níveis, de uma epistemologia positivista da constituição.

Nesse sentido, se, tal como sustenta Joseph Raz, haveriam os *sistemas normativos* de serem dotados de pelo menos uma de quatro características fundamentais, podendo ser

classificados, ainda que não exclusivamente, como *sistemas normativos de normas entrelaçadas*, *sistemas normativos de validade conjunta*, *sistemas normativos autónomos*, e *sistemas normativos institucionalizados* (RAZ, 1999, p. 107); pode-se dizer que os sistemas constitucionais, tal qual estruturados sob o *modelo constitucional de estrutura* proposto por Jack Balkin (BALKIN, 2016, p. 243-248), e consubstanciados, na esteira do que seria a definição da sua *natureza* tal qual proposta por Rogério Ehrhardt Soares, em *ordenações fundamentais que, sincronicamente, individualizam as suas respectivas comunidades, indicam e organizam a titularidade e a forma de exercício dos seus atinentes poderes políticos, e exteriorizam as estruturas e sentidos inerentes aos seus respetivos corpos político-sociais* (SOARES, 1986, p. 36), materializariam-se estruturalmente como efetivos *sistemas normativos parcialmente autónomos e institucionalizados, constituídos por normas constitucionais entrelaçadas e dotadas de validade conjunta*:

6.2.1. Os sistemas constitucionais como sistemas normativos institucionalizados

Potencialmente a característica mais cristalina dos sistemas constitucionais, a institucionalização dos sistemas normativos é, tal qual propõe Joseph Raz, um desdobramento daquilo que denomina o autor israelita de *tese das fontes*, materializada na *necessidade lógica, presente em alguns sistemas normativos, de uma espécie de filtro para se determinar àquilo que pertence ou adentra os sistemas normativos institucionalizados* (RAZ, 1979, p. 45-52), que seriam, portanto, inexoravelmente dotados de *instituições aplicadoras de normas* e, usualmente mas não necessariamente, *instituições criadoras de normas* (RAZ, 1999, p. 123-137).

Sob tais balizas, os sistemas constitucionais não de ser necessariamente *sistemas institucionalizados* na medida em que, na esteira da *tese das fontes*, demandam minimamente de *instituições criadoras e/ou aplicadoras de normas*, as quais, em um primeiro momento, atuariam na qualidade de poder constituinte como fixadoras e estabilizadoras primevas, dentre a incomensurável *moralidade social e política* da comunidade em que se inserem, do seu arcabouço normativo basilar; e, prospetivamente, na qualidade de poderes constituídos,

responsáveis pela contínua e incessante construção do nunca acabado edifício constitucional, de forma a renovar, paralelamente às modificações da mesma *moralidade social e política* comunitária a que se propõem a normativamente fixar e estabilizar, as *razões* que sustentam e justificam o reconhecimento da *autoridade* do próprio arcabouço constitucional em que se inserem.

Mais além, pode-se dizer que, de forma proporcional à complexidade social e política da comunidade em que se insere o sistema constitucional, será a demanda de complexidade do *design institucional* e das *instituições criadoras e/ou aplicadoras de normas* na sua própria estrutura normativa inseridas: significa dizer que, ainda que seja possível que sociedades mais homogêneas, fechadas e menos intrincadas - tal como as comunidades tradicionais - tenham sistemas constitucionais dotados de apenas um órgão aplicador de normas constitucionais - usualmente consuetudinárias -; tal cenário torna-se inviável naquelas sociedades heterogêneas e complexas, nas quais o reconhecimento da *autoridade* do *sistema constitucional globalmente considerado* não só demanda - na esteira da *conceção de autoridade a serviço* e da *tese de preempção* - a existência de múltiplas *instituições criadoras e/ou aplicadoras de normas* inseridas na sua estrutura normativa, como também que tais múltiplas *instituições criadoras e/ou aplicadoras de normas* minimamente reflitam os interesses e razões mobilizadoras dos múltiplos atores sociais e políticos no contínuo e dialógico processo de construção constitucional.

6.2.2. Os sistemas constitucionais como sistemas normativos de normas entrelaçadas

Doutro turno, a propriedade do *entrelaçamento normativo*, por Joseph Raz delineada como a *necessária relação normativa de causa/dependência entre as diferentes normas de um sistema normativo para a explanação e justificação das suas respectivas razões completas* (RAZ, 1999, p. 111-113), materializa-se no facto de que as *normas constitucionais individualmente consideradas*, só podem ter - pelo menos sob o *modelo constitucional de estrutura* de Balkin - delineadas as *razões completas* justificadoras da sua *autoridade* através

da referenciação das demais normas constitucionais naquele mesmo sistema constitucional inseridas.

Significa dizer que, ao estarem inseridas justamente em um sistema constitucional, não são as normas constitucionais dotadas de *razões de autoridade atômicas* - *razões* incidíveis e suficientes, por si próprias, para a fundamentação da sua *autoridade normativa* (RAZ, 1999, p. 22-25) -, mas sim de *razões isoladas*, que, por mais robustas que possam ser, necessariamente dependem das *razões* emanadas pelas demais normas inseridas no arcabouço constitucional.

Mais além, pode-se dizer que sob a perspectiva sistemática do *edifício constitucional globalmente considerado*, todas as normas integrantes do sistema constitucional não só se materializam em *razões isoladas* para o reconhecimento recíproco das respectivas *razões completas* justificadoras das suas *autoridades*; como também se constituíam em *razões isoladas* integrantes do *iter* conducente às *razões completas justificadoras do reconhecimento da autoridade perentória do próprio sistema constitucional como um todo*.

Ou seja, as próprias *razões completas globais* emanadas e reclamadas pelo sistema constitucional como um todo integral, hão, necessariamente, de perpassar e se sustentar, ainda que parcialmente, no difuso, porém, *entrelaçado*, conjunto de *razões isoladas* emanadas pelas suas normas constitucionais integrantes.

Ao cabo, significa dizer que as *normas constitucionais individualmente consideradas*, as *instituições criadoras e/ou aplicadoras de normas* inseridas no arcabouço constitucional, e o próprio *sistema constitucional globalmente considerado*, teriam relações recíprocas de causa/dependência que se consubstanciariam em *razões isoladas* componentes das *razões completas* justificadoras das suas respectivas *autoridades*.

6.2.3. Os sistemas constitucionais como sistemas normativos de validade conjunta

Mais além do que a mera relação normativa de causa/dependência dentre entre as *normas*, as *instituições* e o *edifício constitucional globalmente considerado*, seriam dotados os sistemas constitucionais de *racionalidades basilares e conjuntas*, presentes em todas as

razões completas das normas constitucionais, que, lhes conferindo sentido e coesão no contexto global do sistema constitucional, seriam fundamentais para que o sistema constitucional se estruture como um todo lógico, racional e integrado, e assim, sustente, de modo minimamente robusto e coerente, as *razões* justificadoras da sua *autoridade* perante a realidade intersubjetiva histórico-cultural em que justamente reclama exercer *autoridade*.

Significa dizer que é a propriedade da *validade conjunta* que fornece a possibilidade de que o *sistema constitucional globalmente considerado* seja dotado de *razões* comuns, compartilhadas e coerentes, que fundamentem a mobilização e a observação de todas as suas *normas constitucionais individualmente consideradas*, sob as balizas do contexto interno/racional daquele sistema (RAZ, 1999, p. 113-114).

Pode-se dizer, nesse sentido, que, tal como proposto por Raz, se é a *norma de continuidade* que dá racionalidade interna conjunta ao próprio jogo de xadrez globalmente considerado, de modo que, conquanto ainda que sem tal norma subsistam *razões* justificadoras para a movimentação das demais peças do jogo, a sua desconsideração desnaturalizaria o próprio “ato de jogar xadrez” (RAZ, 1999, p. 114-117); consubstanciam-se, nos sistemas constitucionais, tais *normas integradoras*, justamente nos *princípios constitucionais* que, tal como delineados por Canotilho, em um nível mais geral e abstrato, materializariam-se nos - pelo autor lusitano denominados - *princípios estruturantes* - caracterizados por serem constitutivos e indicativos das ideias diretivas básicas de toda a ordem constitucional, e, que, sob a perspectiva raziana, confeririam justamente a racionalidade interna basilar de todo o sistema constitucional e do respetivo edifício jurídico infraconstitucional sobre ele construído, corporizando as *razões* primordialmente reclamadas e reconhecidas como pilares da sua *autoridade constitucional*, tais, como no caso proposto por Canotilho em relação à Constituição Portuguesa, o *princípio do Estado de Direito*, o *princípio democrático* e o *princípio republicano* -, e, em menores e mais regionalizados degraus do arcabouço constitucional, os *princípios gerais fundamentais* e os *princípios constitucionais especiais* (CANOTILHO, 2003, p. 1174-1175).

Vê-se, portanto, que a racionalidade interna do sistema constitucional, observável através da sua propriedade de *validade conjunta*, não só lhe confere sentido e coesão como

um todo lógico, racional e integrado, mas, ao necessariamente integrar as *razões completas* sustentadoras da autoridade das suas *normas constitucionais individualmente consideradas*, confere-lhes um sentido de *unidade global*, em múltiplos níveis, em que tanto o reconhecimento da *autoridade* de uma norma naturalmente conduz ao reconhecimento da *autoridade* das demais, quanto, sob uma perspetiva sistemática, o reconhecimento *global do sistema constitucional* não pode excluir o reconhecimento das suas *unidades individualmente consideradas*, pelo menos naquele que seria o contexto interno/racional daquele sistema, na qualidade de sistema constitucional válido dotado de normas sustentadas por princípios estruturantes específicos.

6.2.4. Entre a alienação e a desnaturalização: o problema da autonomia dos sistemas constitucionais

Por fim, se sob uma perspetiva raziana, tanto o *modelo constitucional de arranha-céu* quanto o *modelo constitucional de estrutura*, ambos propostos por Jack Balkin, poderiam ser caracterizados como *sistemas normativos institucionalizados, constituídos por normas constitucionais entrelaçadas e dotadas de validade conjunta*; a sua diferença fundamental residiria essencialmente no grau da *autonomia sistemática* reclamada por tais diferentes modelos.

Tal como delineada por Joseph Raz, a *autonomia dos sistemas normativos* materializa-se nas *razões globais emanadas e reclamadas pelo sistema normativo como um todo integral, justificadoras para que os indivíduos reconheçam razões para interiorizar as suas respetivas normas integrantes, apresentadas externamente justamente através da sua globalidade normativa autónoma* (RAZ, 1999, p. 117-123).

Significa dizer que o interior do *sistema normativo* autonomiza-se das *razões práticas* a ele estranhas, de forma que os indivíduos nele apenas poderiam identificar *razões globais* para reconhecer a legitimidade e *autoridade do sistema normativo como um todo*, aceitando-o ou rejeitando-o integralmente, tendo-se, em qualquer hipótese, afastadas quaisquer considerações racionalizantes acerca das *razões isoladas* emanadas por suas

normas integrantes individualmente consideradas, uma vez que as razões justificadoras do seu reconhecimento só se apresentam como partes integrantes do próprio *sistema normativo externamente apresentado* (RAZ, 1999, p. 117-123).

