

A AUTORIDADE DA CONSTITUIÇÃO, INTERPRETAÇÃO E O PAPEL DO TRIBUNAL CONSTITUCIONAL: OUTRA PERSPECTIVA

THE CONSTITUTIONAL AUTHORITY, INTERPRETATION AND THE FUNCTION OF THE CONSTITUTIONAL COURT: AN OTHER APPROACH

*Igor de Carvalho Enriquez**

RESUMO: o artigo trabalha a noção de autoridade nos sistemas de *civil law*, especialmente o brasileiro, destacando a inter-relação entre a noção de legitimidade e a reivindicação da autoridade advinda de decisões proferidas por tribunais constitucionais. Como contraponto a essa realidade, apresenta-se a noção de autoridade nos sistemas de *common law*, que se difere daquela tanto na forma como encara a ideia de autoridade, tendo um viés mais construtivista, quanto no papel do uso de aspectos míticos na legitimização do poder. Para isso, apontam-se os conceitos romanos de *auctoritas* e *potestas* como influências fundamentais no moderno uso da autoridade, além de defender que o modelo de surgimento e transmissão de autoridade tem uma longa trajetória até ser transplantado para os atuais conjuntos normativos piramidais regidos por uma Carta Constitucional. Em seguida, enfoca-se o processo de superação do modelo clássico de transmissão de autoridade baseado no poder constituinte originário com aspectos metafísicos, tarefa essa que ainda não se realizou completamente no Brasil. Por fim, toma-se a obra de Joseph Raz, ressaltando a sua ideia de legitimização pela *práxis* (legitimização surgida no âmbito individual e orientada pela prática daquele que tenta se legitimar) como forma mais adequada de produzir a aceitação da autoridade reivindicada em um sistema político-jurídico.

PALAVRAS-CHAVE: Autoridade. Direito. Estado. Raz.

ABSTRACT: The article deals with the notion of authority in civil law systems, especially the Brazilian one, highlighting the inter-relationship between the notion of legitimacy and the claims of authority, arising out of constitutional courts' decisions. As a counterpoint to this reality, we present the concept of authority in the common law systems, which differs from the former in its view of the idea of authority, especially considering his constructivist aspects, and the role of the use of mythical facets in power's legitimization. In this sense, the article points to the Roman concepts of *auctoritas* and *potestas* as key influences in modern use of authority, defending that the appearance and the transmission model of authority have been modified in a long way until transplanted on the current pyramidal normative system governed by a Constitution. Then, we focus on the process of overcoming the model of authority transmission based on the constituent power, showing that its classical aspects are metaphysical, a task that has not yet been fulfilled in Brazil. Finally, we take Joseph Raz's work, highlighting the influence of his idea of legitimization by *praxis* (legitimization founded by the individual choice and based on practices of whom tries to legitimate him or herself) as the most appropriate way to produce the acceptance of authority claimed in a political, legal system.

KEYWORDS: Authority. Law. State. Raz.

* Doutorando, Mestre e Graduado em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais. Especialista em Direito Público pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. E-mail: igor_enriquez@hotmail.com

INTRODUÇÃO

O presente artigo pressupõe a existência de um mito em torno do poder constituinte originário que influencia diretamente a transmissão de autoridade constitucional. Embora já exista um questionamento aprofundado sobre o tema, elaborado por autores como Conrado Mendes (2008), proponho tratar a questão sob uma perspectiva distinta. Enquanto a crítica anterior foca na autoridade obtida por mecanismos procedimentais de legitimação, ou seja, uma legitimação de natureza coletiva, e nos impedimentos que esse mito gera sobre a capacidade de o povo decidir politicamente seu próprio destino constitucional, pretendo adicionar a possibilidade de um processo legitimatório de natureza individual, ou seja, baseado na autonomia moral, compatível com o anterior, mas que dele se difere muito.