É, destarte, nesse sentido que o autor israelita rejeita a possibilidade de que os sistemas jurídicos sejam integralmente *autónomos*: se é certo que, para Raz, o reconhecimento da *autoridade* das normas jurídicas necessariamente perpassa, na esteira da *conceção de autoridade a serviço* e da *tese da preempção*, na existência de *razões práticas* que justifiquem a sua observação e internalização por parte dos indivíduos; haveria a *integral autonomia* do sistema jurídico de necessariamente pressupor uma internalização “cega” das normas integrantes do sistema jurídico, se reconhecida a sua suposta *autoridade global autónoma* (RAZ, 1999, p. 123).

Em outras palavras, pode-se afirmar que se é possível, em um jogo de xadrez, que a *autonomia* do sistema normativo concretize-se nas próprias *razões globais externas* emanadas pelo *sistema normativo* do jogo, para, em primeiro lugar, se jogar o jogo de xadrez, e, apenas a partir daí, interiorizar as suas respetivas normas, *razões e racionalidades* integrantes para aquele específico e artificial fim; as conexões dos sistemas jurídicos com as múltiplas áreas de incomensurável valor e interesse humano impossibilita o isolamento das suas normas jurídicas integrantes dos processos de *racionalização prática* levados à cabo por parte dos indivíduos, fenómeno que pretensamente condicionaria a sua observância exclusivamente fundamentada nas *razões práticas* emanadas pelo *sistema jurídico como um todo* (RAZ, 1999, p. 123).

Daí, no entanto - e Raz expressamente o reconhece - não significa dizer que a *autonomia* não possa ser estruturada em diferentes graus, e que os sistemas jurídicos não possam, até certo ponto, serem dotados de *parcial autonomia* face ao ambiente em que se inserem: ao revés, para o autor israelita, as próprias doutrinas e metodologias jurídicas, materializadoras de uma espécie da *racionalidade e lógica internas do próprio direito*, seriam claros exemplos de uma certa *autonomia* do sistema jurídico, justificável e racionalmente sustentável, no entanto, até os limites das balizas da *moralidade* comunitária (RAZ, 1994, p. 340).

Como tais plataformas da propriedade da *autonomia* dos sistemas normativos se aplicam, portanto, especificamente aos sistemas constitucionais, mormente sob as matrizes do *modelo constitucional de arranha-céu* e do *modelo constitucional de estrutura* propostos por Balkin?

A grande problemática da propriedade da *autonomia* aplicada aos sistemas constitucionais reside no facto de que o fechamento sistemático das *razões fundadoras das normas constitucionais individualmente consideradas* exclusivamente naquele que seria o ambiente racional e lógico interno do sistema constitucional, apresentando-se o sistema constitucional apenas sob a *feição global externa* para a consideração prática por parte dos indivíduos, pode, inexoravelmente, conduzir à alienação das *razões fundadoras da autoridade das normas constitucionais individualmente consideradas* face às modificações da *moralidade social e política* da comunidade em que se encontram inseridas, circunstância que, na esteira da *conceção de autoridade a serviço* e da *tese da preempção*, pode acabar por fragilizar as próprias *razões globais emanadas e reclamadas pelo sistema constitucional como um todo integral e autónomo*.

Em outras palavras, pode-se afirmar que:

- Se por um lado, a *ausência de qualquer grau de autonomia do sistema constitucional pode representar a inexistência de uma feição racionalizante externa ao sistema, estruturadora das razões que levariam com que os indivíduos identificassem razões globais para se reconhecer a legitimidade e autoridade do sistema constitucional como um todo dotado de razões, lógica e sentidos próprios*: ter-se-ia, sem qualquer grau de *autonomia* do sistema constitucional, um conjunto de *normas individuais entrelaçadas e dotadas de validade conjunta*, mas não uma *ordenação fundamental que, sincronicamente, individualiza a sua respetiva comunidade, indica e organiza a titularidade e a forma de exercício dos seus atinentes poderes políticos, e exterioriza as estruturas e os sentidos inerentes aos seus respetivos corpos político-sociais*;
- por outro, *uma completa autonomia do sistema constitucional pode conduzir ao seu fechamento e respetivo isolamento da realidade intersubjetiva*

histórico-cultural da sociedade em que está inserido, cenário que impele a sua gradual alienação e abandono, uma vez que, ainda que a *autoridade do sistema globalmente considerado* continue a depender das *razões de autoridade emanadas pelas suas normas integrantes*, tais normas deixam de ser, em razão justamente da *autonomia* e fechamento do sistema, responsivas à *moralidade social e política* em que se encontram inseridas.

É, destarte, o *modelo constitucional de arranha-céu*, por Jack Balkin caracterizado como a idealização da constituição como um *produto completo e finalizado, materializado em um bloco normativo estático e imutável - alterável apenas por meio de emendas ou revisões constitucionais -*, *conformador pré-estabelecido da política e do direito* (BALKIN, 2016, p. 243-248), um cristalino exemplo de como a *autonomia* do sistema constitucional pode, por um lado, representar uma imagem de robustez ao estruturar o arcabouço constitucional como um *todo normativo integralmente sustentado por sua autoridade global e perentória na qualidade de ordenação fundamental da comunidade em que se insere*; ao mesmo tempo em que a sua fragilidade reside justamente no isolamento que o seu fechamento sistemático promove dentre a mutável realidade intersubjetiva dessa mesma comunidade em que se insere, e as *razões* sustentadoras da *autoridade* das suas *normas e instituições integrantes individualmente consideradas*.

Significa dizer que a *completa autonomia sistemática* promovida pelo *modelo constitucional de arranha-céu* gera um interessante paradoxo, materializado em um cenário em que as *razões completas fundamentadoras da autoridade global do sistema constitucional* são parcialmente compostas pelas *razões isoladas emanadas pelas suas normas e instituições integrantes* - ao mesmo tempo em que são as *razões completas* fundamentadoras da *autoridade* destas mesmas *normas e instituições integrantes* parcialmente derivadas da sua própria inserção no *todo global constitucional* -, mas que, ao se apresentar como um *todo global constitucional autónomo*, fecha-se o sistema constitucional, isolando as *razões emanadas por suas partes integrantes* da *moralidade social e política* comunitária, continuando, no entanto, o sistema a clamar *autoridade na qualidade de todo integral*, sem

considerar que essa *autoridade global* só se sustenta em conjunto com as *razões emanadas pelas suas partes integrantes*.

Daí não se segue que o *modelo constitucional de arranha-céu*, na qualidade de *sistema normativo autónomo*, não possa sustentar a sua *autoridade* de modo algum: se é certo que as constituições recém-promulgadas derivam a sua *autoridade* justamente do *processo de racionalização* conduzido pelo poder constituinte que, dentre o instável, indeterminado e incomensurável universo da *moralidade social e política* comunitária, vem a fixar o conteúdo factual e normativo do sistema constitucional; tem-se, a priori, um cenário em que todas as normas integrantes do sistema constitucional recém-inaugurado haveriam, na esteira da *conceção de autoridade a serviço*, de estar em conformidade com a *moralidade social e política* comunitária, independentemente da sua abertura ou fechamento sistemático.

Os problemas surgem, no entanto, a partir do momento em que a *moralidade social e política* comunitária passa - ainda que valorizando as *razões justificadoras da autoridade global da constituição*, notadamente a necessidade da sua manutenção face ao seu papel estabilizador como *ordenação fundamental da comunidade* -, a reclamar a renovação e/ou o desenvolvimento das *razões justificadoras da autoridade das suas normas integrantes*, gerando o paradoxal cenário em que *a autonomia do sistema constitucional sustenta parcialmente o seu sentido e autoridade na qualidade de ordenação fundamental da comunidade, ao mesmo tempo em que impede que as razões justificadoras da autoridade das suas normas integrantes sejam renovadas e/ou desenvolvidas, uma vez que as indisponibiliza aos poderes constituídos*, impossibilitando qualquer atividade de construção ou desenvolvimento constitucional - seja por meio legislativo, administrativo ou judicial - que possa, na esteira da *conceção de autoridade a serviço* ou da *tese da preempção*, renovar e/ou desenvolver as *razões justificadoras da autoridade* das suas normas integrantes, cenário que inexoravelmente conduz a gradual alienação da constituição, como um todo integral e fechado, face à realidade intersubjetiva em que reclama autoridade.

Ao cabo, pode-se dizer que o *modelo constitucional de arranha-céu* vive pelo sentido que a *autonomia normativa* lhe dá como um *todo constitucional global*, mas morre pelo fechamento normativo que essa mesma *autonomia* lhe impõe.

Doutro turno, o *modelo constitucional de estrutura*, caracterizado por Jack Balkin como uma *plataforma inicial de estruturação e mobilização da vida política e jurídica comunitária, mas que carente de contínua e prospetiva construção e desenvolvimento normativo por parte destes mesmos múltiplos agentes políticos e judiciais* (BALKIN, 2016, p. 243-248); se afasta de uma conceção estrita de *autonomia* do sistema constitucional, mas ao cabo, acaba por não aderir a uma total ausência desta propriedade.

Pode-se dizer que, analisado sob as lentes do positivismo raziano, e, na esteira do que seria a definição da *natureza* da constituição tal qual estruturada por Rogério Ehrhardt Soares, se é certo que estabelece o *modelo constitucional de estrutura*, quando da sua promulgação por parte do poder constituinte, um arcabouço normativo que fixa o conteúdo factual e normativo do sistema constitucional dentre a *moralidade social e política* em que se insere, dando-lhe integridade e unidade na qualidade de *ordenação fundamental que tanto individualiza a sua respetiva comunidade, quanto indica e organiza a titularidade e a forma de exercício dos seus atinentes poderes políticos, ao mesmo tempo em que exterioriza as estruturas e sentidos inerentes ao seu respetivo corpo político-sociais*; acaba por não o *autonomizar* completamente, fechando o seu conteúdo à realidade intersubjetiva que o circunda, uma vez que não só expressamente reconhece a sua incompletude, como ativamente mobiliza a sua construção e desenvolvimento por parte das *instituições aplicadoras/criadoras de normas* na sua própria estrutura inseridas.

Significa dizer que o *modelo constitucional de estrutura, ao mesmo tempo em que sustenta a sua autoridade global perentória justamente no seu papel estabilizador na qualidade de ordenação fundamental da comunidade, admite que as razões completas fundamentadoras do reconhecimento desta mesma sua autoridade global dependem, na esteira da conceção de autoridade a serviço, necessariamente das razões isoladas sustentadoras da autoridade das normas e instituições integrantes da sua estrutura, cenário que impõe a sua abertura sistemática e que possibilita - ainda que não indiscriminadamente, uma vez que permanece o sistema globalmente considerado parcialmente autónomo como ordenação fundamental da comunidade - a sua construção e desenvolvimento não só ao nível interno, por meio da renovação, alteração ou desenvolvimento da racionalidade justificadora da autoridade das suas normas constitucionais propriamente ditas, mas até mesmo ao nível*

externo do próprio sistema constitucional, ao não só permitir, como também promover, o *entrelaçamento normativo* e, parcialmente, a *validade conjunta* entre as normas constitucionais e as demais normas do edifício jurídico infraconstitucional, sob o arcabouço constitucional construído e em contínua construção, como forma de desenvolvimento e fortalecimento das *razões* emanadas por aquelas mesmas normas constitucionais.

Ou seja, o *modelo constitucional de estrutura*, ao ter consciência - na esteira da *conceção de autoridade a serviço* - da falibilidade, a médio e longo prazo, das *razões isoladas sustentadoras da sua autoridade global*, outorga, ainda que mantendo o seu sentido e *parcial autonomia* sistemáticos como *ordenação fundamental comunitária*, aos poderes constituídos na sua estrutura inseridos o dever de preservação do *sistema globalmente considerado*, ao mobilizá-los para a renovação e robustecimento das *razões que sustentam a autoridade das suas normas constitucionais individualmente consideradas*.

Sob tais balizas, fundamental é, portanto, para a estruturação de uma proposta de epistemologia positivista da *natureza* da constituição, um aprofundamento não só das propriedades das vigas e pilares do que seria o arcabouço normativo da constituição, estabelecido primitivamente pelo poder constituinte, como também do próprio processo de construção do edifício constitucional, tanto ao *nível interno*, por meio do desenvolvimento da racionalidade justificadora da *autoridade* das suas normas constitucionais propriamente ditas, quanto *externo*, através das atividades de construção e desenvolvimento legislativo, administrativo e judicial, do conteúdo e racionalidade das normas constitucionais, preservada a *parcial autonomia* e sentido sistemáticos da constituição na qualidade de *ordenação fundamental comunitária*, levadas a cabo infraconstitucionalmente por parte dos poderes constituídos.

6.3. Entre vigas e pilares, paredes e lajes, e poderes constituintes e poderes constituídos: os múltiplos níveis do indispensável processo de construção constitucional

Se é certo que o *modelo constitucional de estrutura*, ao mesmo tempo em que sustenta a sua *autoridade global perentória* justamente no seu papel estabilizador na

qualidade de *ordenação fundamental da comunidade*, admite que as *razões completas fundamentadoras do reconhecimento desta sua mesma autoridade global* dependem, na esteira da *conceção de autoridade a serviço*, necessariamente das *razões isoladas sustentadoras da autoridade das normas constitucionais inseridas na sua própria estrutura*; não menos verdade é o facto de que, por vezes, as *razões justificadoras da autoridade destas mesmas normas constitucionais individualmente consideradas* não são, por si próprias, fortes ou robustas o suficiente para a sua observação e internalização por parte dos indivíduos em um específico regime constitucional, circunstância que, em sentido reverso, pode acabar por enfraquecer as *razões globais justificadoras de autoridade emanadas pelo sistema constitucional como um todo*, sendo, ao cabo, justamente o reconhecimento desta potencial insuficiência, a racionalidade por trás da abertura ao *nível externo* promovida pelo *modelo constitucional de estrutura*.

Significa dizer que, consciente da potencial necessidade de fortalecimento das *razões justificadoras da autoridade das suas normas constitucionais individualmente consideradas*, e informado da habilidade dos poderes constituídos, na sua própria estrutura inseridos, de emitir *declarações de autoridade* - tanto ao nível constitucional ou *sistematicamente interno*, quanto ao nível infraconstitucional ou *sistematicamente externo* - passíveis de serem mobilizadas por este mesmo sistema constitucional para o desenvolvimento, robustecimento e renovação das *razões fundamentadoras da autoridade das suas próprias normas constitucionais*, promove o *modelo constitucional de estrutura* um verdadeiro *entrelaçamento normativo* - afora uma emissão da propriedade da *validade conjunta* que faz com que determinadas racionalidades do sistema constitucional se integrem ao restante do edifício jurídico infraconstitucional - entre as suas próprias normas constitucionais e as demais normas jurídicas constitutivas do edifício jurídico.

Não raramente as *razões completas justificadoras da autoridade das normas constitucionais* só podem ser integralmente delineadas com referência às *razões isoladas emanadas pelas normas jurídicas infraconstitucionais*, materializando uma efetiva relação de recíproca e sincrónica influência dentre as *razões emanadas tanto pelas normas constitucionais quanto pelas normas infraconstitucionais*, caracterizadora da propriedade do *entrelaçamento normativo* entre o arcabouço constitucional e o restante do edifício jurídico

vigente, sem o qual, por vezes, deixam tais normas constitucionais até mesmo de ter racionalidade, sentido ou aplicabilidade face à realidade intersubjetiva em que estão inseridas; o que, no entanto, não significa dizer que as normas constitucionais necessariamente seriam, mormente face às *razões de autoridade perentória emanadas pelo sistema constitucional globalmente considerado*, despidas de *razões* que suficientemente justifiquem a sua autoridade independentemente do edifício infraconstitucional.

Em sentido contrário, pode-se dizer que as *razões completas emanadas pelas normas infraconstitucionais* só podem ser integralmente delineadas com referências às *razões isoladas* emanadas não só pelas *normas constitucionais individuais*, mas pelo próprio *sistema constitucional globalmente considerado*, materializador da estrutura que confere ao edifício jurídico como um todo a propriedade da *validade conjunta* ao fornecer-lhe uma plataforma racional sustentadora do seu sentido e coerência não só face ao próprio sistema constitucional que o alicerça, como também solidificadora da sua aderência à *moralidade social e política* da comunidade que em que se insere.

Em outras palavras, sob tais balizas, pode-se caracterizar o sistema constitucional como uma estrutura normativa de *ordenação fundamental comunitária*, dotada de normas constitucionais consubstanciadas nas vigas e pilares do seu arcabouço estrutural; e, as normas infraconstitucionais, construídas e alteradas pelas *instituições aplicadoras/criadoras de normas* inseridas nessa própria estrutura, materializadoras das paredes e lajes do edifício jurídico vigente na comunidade: se por um lado é certo que as vigas e pilares constitucionais são fundamentais para a sustentação e conformação do edifício jurídico como um todo coerente e estável, podendo, por vezes, serem por si próprias sólidas o suficiente para a sua conservação e longa permanência; por outro, não menos importante seriam as paredes e lajes para a concretização e funcionalidade do empreendimento, complementação sem a qual, não raramente, as vigas e pilares perdem a sua própria razão de ser.

Significa dizer que, se a *autoridade das constituições globalmente consideradas* se sustenta - na esteira da *conceção de autoridade a serviço* e da *tese da preempção* - não só no seu papel estabilizador do conteúdo jurídico/normativo da *moralidade social e política* da comunidade em que se insere, mas também - e considerando não só as propriedades do

entrelaçamento normativo e validade conjunta internos do sistema constitucional, como também a mutável realidade intersubjetiva deste mesmo cenário comunitário em que reclama *autoridade* - na contínua convergência e aderência das suas *normas constitucionais integrantes* a esta mesma volátil *moralidade social e política* que se propõe a estabilizar; deve-se admitir que, por vezes, a convergência e aderência destas mesmas *normas constitucionais individualmente consideradas* à *moralidade social e política* da comunidade não gera, por si próprias, *razões* dotadas de força e robustez suficientes para o reconhecimento da sua *autoridade perentória*, circunstância que conduz justamente ao necessário *entrelaçamento normativo* e, parcialmente, ao estabelecimento da propriedade da *validade conjunta* ao *nível externo* dentre as normas constitucionais e as normas infraconstitucionais que constroem, desenvolvem e concretizam normativamente o seu conteúdo e racionalidade, renovando, por vezes, as suas próprias *razões justificadoras de autoridade* face a novas realidades intersubjetivas comunitárias, fenómeno que, ao cabo, acaba refletir na própria *autoridade da constituição globalmente considerada* através do fortalecimento e renovação das *razões justificadoras da autoridade das suas normas constitucionais integrantes*.

Sem prejuízo, se ao *nível externo* mostra-se fundamental o desenvolvimento, construção e concretização do conteúdo e racionalidades normativas das normas constitucionais, com vistas ao fortalecimento e renovação das suas *razões de autoridade* face à realidade intersubjetiva em que se inserem; não menos importante seria também a sua congruência ao *nível interno* com a *moralidade social e política* da comunidade em que justamente o *sistema constitucional globalmente considerado* reclama *autoridade*: se é certo que, na esteira da *conceção de autoridade a serviço* e da *tese da preempção*, sendo produto de *declarações de autoridade* emanadas por *instituições aplicadoras/criadoras de normas* dotadas de *razões políticas basilares* suficientes para o seu reconhecimento na qualidade de poder constituinte, deriva a *autoridade* da constituição tanto do *processo de racionalização prática* realizado por tais específicas instituições, quanto do seu papel estabilizador, na qualidade de *ordenação fundamental da comunidade*, do conteúdo jurídico/normativo da *moralidade social e política* em que se insere; não menos verdade é o facto de que as alterações da realidade intersubjetiva da comunidade em que reclama o papel de *ordenação*

fundamental conduzirão, com o decurso do tempo, não só à obsolência das *razões políticas basilares* justificadoras do reconhecimento perentório da *autoridade constituinte* dos seus criadores, como no seu gradual divórcio da *moralidade social e política* a que se propõe a normativamente fixar e estabilizar.

Deste modo, a abertura sistemática promovida pelo *modelo constitucional de estrutura* na sua *parcial autonomia* não só é fundamental para a sustentação das *razões justificadoras da autoridade da constituição ao nível externo*, por meio do desenvolvimento, construção e concretização das normas constitucionais na seara infraconstitucional, como também revela-se essencial mesmo ao *nível interno*: a gradual obsolescência das *razões políticas basilares* justificadoras do reconhecimento da *autoridade* dos seus criadores, ou o progressivo divórcio da *moralidade social e política* a que se propõe a constituição a normativamente fixar e estabilizar, demanda uma atuação ativa de específicas *instituições aplicadoras e/ou criadoras de normas*, no seu próprio arcabouço inseridas, no desenvolvimento, renovação ou alteração direta das *razões justificadoras da autoridade das normas constitucionais*; seja através da alteração do seu conteúdo normativo por meio de emenda ou reforma constitucional, seja por meio das atividades de interpretação e construção do seu sentido e significado normativo face a necessidade de adaptação e convergência, na qualidade de *ordenação fundamental comunitária*, à realidade intersubjetiva histórico/cultural em que se insere.

Nesse sentido, importante é se notar que tais específicas *instituições aplicadoras e/ou criadoras de normas* haverão de ser dotadas de *autoridade* não só por meio de *normas conferidoras de poder* inscritas no arcabouço normativo constitucional, como também reconhecidas como detentoras de *razões políticas basilares* - *razões de expertise*, *razões de coordenação social*, *razões simbólicas* e *razões democráticas* - suficientes nelas se identificar a habilidade de alterar ou construir - textualmente ou semanticamente - diretamente o conteúdo constitucional, de forma que a sua atuação não só se limita na recolocação - na esteira da *conceção de autoridade a serviço* - da racionalidade das normas constitucionais à convergência da *moralidade social e política* que a constituição reclama fixar e estabilizar; como também transmitem - na esteira da *tese da preempção* e tal qual originalmente feito pelo poder constituinte fundador - as suas próprias *razões políticas basilares* às normas

constitucionais alteradas ou construídas, renovando, portanto, também as *razões de expertise*, *razões de coordenação social*, *razões simbólicas* e/ou *razões democráticas*, justificadoras diretas do reconhecimento da sua *autoridade perentória*.

6.4. Os pilares do edifício jurídico dos regimes constitucionais: a constituição, os poderes constituídos e as normas infraconstitucionais

Ao cabo, pode-se dizer que, tal como até agora desenvolvido sob a plataforma do *modelo constitucional de estrutura* proposto por Jack Balkin (BALKIN, 2016, p. 243-248), erigido a partir de uma ideia de *natureza* da constituição arquitetada por Rogério Ehrhardt Soares (SOARES, 1986, p. 36), e estruturado a partir de uma racionalidade raziana; é, o edifício jurídico dos regimes constitucionais, sustentado por três diferentes, porém essenciais, pilares:

1. a constituição, consubstanciada em um *sistema normativo parcialmente autónomo e institucionalizado, composto de normas constitucionais entrelaçadas e dotadas de validade conjunta, cujo sentido e racionalidade globais se sustentam no seu papel de ordenação fundamental que individualiza a sua respetiva comunidade, indica e organiza a titularidade e a forma de exercício dos seus atinentes poderes políticos, e exterioriza as estruturas e sentidos inerentes ao seu respetivo corpo político-sociais;*
2. as normas infraconstitucionais, tanto criadas quanto rececionadas por *instituições criadoras e/ou aplicadoras de normas* inseridas no arcabouço constitucional, e que, por meio da abertura sistemática promovida pelo carácter de *parcial autonomia* da constituição, se *entrelaçam* às normas constitucionais - sem, no entanto, se confundirem com àquelas, as quais, em razão do seu pertencimento ao sistema constitucional, mantém o seu sentido na qualidade *normas integrantes da ordenação fundamental da comunidade* -, estabelecendo uma relação de construção, desenvolvimento e renovação dos sentidos e das *razões justificadoras da autoridade* daquelas normas

constitucionais; ao mesmo tempo em que, em sentido contrário, a integração e conexão destas normas infraconstitucionais ao regime de *entrelaçamento normativo* e *validade conjunta* emanado pela constituição e pelas suas normas constitucionais integrantes conduz não só ao robustecimento das suas próprias *razões de autoridade*, mas - mormente na esteira da propriedade da *validade conjunta* - na própria possibilidade de reconhecimento da *autoridade perentória das normas infraconstitucionais* como um efeito externo do reconhecimento da *autoridade perentória da constituição*;

3. e os poderes constituídos, materializados nas *instituições aplicadoras e/ou criadoras de normas* inseridas no próprio arcabouço constitucional, cujo papel não só é - na esteira da *tese das fontes* - de fixação e estabilização, dentre a *moralidade social e política*, do conteúdo normativo do edifício jurídico comunitário, como também - no âmbito da *conceção de autoridade a serviço* e da *tese de preempção* - acabam por serem imprescindíveis, ao *nível externo* do sistema constitucional, no desenvolvimento e construção das *razões justificadoras da autoridade* das normas constitucionais por meio de *declarações de autoridade emanadas ao nível infraconstitucional*; e, ao *nível interno* do sistema constitucional, na direta renovação ou mutação das *razões de autoridade* das normas constitucionais através da emissão de *declarações de autoridade* que, ou as alteram por meio de emenda ou reforma constitucional, ou as constroem e interpretam, atribuindo-lhes tanto uma nova racionalidade e conformidade à *mutável moralidade social e política* comunitária, quanto novas *razões políticas basilares* justificadoras do reconhecimento da sua *autoridade perentória*; atividades que acabam, indiretamente, por influir na própria *autoridade global do sistema constitucional*.

Significa dizer que o *modelo constitucional de estrutura*, no lugar de tentar domar e monopolizar as *razões justificadoras da autoridade* das *instituições aplicadoras/criadoras de normas* na sua própria estrutura inseridas, ou das normas infraconstitucionais sobre os seus pilares rececionadas ou criadas; acaba por reconhecer que tais instituições e normas - ainda

que tenham, mormente por meio de *normas conferidoras de poder* e das propriedades do *entrelaçamento normativo* e da *validade conjunta*, dentre as *razões completas justificadoras da sua própria autoridade*, *razões* e racionalidades parcialmente emanadas do sistema constitucional - por vezes possuem, por si próprias, *razões* que fundamentam a sua *autoridade* independentemente das *razões* emanadas pelo próprio sistema constitucional.

Em outras palavras, pode-se afirmar que não raramente as *normas conferidoras de poder* emanadas pela constituição, consubstanciam-se em *razões isoladas* que, conjuntamente a *razões isoladas* independentes e estranhas ao próprio sistema constitucional, integram apenas parcialmente o *iter* das *razões completas* justificadoras da *autoridade das instituições aplicadoras/criadoras de normas* no próprio sistema constitucional inseridas, bem como das demais normas vigentes no edifício jurídico de um determinado regime.

Daí, no entanto, não significa dizer que tais *razões isoladas* independentes e estranhas ao próprio sistema constitucional, emanadas tanto pelas *instituições aplicadoras/criadoras de normas* no próprio sistema constitucional inseridas, quanto pelas demais normas vigentes no edifício jurídico do regime constitucional, sejam também, por si próprias, suficientes para o reconhecimento da sua *autoridade perentória*; é, também em sentido contrário, certo que não raramente o reconhecimento da *autoridade* de determinadas *instituições aplicadoras/criadoras de normas* e normas infraconstitucionais depende justamente das *razões de autoridade* emanadas pela constituição, mormente através das suas *normas conferidoras de poder* e das propriedades do *entrelaçamento normativo* e da *validade conjunta*.

Nesse sentido, principalmente em relação às *instituições aplicadoras/criadoras de normas* inseridas no arcabouço constitucional, é interessante se registrar que: *se por um lado é certo que os poderes constituídos derivam parte das razões justificadoras da sua autoridade das razões emanadas da constituição, não menos essenciais seriam as razões políticas basilares justificadoras da sua autoridade independentemente das normas conferidoras de poder inseridas no corpo constitucional*; cenário que pode explicar os motivos pelos quais, não raramente, determinadas *instituições aplicadoras/criadoras de normas* sobrevivem a

múltiplas alterações de regimes constitucionais, mantendo, no entanto, a sua identidade, estrutura e *autoridade*.

Pode-se, sob tais balizas, dizer que, por mais relevantes que sejam as *normas conferidoras de poder* previstas na Constituição da República Portuguesa de 1976 para *autoridade* da Assembleia da República Portuguesa, tais *normas conferidoras de poder* materializam apenas *razões isoladas*, que, somadas às *razões políticas basilares* - mormente as *razões de coordenação social* e as *razões democráticas* - emanadas independentemente pelo Órgão de Soberania, materializam conjuntamente o *iter* conducente às *razões completas* justificadoras da *autoridade* não só daquela instituição, mas das próprias *declarações de autoridade* por ela produzidas.

Deste modo, pode-se afirmar que a *autoridade das declarações de autoridade* emanadas pelos poderes constituídos se sustenta não só em *normas conferidoras de poder* inscritas no sistema constitucional, como nas *razões políticas basilares* emanadas e reconhecidas, de forma independente da própria constituição, por e nestes próprios poderes constituídos: em outras palavras, *a autoridade tanto das normas infraconstitucionais, quanto das atividades de emenda ou reforma constitucional, ou de construção e interpretação das normas constitucionais, emanadas ou levadas a cabo por instituições aplicadoras/criadoras de normas inseridas no arcabouço constitucional, sustenta-se não só nas normas conferidoras de poder que as institui e autoriza, como também* - na esteira *conceção de autoridade a serviço* e da *tese da preempção* - no próprio processo de racionalização desenvolvido pelas *instituições aplicadoras/criadoras de normas* que as constrói e promulga.

Significa dizer que as *razões justificadoras da autoridade* das normas aprovadas pela Assembleia da República Portuguesa derivam não só do facto de ser tal Órgão de Soberania dotado, por meio de *norma conferidora de poder* inscrita na Constituição da República Portuguesa de 1976, da função legislativa por excelência no contexto normativo-constitucional português; como também pelo facto de que as *declarações de autoridade* que constrói e promulga derivam de *processos de racionalização prática* que - na esteira da *conceção de autoridade a serviço* - tanto observam as balizas daquilo que é considerado *valoroso ou bom* na sociedade lusitana, quanto - nos termos da *tese de preempção*

- são produtos de uma *instituição aplicadora/criadora de normas* dotada de *razões políticas basilares*, as quais, somadas às *razões* emanadas pela *norma conferidora de poder* outorgada pela Constituição da República Portuguesa de 1976, materializam o *iter* condutor às *razões completas justificadoras da sua autoridade perentória*.

Disso, logicamente, não resulta que, ainda que detentoras de *razões de autoridade* em parte independentes daquelas lhes conferidas pela constituição, haveriam as *instituições aplicadoras/criadoras de normas* inseridas em um determinado regime constitucional de possuir uma completa liberdade para a produção de *declarações de autoridade*, até mesmo eventualmente conflituantes com o próprio corpo constitucional:

- se por um lado, o carácter de *parcial autonomia* do *modelo constitucional de estrutura* reconhece a possibilidade de que as *instituições aplicadoras/criadoras de normas* no seu próprio arcabouço constitucional inseridas, bem como as demais normas no regime jurídico-constitucional vigentes, derivem parcialmente a sua *autoridade de razões* independentes da sua própria *autoridade constitucional*;
- por outro, ao manter o seu sentido, racionalidade e *parcial autonomia* sistemáticos, propriedades essenciais para o reconhecimento da sua *autoridade como um todo global*, preserva o sistema constitucional o seu carácter de *ordenação fundamental*, que, reconhecido por um número de indivíduos poderosos o suficiente para garantir o seu cumprimento em determinado território, exclui a priori a possibilidade de que estes mesmos indivíduos reconheçam a *autoridade* de atos, normas ou declarações com ela incompatíveis.

Em outras palavras, significa dizer que a atuação de uma *instituição aplicadora/criadora de normas* fora dos parâmetros e balizas estabelecidos pelo arcabouço constitucional vigente em uma dada comunidade dificilmente teria a sua *autoridade* reconhecida, uma vez que violadora da sua *ordenação fundamental*, esta sim reconhecida, sob os paradigmas da *moralidade social e política* na comunidade estabelecidos, como válida e legítima.

Pode-se então dizer qualquer atuação de construção ou interpretação por parte dos poderes constituídos, que vá, eventualmente, para além do já estabelecido arcabouço constitucional, será liminarmente rejeitada?

Não necessariamente, uma vez que, se por um lado, a *autoridade* das constituições funda-se no seu papel estabilizador, na qualidade de *ordenação fundamental*, do conteúdo factual e normativo da moralidade social e política da comunidade em que se insere; por outro, sempre que a atuação das *instituições aplicadoras/criadoras de normas* desvencilhe-se deste mesmo conteúdo factual e normativo constitucionalmente fixado, e, não só melhor se adeque à *moralidade social e política* da comunidade em que se insere, mas se sustente em *razões de autoridade* mais fortes do que àquelas *razões* justificadoras da manutenção do conteúdo já fixado da constituição dado o seu papel estabilizador, é possível que seja tal atuação inovadora reconhecida como legítima nos limites - e apenas nos limites - em que as suas *razões de autoridade* superem as *razões justificadoras da estabilidade constitucional* (RAZ, 2009, p. 354-355).

Ou seja, ao cabo, é justamente *a oposição dentre as razões militantes da estabilidade e a manutenção do corpo constitucional, fundadas no seu inexorável papel estabilizador na qualidade de ordenação fundamental da comunidade, e as razões justificadoras da necessidade da sua parcial superação, paralelas às modificações da realidade intersubjetiva em que se insere, que irá conduzir à resolução dos efetivos limites à atuação das instituições aplicadoras/criadoras de normas na sua estrutura inseridas*, de modo que eventual atuação para além das suas balizas logicamente só será reconhecida como legítima se as *razões justificadoras destas declarações de autoridade inovadoras* forem mais robustas que as *razões justificadoras da manutenção do texto constitucional*.

Neste contexto, interessante é se notar que o próprio Jack Balkin, ao propor o *modelo constitucional de estrutura*, reconhece que, sob tal conceção, as fronteiras entre àquilo que seria o poder constituinte e os poderes constituídos acabam por se obnubilar: ao se fundar em uma ideia de processo dialógico conduzido ao longo de todo período de vigência da constituição, necessita o *modelo constitucional de estrutura* de uma contínua mediação dos poderes constituídos que, em seus diferentes papéis e através dos desenvolvimentos

doutriniais, legislativos, administrativos e judiciais que inevitavelmente acompanham as alterações sociais e políticas da realidade em que se inserem, continuamente constroem o nunca acabado edifício constitucional, restando, portanto, sob tal modelo, o poder constituinte sempre latente e potencialmente presente na própria atividade política e jurídica ordinária (BALKIN, 2016, p. 241-246).

Ocorre que, se a contínua mediação dos poderes constituídos no nunca acabado processo de construção constitucional se insere em um contexto tanto de recíproca influência e provocação institucional, quanto de estímulos oriundos dos múltiplos atores sociais e políticos da comunidade (BALKIN, 2016, p. 263-264); não se pode excluir a eventual, e por vezes recorrente, ocorrência de colisões e conflitos estes mesmos poderes constituídos no processo dialógico, mormente se considerada a dualidade dentre as *razões de estabilidade e a manutenção do corpo constitucional*, face às *razões de justificadoras da sua parcial superação*.

Nesse sentido, pode-se dizer que:

- se por lado, a existência de uma única *instituição criadora/aplicadora de normas* no arcabouço constitucional pode potencialmente gerar o monopólio de um único grupo no processo de construção constitucional, inevitavelmente alienando parte relevante da sociedade da vida política do regime, circunstância que fortuitamente pode acabar por minar, para a população excluída, quaisquer *razões* que sustentariam o seu reconhecimento da *autoridade da constituição*;
- por outro, a existência de múltiplas *instituições aplicadoras/criadoras de normas* partícipes do contínuo processo de construção constitucional pode, ocasionalmente - não só ante os seus diferentes papéis e *razões políticas basilares* justificadoras da sua *autoridade* no contexto do regime constitucional, como também face às diferentes influências e *razões* que possam motivar e mobilizar a sua atuação -, provocar divergências e conflitos dentre estas mesmas *instituições aplicadoras/criadoras de normas* no seio do

arcabouço constitucional, potencialmente minando a estabilidade justificadora do reconhecimento da *autoridade global da constituição*.

Deste modo, se é certo que são as constituições - ao cabo concebidas como *sistemas normativos parcialmente autónomos e institucionalizados, constituídos por normas constitucionais entrelaçadas e dotadas de validade conjunta, cujo sentido e racionalidade globais se sustentam no seu papel de ordenação fundamental que individualiza a sua respetiva comunidade, indica e organiza a titularidade e a forma de exercício dos seus atinentes poderes políticos, e exterioriza as estruturas e sentidos inerentes ao seu respetivo corpo político-social* - produtos de um gradual desenvolvimento histórico-cultural, balizador da realidade intersubjetiva e, conseqüentemente, da *moralidade social e política* das comunidades em que se inserem; não diferentemente o seriam não só as instituições, suas funções e as *razões políticas basilares* justificadoras da sua *autoridade*, em sua estrutura inseridas, mas o próprio *design* do papel e da relação de cooperação e conflito destes mesmos poderes constituídos no contínuo processo de construção e renovação da *autoridade* da constituição.

Faz-se, derradeiramente, para uma completa proposta de epistemologia positivista do fenómeno constitucional, imperativo o estudo, ainda que breve, dos *designs institucionais* dos regimes constitucionais, sob a ótica do *modelo constitucional de estrutura* sob a perspetiva raziana.

7. No crepúsculo da separação de poderes: breves considerações acerca da relação entre as múltiplas moralidades sociais e políticas e os designs institucionais das constituições

Experience has instructed us that no skill in the science of government has yet been able to discriminate and define, with sufficient certainty, its three great provinces the legislative, executive, and judiciary; or even the privileges and powers of the different legislative branches. Questions daily occur in the course of practice, which prove the obscurity which reins in these subjects, and which puzzle the greatest adepts in political science. (MADISON, 1788)

Se, na esteira da metodologia do *nexo conceito-natureza* proposta por Joseph Raz, são os diferentes *conceitos de constituição* construções paroquiais contingentes à realidade intersubjetiva histórico-cultural do observador, ao ponto em que a sua própria *autoridade* e legitimidade dependeria, tal como alicerçado sob as matrizes da *conceção de autoridade a serviço* e da *tese da preempção*, justamente na sua congruência com a *moralidade social e política* da comunidade em que se reclama o status de *ordenação fundamental*; diferentemente não o seria em relação às *concepções* construídas acerca dos poderes constituídos, dos seus respetivos papéis, das *razões políticas basilares* fundamentadoras da sua autoridade, e, ao cabo, dos próprios *designs institucionais* das mais diversas constituições.

Significa dizer que, reconhecendo o indispensável papel que os poderes constituídos, no contexto do proposto *modelo constitucional de estrutura* sob as matrizes razianas, detém no contínuo processo de construção e renovação das *razões justificadoras da autoridade* das mais diversas constituições; não menos certo é o facto de que a forma, as bases legitimadoras, e os próprios limites com que estas *instituições aplicadoras/criadoras de normas* executam tal fundamental função, acabam por ser imperativamente contingentes à própria *moralidade social e política* que as constituições, nas quais estão estes mesmos poderes constituídos inseridos, se propõem a normativamente fixar e estabilizar.

Ou seja, tal como seria a constituição moldada pela *moralidade social e política* de determinada comunidade - ou do conjunto de indivíduos poderosos o suficiente para implementá-la -, também seria a *autoridade* das instituições no seu arcabouço inseridas inexoravelmente contingente à realidade intersubjetiva histórico-cultural do ambiente em que reclamam a habilidade de produzir *declarações de autoridade*: se, por um lado, no contexto

histórico-cultural ocidental, tem-se uma *concepção de constituição* que invariavelmente demanda a separação dos poderes constituídos nos moldes estabelecidos pelas doutrinas contratualistas dos séculos XVII e XVIII, mormente na esteira das propostas de John Locke (LOCKE, 1988) e Montesquieu (MONTESQUIEU, 2010); por outro, não são raros os exemplos de constituições válidas e vigentes que inegavelmente se afastam, quando não integralmente da ideia de separação de poderes como ferramenta fundamental para a limitação do poder estatal, do seu *design estrutural* tal qual consagrado na cultura jurídica e política ocidental.

Mais além, uma observação mais atenta revela que, mesmo e restritamente no contexto das constituições liberais-democráticas moldadas sob a *concepção constitucionalista ocidental*, acabam as balizas das contingências histórico-culturais específicas de cada comunidade por gerar uma incalculável multiplicidade de *concepções de separação de poderes e designs institucionais*.

É, destarte, nesse sentido que M.J.C. Vile, na sua clássica obra *Constitutionalism and the Separation of Powers*, após narrar a evolução da doutrina da separação de poderes, nas suas diferentes *concepções*, desenvolvidas no contexto moderno e contemporâneo dos sistemas constitucionais inglês, estadunidense e francês, procura por uma metodologia que permita a unificação destas diferentes *concepções ocidentais de separação de poderes* sob um mesmo modelo teórico constitucional (VILE, 1998, p. 346-347).

Nesse sentido, a *separação de poderes conforme as suas respectivas funções*, metodologia segundo o autor utilizada desde os primórdios do pensamento político da Grécia antiga, haveria de se sustentar com base na análise das diferentes tarefas esperadas e executadas pelos sistemas políticos em geral: a tríade legislativo, executivo e judiciário emergiria como a estrutura institucional por excelência dos regimes constitucionais modernos, se sustentando a *doutrina pura da separação de poderes* em uma ideia de divisão, dentre os poderes constituídos, em que um dos braços do Estado nunca haveria de exercer as funções de outro (VILE, 1998, p. 346-347).

Nada obstante, acaba Vile por reconhecer que a estrita e *pura separação dos poderes constituídos em razão das suas funções* legislativas, executivas e judiciárias, não só nunca foi

atingida, como também, em razão da natural *multifuncionalidade* das instituições presentes nos regimes constitucionais, sequer seria efetivamente possível ou praticável (VILE, 1998, p. 350-351).

Aparentemente seguindo tal lógica, mesmo Joseph Raz, que continuamente na sua obra reitera a ênfase no que seria uma divisão entre *instituições aplicadoras de normas*, *instituições criadoras de normas* e *instituições implementadoras de normas*, expressamente reconhece a dificuldade de se fixar não só uma estrita separação e identificação das características essenciais de cada uma destas funções e tarefas, como até mesmo de se classificar, de forma perentória, a atuação dos diferentes agentes públicos dentro de uma das supracitadas categorias (RAZ, 1979, p. 105-111); indo John Gardner mais além, ao ponto de afirmar que a separação de poderes não seria a separação entre *poderes de criação normativa* (law-making powers) e *poderes de aplicação normativa* (law-applying powers), mas sim a separação entre *poderes legislativos de criação normativa* (legislative powers of law-making) e *poderes judiciais de criação normativa* (judicial powers of law-making) (GARDNER, 2012, p. 41).

Nem mesmo uma *estrutura normativa hierárquica*, ideia por vezes presente nas doutrinas constitucionalistas ocidentais, em que a função de criação normativa repousaria nas legislaturas, corpo institucional materializador máximo do ideal de representatividade popular e legitimidade democrática - John Locke, por exemplo, expressamente nomeia o poder legislativo como o *poder supremo do Estado* (LOCKE, 1988, p. 119) -, restando aos demais braços do Estado a sua implementação e aplicação, mostra-se, hodiernamente, compatível com a possibilidade de um modelo unificado de separação de poderes: tal como argumenta M.J.C. Vile, uma *estruturação normativa hierárquica* que supostamente atribua exclusivamente às legislaturas o poder e a função de criação normativa, não só dependeria de modo irrealista da cooperação e limitação das demais instituições à funções meramente dedutivas, como se revela ingénuo e descolado de uma realidade em que, ainda que se mantenham as estruturas formais de criação normativa por meio legislativo, as múltiplas instituições inseridas nos mais diversos arcabouços constitucionais ocidentais não raramente vêm-se em profundas divergências e conflitos acerca não só do conteúdo normativo da

legislação e das normas constitucionais, como até mesmo dos seus respectivos papéis e limitações no contexto do arcabouço constitucional (VILE, 1998, p. 351-354).

É, destarte, nesse sentido que Anthony Mason irrepreensivelmente afirma que, se por um lado a história mostra-nos que a separação de poderes é de incomensurável valor na prevenção da emergência de regimes arbitrários ou totalitários, por outro, as lições da experiência revelariam que a estrita divisão de poderes acaba por ser arbitrária e confusa, justamente em razão da ausência de definição das funções a que caberiam a cada um dos braços do Estado; dificuldade esta que não só nasce da impossibilidade de se definir e distinguir os diferentes poderes constituídos a partir de classificações essencialmente funcionais, mas que se mostra cada vez mais problemática se considerada a gradual complexificação das estrutura dos Estados nas últimas décadas: um salutar exemplo da inadequação de qualquer *forma pura de separação de poderes* reside justamente na ascensão das agências administrativas, dotadas de autoridade regulamentar, executiva e quase-judicial, materializadoras de um cenário em que *razões de eficiência, boa-administração, e tomada de decisão informada e especializada*, justificariam a concentração de múltiplas funções - legislativa, executiva e judiciária - em uma mesma instituição, muitas vezes autónoma, quando não integralmente independente, das próprias *autoridades políticas e judiciais* do que seriam os tradicionais poderes legislativo, executivo e judiciário (MASON, 1996, p. 2).

Uma das alternativas à *conceção de estritas separações de poderes em razão das funções* exercidas pelas diferentes instituições inseridas no arcabouço constitucional, reside na denominada *teoria do núcleo essencial*: caracterizada por Canotilho como uma alternativa à *separação absoluta de funções*, impraticável no âmbito das constituições modernas e contemporâneas, a *teoria do núcleo essencial* haveria de se sustentar na *conceção de que a nenhum órgão poderiam ser atribuídas funções das quais resulte o esvaziamento de outro*; de modo que ainda que se aceite a *multifuncionalidade* das instituições presentes nos diversos arcabouços constitucionais, causadora de potenciais zonas de divisão, convergência e conflitos dentre instituições que reclamam o exercício de uma mesma função normativa constitucional, tal *multifuncionalidade* só poderia ser exercida nos limites em que não

sacrificasse as *funções materiais* especialmente atribuídas às demais instituições (CANOTILHO, 2003, p. 559-560).

Nada obstante, mesmo que se reconheça que a *teoria do núcleo essencial*, ao acomodar a possibilidade da *multifuncionalidade* das instituições, indubitavelmente supera as *teorias puras da separação de poderes* em razão das funções exercidas pelas diferentes instituições, necessário é se registrar, tal como o faz Aileen Kavanagh (KAVANAGH, 2016, p. 226-227), que não só ainda se tem uma *concepção* de separação de poderes sustentada pela divisão arbitrária das instituições, se não em razão da sua *função exclusiva*, em razão do que seria a sua *função primária*, como também - e nesse sentido aparenta reconhecer Canotilho a insuficiência da *teoria do núcleo essencial* (CANOTILHO, 2003, p. 560) - permanece o problema da indeterminação do conteúdo do que seriam estas mesmas *funções nucleares* essenciais das diferentes instituições constitucionais, de modo que, ainda que a *teoria do núcleo essencial* mitigue a inflexibilidade de uma *teoria pura e estrita da separação de poderes*, persistiriam as obscuridades desta divisão de funções.

Ao cabo, ao que parece, a dificuldade de se construir uma *concepção* unificada do fenómeno da separação de poderes tem origem justamente no facto de que as múltiplas funções, estruturas e processos atribuídos às diferentes instituições presentes nos diversos arcabouços constitucionais, reflete e depende, inevitavelmente, da realidade histórico-cultural em que se inserem estas mesmas instituições: se aproximando da perspectiva raziana que estabelece, no âmbito da *concepção de autoridade a serviço* e da *tese de preempção*, que as instituições e as *declarações de autoridade* pelos poderes constituídos emanadas devem, no mínimo, aparentar uma aspiração àquilo que se é considerado *valoroso ou bom* no seio da comunidade em que se inserem; afirma M.J.C. Vile que a gradual evolução, no contexto político/jurídico ocidental, daquilo que seriam os processos legislativo, executivo e judicial, foi um reflexo direto das aspirações populares inglesas e francesas, mormente no seio das suas respectivas revoluções nos séculos XVII e XVIII, reconhecendo o autor que a emergência de novos processos, como àqueles observados nas agências regulatórias e na administração pública contemporânea, apenas, e naturalmente, refletem o advento de novos valores e a necessidade de solução de novos problemas (VILE, 1998, p. 379).

Deste modo, se é verdade, tal como sustenta M.J.C. Vile, que a *eficiência*, a *democracia* e a *justiça*, teriam sido os valores dominantes do mundo ocidental moderno, seria inevitável, sob a perspectiva raziana, que as *razões políticas basilares* - *razões de expertise*, *razões de coordenação social*, *razões simbólicas* e *razões democráticas* -, justificadoras do reconhecimento da *autoridade perentória das instituições aplicadoras/criadoras de normas* (RAZ, 2009, p. 341-343), acabariam por refletir tais valores ao balizarem as funções, estruturas e processos dos diferentes poderes constituídos inseridos nestes mesmos arcabouços constitucionais ocidentais (VILE, 1998, p. 381-382).

Reconhece, no entanto, o autor britânico, que não só não são os valores da *eficiência*, *democracia* e *justiça*, justificadores da trindade legislativo, executivo e judiciário, imutáveis ou sacrossantos; como, justamente em razão da inevitável mutabilidade de tais valores face às alterações sociais e políticas da sociedade, estaria o mundo ocidental testemunhado o crescimento da importância do valor da *justiça social*, e, conseqüentemente, a respetiva modificação da trindade legislativo, executivo e judiciário com a emergência de novas estruturas e processos no contexto constitucional ocidental (VILE, 1998, p. 381-382).

Ao cabo, pode-se dizer que as funções, estruturas e processos das diferentes instituições constitucionais são inevitavelmente contingentes à realidade histórico-cultural em que se inserem, sendo a sua respetiva atuação no contínuo processo de construção constitucional inexoravelmente balizada pela *moralidade social e política* comunitária; levando-se ainda em conta não só a dualidade dentre as *razões justificadoras da estabilidade e a manutenção do corpo constitucional*, fundadas no seu inexorável papel estabilizador na *qualidade de ordenação fundamental da comunidade*, e as *razões justificadoras da necessidade de sua renovação e parcial superação*, paralelas às *modificações da realidade intersubjetiva em que se insere*, como também a sucessiva e recíproca interinfluência e provocação tanto dentre estas múltiplas instituições constitucionais - mormente naqueles regimes erigidos sob a influência de uma ideia de separação de poderes e *freios e balanços* -, quanto dos demais atores sociais e políticos comunitários.

Quanto à este último ponto, não se nega que, por vezes, eventuais conflitos entre *declarações de autoridade* emanadas por diferentes instituições inseridas, sem relação

hierárquica, no arcabouço constitucional, tem o potencial de, em razão da eventual indeterminação do conteúdo normativo da constituição e das suas respectivas *normas conferidoras de poder* às instituições em conflito, acabar por desestabilizar tanto as *razões justificadoras do reconhecimento da autoridade das instituições em conflito* - nos casos de incompatibilidade prática entre as diferentes *declarações de autoridade* em conflito, o reconhecimento da *autoridade* de uma instituição necessariamente pressupõe a desconsideração, ainda que limitada a um caso pontual e concreto, da *autoridade* das demais instituições divergentes (RAZ, 2009, p. 143) - como pode acabar por minar, ainda que de modo gradual, a *autoridade da própria constituição globalmente considerada*, uma vez que tais conflitos potencialmente atingem as *razões* de determinação e estabilização da *moralidade social e política* reclamadas pela comunidade, e supostamente proporcionadas e justificadoras da *autoridade* da constituição na qualidade de *ordenação fundamental que individualiza a sua respetiva comunidade, indica e organiza a titularidade e a forma de exercício dos seus atinentes poderes políticos, e exterioriza as estruturas e sentidos inerentes ao seu respetivo corpo político-social* (SOARES, 1986, p. 36).

É, destarte, justamente por este motivo que alguns sistemas constitucionais são dotados de *mecanismos de resolução de conflitos* com vistas a dar às "múltiplas vozes" uma "última voz" (RAZ, 1979, p. 77) na aplicação, interpretação e construção da constituição: a justiça constitucional é, nesse sentido, uma das ferramentas mais generalizadas de proteção e estabilização dos regimes constitucionais no quadro das democracias ocidentais, mormente no período pós-Segunda-Guerra, adicionando mais uma camada de complexidade institucional no contínuo e necessário processo de construção constitucional, uma vez que, ainda que não exclua as diversas outras "vozes", nem seja imune às influências dos demais poderes constituídos e dos múltiplos setores da sociedade (BALKIN, 2016, p. 263-264), materializa um estágio especial e adicional de enfrentamento, análise e mediação das *razões*, informações e perspectivas potencialmente não consideradas no seio das demais instituições inseridas no arcabouço constitucional, de modo a fortalecer e proteger, de forma qualificada, as *razões justificadoras do reconhecimento da autoridade da constituição*.

8. Conclusão: é possível uma epistemologia positivista do fenómeno constitucional?

Ao cabo, é possível a construção de uma epistemologia positivista do fenómeno constitucional, que, não demasiadamente ampla nem exageradamente restrita, aponte as propriedades essenciais e necessárias das constituições, bem como os fundamentos da sua inaugural e prospetiva validade e legitimidade?

Ao que parece, sobre as linhas desenvolvidas, sim.

Para tanto, é preliminarmente necessária, na linha da metodologia do *nexo conceito-natureza* elaborada por Joseph Raz, a divisão entre o que seria a *natureza da constituição*, ou seja, as suas propriedades necessárias e essenciais de carácter universal e imutável; dos respetivos e múltiplos *conceitos de constituição*, convenções histórico-culturais alicerçadas em uma específica perceção da realidade, e que serviriam como *pontes* entre a *natureza da constituição* e as palavras possivelmente utilizáveis para a ela se referir.

É, nesse sentido, que se pode dizer que as *conceções de constituição*, em razão do seu inescapável carácter paroquial e mutável, acabam por ser irremediavelmente restritivas para uma proposta de epistemologia positivista do fenómeno constitucional: o *conceito de constituição* como *produto de uma escolha deliberada exercida em um momento de rutura revolucionária*, invariavelmente exclui do seu escopo as constituições que se consolidaram através de um histórico, gradual e lento processo de construção, diferenciação e complexificação; assim como o *conceito de constituição* como o *produto de atos fundadores de institucionalização da vontade popular formada através de processos de sufrágio universal livres e democráticos*, acaba por excluir das suas fronteiras àquelas constituições gestadas de atos de *imposição tanto interna quanto externa*; tal qual o *conceito de constituição* como uma *estrutura de salvaguarda de direitos civis e políticos através do estabelecimento de processos institucionais de separação de poderes e manifestação democrática por meio de eleições livres e periódicas*, obviamente, acaba por ignorar o fenómeno do *constitucionalismo autoritário*, prática tão ou mais frequente do que o próprio *constitucionalismo democrático*.

É, no entanto, Rogério Ehrhardt Soares que, reconhecendo as confusões e contradições que as multifacetadas do fenómeno constitucional frequentemente suscita, propõe a separação - aparentemente inconscientemente espelhada na divisão entre a *natureza do objeto* e os *conceitos a ele aplicados*, proposta por Joseph Raz - entre aquilo que denomina de *constituição material* e os *conceitos de constituição*: sustenta o autor lusitano que os *conceitos de constituição*, apesar de abarcá-la e encobri-la, não se confundem com o que seriam as *constituições materiais* propriamente ditas, definidas como *ordenações fundamentais que tanto individualizam a suas respectivas comunidades, quanto indicam e organizam a titularidade e as formas de exercício dos seus atinentes poderes políticos, ao mesmo tempo em que exteriorizam as estruturas e sentidos inerentes aos seus respectivos corpos político-sociais*.

Sem prejuízo, se com as bases proporcionadas por Rogério Ehrhardt Soares tem-se uma possível definição do objeto constituição não demasiadamente ampla nem exageradamente restrita, que aponta e individualiza as suas propriedades essenciais e necessárias; daí não resulta uma resposta às interrogações relacionadas ao nascimento das constituições, ou dos fundamentos da legitimidade e da *autoridade* dos regimes constitucionais.

É, destarte, Joseph Raz que, ao procurar incorporar a legitimidade dos sistemas normativos às razões pelas quais são tais sistemas efetivamente obedecidos, parece superar as armadilhas e paradoxos - como a *fábula retroativa* de Derrida e os *círculos viciosos* por Arendt denunciados - que o tema da fundamentação da legitimidade e *autoridade* do constituinte e da constituição ao teórico impõe: sustenta o autor israelita que, ante a impossibilidade lógica da existência de quaisquer *normas conferidoras de poder* que outorguem aos poderes constituintes os *poderes normativos* para promulgar uma nova constituição, deriva, a legitimidade e *autoridade* originárias das constituições recém-promulgadas, necessariamente da *autoridade* direta destes mesmos poderes constituintes que as produzem e as promulgam.

Em outras palavras, significa dizer que se uma constituição e um regime constitucional recém-inaugurados são observados e cumpridos por parte suficiente da

população do território onde clamam se aplicar, é porque, em última análise, não detém o poder constituinte apenas *autoridade de facto*, mas esta mesma *autoridade de facto* exercida pressupõe o reconhecimento, na esteira da *conceção de autoridade a serviço* e da *tese da preempção*, por parte desta mesma população, da suficiência das *razões práticas justificadoras da sua legitimidade e autoridade*.

Promulgada pelos poderes constituintes que fixam não só o seu conteúdo factual e normativo, como outorgam-lhe a sua própria *autoridade* primeva, passa a autoridade da constituição a se (auto)sustentar no seu papel de estabilização e objetivação normativa, na qualidade de *ordenação fundamental comunitária, do indeterminado, incomensurável e fluido universo da moralidade social e política em que reclama autoridade*.

Ocorre que esta mesma indeterminabilidade, incomensurabilidade e fluidez da *moralidade social e política* a que se propõe a normativamente estabilizar e objetivar, demanda e impõe, com o transcurso do tempo e as respetivas modificações sociais e políticas da comunidade em que se encontra inserida, a necessidade da contínua renovação das *razões* que sustentam o reconhecimento da *autoridade* da constituição por parte dos indivíduos.

É, frente a *dualidade entre um imprescindível papel estabilizador inerente às sedimentadas tradições constitucionais, e a inexorável necessidade de renovação das razões justificadoras da autoridade da constituição*; que se apresenta o *modelo constitucional de estrutura*, proposto por Jack Balkin, como um possível e viável caminho condutor à prospetiva operacionalização metodológico-problemática e superação jurídico-teorética do problema do tempo e a sua relação com a sustentabilidade, face à *moralidades sociais e políticas* essencialmente mutáveis, da *autoridade* da constituição.

Sob tais pilares da proposta de Balkin, pode-se dizer que os poderes constituídos, materializados nas *instituições aplicadoras e/ou criadoras de normas* inseridas no próprio arcabouço constitucional, haverão de ter um papel fundamental não só na fixação e estabilização, dentre a *moralidade social e política* comunitária, do conteúdo normativo do edifício jurídico do regime constitucional; como também acabam por serem imprescindíveis, ao *nível externo* do sistema constitucional, no desenvolvimento e construção das *razões justificadoras da autoridade das normas constitucionais* por meio de *declarações de*

autoridade emanadas ao nível infraconstitucional, e, ao nível interno do sistema constitucional, na direta renovação ou mutação das razões de autoridade das normas constitucionais através da emissão de declarações de autoridade que, ou as alteram por meio de emenda ou reforma constitucional, ou as constroem e interpretam, atribuindo-lhes tanto uma nova racionalidade e conformidade à mutável moralidade social e política comunitária, quanto novas razões políticas basilares, justificadoras do reconhecimento da sua autoridade perentória.

Ao cabo, sobre o caminho percorrido e os pilares e ideias propostas, pode-se derradeiramente dizer que são as constituições *sistemas normativos parcialmente autónomos e institucionalizados, constituídos por normas constitucionais entrelaçadas e dotadas de validade conjunta, cujo sentido e racionalidade globais se sustentam no seu papel de ordenação fundamental que individualiza a sua respetiva comunidade, indica e organiza a titularidade e a forma de exercício dos seus atinentes poderes políticos, e exterioriza as estruturas e sentidos inerentes ao seu respetivo corpo político-social*; cujo conteúdo normativo é essencialmente oriundo e dependente, na esteira da *conceção de autoridade a serviço* e da *tese da preempção*, do gradual desenvolvimento histórico-cultural, balizador da realidade intersubjetiva e, conseqüentemente, da *moralidade social e política*, das comunidades em que se inserem.

Sem medo do perigo da repetição, pergunta-se novamente: é, ao cabo, possível a construção de uma epistemologia positivista do fenómeno constitucional, que, não demasiadamente ampla nem exageradamente restrita, aponte as propriedades essenciais e necessárias das constituições, bem como os fundamentos da sua inaugural e prospetiva validade e legitimidade?

Dando um passo para trás e, com todas as vénias de estilo, alterando-se a resposta inicial: é, ao que parece, viável, ainda não de forma derradeira e perentória, propô-la e teorizá-la.

Daí, no entanto, não significa dizer que, impreterivelmente, o seja necessário, ou que, imperativamente, até mesmo o valha a pena fazê-lo; afinal, pensando bem, como há muito já dizia o poeta, pode ser que:

Não: não quero nada

Já disse que não quero nada.

Não me venham com conclusões!

A única conclusão é morrer.

Não me tragam estéticas!

Não me falem em moral!

Tirem-me daqui a metafísica!

Não me apregoem sistemas completos, não me enfileirem conquistas

Das ciências (das ciências, Deus meu, das ciências!) —

Das ciências, das artes, da civilização moderna!

Que mal fiz eu aos deuses todos?

Se têm a verdade, guardem-na!

Trecho de Lisbon Revisited (1923) - Alvaro de Campos (heterónimo de Fernando Pessoa)

Bibliografia

- ACKERMAN, B. *We the people: Foundations*. Cambridge: Harvard University Press, 1991. v. 1.
- ALEXY, R. *On Two Juxtapositions: Concept and Nature, Law and Philosophy*. Some Comments on Joseph Raz's "Can There Be a Theory of Law?". *Ratio Juris*, Blackwell Publishing Ltd, Oxford, v. 20, n. 2, Jun. 2007.
- ARENDT, H. *What is Authority?* 1954. Disponível em: <https://www.pevpat-ugent.be/wpcontent/uploads/2016/09/H-Arendt-what-is-authority.pdf>. Acesso em: 20/05/2021.
- ARENDT, H. *On violence*. San Diego: Harcourt Brace Jovanovich, Publishers, 1969.
- ARENDT, H. *On Revolution*. Londres: Penguin Books, 1990.
- BALKIN, J. M. *Nine Perspectives on Living Originalism*. *University of Illinois Law Review*, v. 2012, n. 3, March 2012. Disponível em: <https://www.illinoislawreview.org/wp-content/ilrcontent/articles/2012/3/Balkin.pdf>. Acesso em: 03/09/2021.
- BALKIN, J. M. *The Framework Model and Constitutional Interpretation*. In: THORBURN, D. D. e M. (ed.). *Philosophical Foundations of Constitutional Law*. Oxford: Oxford University Press, 2016. p. 214 – 264.
- BÖCKENFÖRDE, E. *The Constituent Power of the People: A liminal concept of Constitutional Law*. In: KÜNKLER, M.; STEIN, T. (ed.). *Constitutional and Political Theory: Selected writings*. Oxford: Oxford University Press, 2017. v. 1.
- CANOTILHO, J. J. G. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7ª. ed. Coimbra: Almedina, 2003.
- CONSELHO DA REVOLUÇÃO. 1ª Plataforma de Acordo Constitucional. 1975. Disponível em: https://app.parlamento.pt/LivrosOnLine/Vozes_Constituente/med01100340i.html. Acesso em: 27/02/2021.
- CONSELHO DA REVOLUÇÃO. 2ª Plataforma de Acordo Constitucional. 1976. Disponível em: https://app.parlamento.pt/LivrosOnLine/Vozes_Constituente/med01120344i.html. Acesso em: 28/02/2021.
- DERRIDA, J. *Declarations of Independence*. In: DERRIDA, J.; ROTTENBERG, E. (Ed.). *Negotiations: Interventions and interview, 1971-2001*. Stanford: Stanford University Press, 2002. p. 46 – 54.
- DICEY, A. *The Law of the Constitution*. In: ALLISON, J. (ed.). *The Oxford Edition of Dicey*. Oxford: Oxford University Press, 2013.

ELKINS, Z.; GINSBURG, T.; MELTON, J. The Content of Authoritarian Constitutions. In: GINSBURG, T.; SIMPSON, A. (ed.). *Constitutions in Authoritarian Regimes*. Cambridge: Cambridge University Press, 2014.

FERRAZ JÚNIOR, T. S. *Introdução ao Estudo do Direito: Técnica, Decisão, Dominação*. 11ª ed. São Paulo: Atlas, 2019.

FERREIRA FILHO, M. G. *O Poder Constituinte*. 6ª ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

GANDHI, J. *Political Institutions under Dictatorship*. Cambridge: Cambridge University Press, 2008.

GARDNER, J. Legal Positivism: 5½ Myths. In: GARDNER, J. (Ed.). *Law as a Leap of Faith: Essays on law in general*. Oxford: Oxford University Press, 2012.

GRIMM, D. *Constitutionalism: Past, Present, and Future*. Oxford: Oxford University Press, 2016.

HART, H. L. A. *The concept of law*. 2ª ed. Oxford: Clarendon Press, 1994.

HASEBE, Y. On The Dispensability of The Concept of Constituent Power. *Indian Journal of Constitutional Law*, v. 39, n. 3, 2009. Disponível em: <http://www.liiofindia.org/in/journals/INJIconLaw/2009/3.html>. Acesso em: 01/02/2021.

HUME, D. *Treatise of Human Nature*. Oxford: Clarendon Press, 1960.

HUME, D. Of the Original Contract. In: COPLEY, S. (ed.). *David Hume - Selected essays*. Oxford: Oxford University Press, 1998.

KAVANAGH, A. The Constitutional Separation of Powers. In: DYZENHAUS, D.; THORBURN, M. (ed.). *Philosophical Foundations of Constitutional Law*. Oxford: Oxford University Press, 2016.

KELSEN, H. *General theory of law and state*. Cambridge: Harvard University Press, 1945.

KELSEN, H. *Teoria pura do direito*. 6ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

KLARMAN, M. J. *The Framers' Coup: The Making of the United States Constitution*. Oxford: Oxford University Press, 2016.

KOMMERS, D. P. The Basic Law and Reunification. In: MERKL, P. H. (ed.). *The Federal Republic of Germany at Forty-Five: Union without unity*. Londres: MacMillan Press, 1995. p. 187 – 205.

KOMMERS, D. P. Can German Constitutionalism Serve as a Model for the United States? *German Law Journal*, Cambridge University Press, Cambridge, v. 20, n. 4, p. 559 – 567, 2019. Disponível em: <https://www.cambridge.org/core/journals/germanlaw-journal/article/can-german-constitutiona>

lism-serve-as-a-model-for-the-unitedstates/79DE2CF80D1475CA1B2AE4FD4C792DCE#article. Acesso em: 21/02/2021.

KUMM, M. The Best of Times and the Worst of Times: Between Constitutional Triumphalism and Nostalgia. In: DOBNER, P.; LOUGHLIN, M. (ed.). *The Twilight of Constitutionalism?* Oxford: Oxford University Press, 2010.

LAW, D. S.; VERSTEEG, M. Constitutional Variation among Strains of Authoritarianism. In: GINSBURG, T.; SIMPSON, A. (Ed.). *Constitutions in Authoritarian Regimes*. Cambridge: Cambridge University Press, 2014.

LEVITSKY, S.; WAY, L. *Competitive Authoritarianism: Hybrid Regimes After the Cold War*. Cambridge: Cambridge University Press, 2010.

LINDAHL, H. Constituent Power and Reflexive Identity: Towards an Ontology of Collective Selfhood. In: LOUGHLIN, M.; WALKER, N. (ed.). *The Paradox of Constitutionalism*. Oxford: Oxford University Press, 2006. p. 9 – 26.

LINDAHL, H. Constituent Power and the Constitution. In: DYZENHAUS, D.; THORBURN, M. (ed.). *Philosophical Foundations of Constitutional Law*. Oxford: Oxford University Press, 2016. p. 141 – 159.

LOCKE, J. *Two Treatises of Government*. 2ª. ed. Cambridge: Cambridge University Press, 1988.

LONDON CONFERENCE OF THE WESTERN FOREIGN MINISTERS. *The London Documents*. 1948. Disponível em: <http://germanhistorydocs.ghi-dc.org/pdf/eng/Founding%201%20ENG.pdf>. Acesso em: 21/02/2021.

MADISON, J. The Federalist Papers nº 37: Concerning the Difficulties of the Convention in Devising a Proper Form of Government. 1788. Disponível em: https://avalon.law.yale.edu/18th_century/fed37.asp. Acesso em: 16/06/2021.

MASON, A. A New Perspective on Separation of Powers. *Canberra Bulletin of Public Administration*, n. 82, Dec. 1996. Disponível em: <https://search.informit.org/doi/10.3316/ielapa.970606012>. Acesso em: 25/05/2021.

MCILWAIN, C. H. *Constitutionalism: Ancient and Modern*. Ithaca, New York: Cornell University Press, 1947.

MERKL, P. H. *The Origin of the West German Republic*. New York: Oxford University Press, 1963.

MIRANDA, J. *Manuel de Direito Constitucional: Tomo I*. Coimbra: Coimbra Editora, 1997. v. 1.

MIRANDA, J. *Curso de Direito Constitucional*. 2ª. ed. Lisboa: Universidade Católica Editora, 2020. v. 1.

- MÖLLERS, C. 'We are (afraid of) the people': Constituent Power in German Constitutionalism. In: LOUGHLIN, M.; WALKER, N. (ed.). *The Paradox of Constitutionalism*. Oxford: Oxford University Press, 2007.
- MONTESQUIEU, C. de S. *Do espírito das Leis*. São Paulo: Martin Claret, 2010.
- MOVIMENTO DAS FORÇAS ARMADAS. Programa do Movimento das Forças Armadas. 1974. Disponível em: <http://www1.ci.uc.pt/ihti/proj/docs25a/MFA1-1.HTM>. Acesso em: 27/02/2021.
- MOVIMENTO DAS FORÇAS ARMADAS. Documento-Guia da Aliança Povo-MFA. 1995. Disponível em: <http://www1.ci.uc.pt/cd25a/wikka.php?wakka=poderpol17>. Acesso em: 28/02/2021.
- NAPOLITANO, M. 1964: *História do Regime Militar Brasileiro*. São Paulo: Editora Contexto, 2014.
- NEGRI, A. *Insurgencies: Constituent Power and the Modern State*. Minneapolis: University of Minnesota Press, 1999.
- OLIVER, P. C. *The Constitution of Independence: The Development of Constitutional Theory in Australia, Canada and New Zealand*. Oxford: Oxford University Press, 2005.
- RAZ, J. Introduction. In: RAZ, J. (ed.). *Practical Reasoning*. Oxford: Oxford University Press, 1978.
- RAZ, J. *The Authority of Law: Essays on Law and Morality*. Oxford: Oxford University Press, 1979.
- RAZ, J. *The Morality of Freedom*. Oxford: Clarendon Press, 1986.
- RAZ, J. *Ethics in the public domain: Essays in the Morality of Law and Politics*. Oxford: Oxford University Press, 1994.
- RAZ, J. *Practical Reason and Norms*. Oxford: Oxford University Press, 1999.
- RAZ, J. *Engaging Reason: On the Theory of Value and Action*. Oxford: Oxford University Press, 2001.
- RAZ, J. *Between Authority and Interpretation: On the Theory of Law and Practical Reason*. Oxford: Oxford University Press, 2009.
- RAZ, J. *From Normativity to Responsibility*. Oxford: Oxford University Press, 2011.
- ROZNAI, Y. Internally imposed constitutions. In: ALBERT, R.; CONTIADES, X.; FOTIADOU, A. (ed.). *The Law and Legitimacy of Imposed Constitutions*. Londres: Routledge, 2019. p. 58 – 81.

- RUBENFELD, J. Legitimacy and Interpretation. In: ALEXANDER, L. (ed.). *Constitutionalism: Philosophical foundations*. Cambridge: Cambridge University Press, 1998. p. 194 – 234.
- SCALIA, A.; GUTMANN, A. *A Matter of Interpretation: Federal Courts and the Law*. Princeton: Princeton University Press, 1997.
- SCHEDLER, A. *The Politics of Uncertainty: Sustaining and Subverting Electoral Authoritarianism*. Oxford: Oxford University Press, 2013.
- SCHMITT, C. *Political Theory: Four Chapters on the Concept of Sovereignty*. Chicago: The University of Chicago Press, 1985.
- SCHMITT, C. *Legality and Legitimacy*. Durham and London: Duke University Press, 2004.
- SCHMITT, C. *Constitutional theory (Verfassungslehre - 1928)*. Durham and London: Duke University Press, 2008.
- SCHMITT, C. *Dictatorship: From the origin of the modern concept of sovereignty to proletarian class struggle*. Cambridge: Polity Press, 2014.
- SEDLEY, S. *Ashes and Sparks: Essays On Law and Justice*. Cambridge: Cambridge University Press, 2011.
- SIEYÈS, E. J. Views of the Executive Means Available to the Representatives of France in 1789. In: SONENSCHER, M. (ed.). *Political writings*. Indianapolis: Hackett Publishing Company, Inc, 2003a. p. 1 – 67.
- SIEYÈS, E. J. What is the Third State? In: SONENSCHER, M. (Ed.). *Political writings*. Indianapolis: Hackett Publishing Company, Inc, 2003b. p. 91 – 162.
- SILVA, J. A. da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 24^a. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2005.
- SMITH, A. *Lectures on Jurisprudence*. Indianapolis: Liberty Press, 1982.
- SOARES, R. E. *Constituição*. In: *Dicionário Jurídico da Administração Pública*. Coimbra: Faculdade de Direito, 1972.
- SOARES, R. E. O conceito ocidental de Constituição. *Revista de Legislação e de Jurisprudência*, Coimbra, n. 3743/3744, 1986.
- SOLUM, L. B. Originalism and Constitutional Construction. *Fordham Law Review*, Fordham University School of Law, New York, v. 82, p. 453 – 537, 2013. Disponível em: <http://ssrn.com/abstract=2307178>. Acesso em: 03/07/2021.
- SVOLIK, M. W. *The Politics of Authoritarian Rule*. Cambridge: Cambridge University Press, 2012.

THE MILITARY GOVERNORS OF THE WESTERN ZONES OF OCCUPATION OF GERMANY TO THE PARLIAMENTARY COUNCIL. Aide-Mémoire - November 22, 1948. 1948. Disponível em: <https://history.state.gov/historicaldocuments/frus1948v02/d294>. Acesso em: 21/02/2021.

THE UNITED STATES POLITICAL ADVISER FOR GERMANY (MURPHY) TO THE SECRETARY OF STATE. Telegrama - Frankfurt, March 2, 1949. 1949. Disponível em: <https://history.state.gov/historicaldocuments/frus1949v03/d83>. Acesso em: 21/02/2021.

THORNHILL, C. A Sociology of Constitutions: Constitutions and State Legitimacy in Historical-Sociological Perspective. Cambridge: Cambridge University Press, 2011.

U.S. DELEGATION. U.S. Delegation Minutes of the Meeting between the Western Military Governors and the German Minister Presidents regarding the German Reply to the London Documents. 1948. Disponível em: <https://ghdi.ghidc.org/pdf/eng/Founding%203%20ENG.pdf>. Acesso em: 21/02/2021.

VILE, M. J. C. Constitutionalism and the separation of powers. Indianapolis: Liberty Fund, 1998.

WEINRIB, L. E. The postwar paradigm and American exceptionalism. In: CHOUDHRY, S. (ed.). The Migration of Constitutional Ideas. Cambridge: Cambridge University Press, 2006. p. 84 – 112.