1 O MITO DO PODER CONSTITUINTE ORIGINÁRIO E O MODELO CLÁSSICO DE AUTORIDADE CONSTITUCIONAL

Antes de entender o modelo clássico de transmissão da autoridade, faz-se fundamental uma remissão aos conceitos de *auctoritas* e *potestas*. Na atualidade, a autoridade da Constituição é considerada a partir do poder constituinte originário, sendo transmitida para todo o ordenamento, em um sentido de justificação da própria condição de autoridade que transmite seu poder para tudo que dali se origina. Em contrapartida, no direito romano, a *auctoritas* se refere à capacidade de criar normas com base na tradição, que, no caso do Senado, remete à fundação de Roma, tendo caráter religioso. O *potestas*, por sua vez, relaciona-se com a capacidade dos magistrados em dizer o direito, tendo fundamento no poder reconhecido pelo Estado e pelo povo e possuindo um caráter jurídico ligado às instituições do direito romano.

O poder do termo *auctoritas*, todavia, não remete à pessoa ou instituição que o possui, mas a uma ligação com a divindade, expressa na noção de *numen*, traduzida como “espírito-guardião”. Seu uso se relaciona ao verbo *augere*, significando não somente deixar algo maior, mas a própria associação a um poder criador de natureza político-religiosa que se “põe no mundo”. Ele reflete no possuidor do *auctoritas* o papel de um mediador das esferas divinas e humanas, cuja infalibilidade conforma o poder jurídico à origem mítica da fundação. Usá-lo é, porém, privilégio dos deuses ou das forças naturais, e não dos homens, que apenas dão validade ao ato, pondo-o em concordância com o plano divino (BENEVENISTE, 1969, p. 149).

Para o filósofo Giorgio Agamben, o termo *auctoritas* tem aplicação tanto no direito privado quanto no público, e naquele se refere, por exemplo, ao poder do titular da família (*pater*

famílias) de promover a ligação entre o ato praticado e a tradição que o precede e autoriza, não apenas em nome próprio, mas no de toda a linha que o antecede e da qual é cocriador. Ademais, na concepção romana privatista, o dualismo marca a importância do poder contido no *auctoritas*, já que ele torna o ato válido pela sua ligação com o passado, diante da impossibilidade de uma criação a partir do nada (*ex nihilo*) ou apenas da força (AGAMBEN, 2004, p. 118).

Já no âmbito do direito público romano, *auctoritas* designa a prerrogativa do Senado, que tem a função de ligar o magistrado, ou a decisão popular, ao mito da fundação, seja por meio da ratificação das decisões daqueles que têm o poder jurídico, seja pela emissão de conselhos não vinculantes que derivam da sua sabedoria, também de ordem mitológica. Embora haja uma rejeição à tentativa de associação entre os aspectos privado e público do termo *auctoritas* e *auctor* no direito romano, é perceptível que essa ligação se deve à estrutura de ambos, remetendo à noção de poder que confere legitimidade (AGAMBEN, 2004, p. 121).

Nesse aspecto, a *auctoritas* se relaciona com o *potestas* dos magistrados e do povo, ao legitimar o exercício desse último, possuidor de natureza eminentemente jurídica. Agamben, inclusive, associa a *auctoritas* à possibilidade de suspensão da ordem representada pelo *potestas*, criando toda uma concepção para o estado de exceção (AGAMBEN, 2004, p. 123). Destaca-se aqui que o poder depende, no direito romano, da legitimação, e que sua remissão ao metafísico e à tradição foi herdada por todos os sistemas político-jurídicos ocidentais, apesar dessa noção permanecer mais forte no *civil law* continental do que no *common law* insular.

Essa dualidade, base do equilíbrio de poderes no sistema romano, altera-se, porém, com o fim da República e a união de ambas as noções, fazendo com que a primeira incorpore a segunda. O imperador busca governar baseado não somente na sua força jurídica advinda da condição de primeiro magistrado, mas na sua capacidade de remeter ao conhecimento divino e à divindade, legitimando seu poder na incorporação da *auctoritas*. Funde-se a terminologia, perdendo a *auctoritas*, no sentido de conhecimento-tradição, o papel de controlar o *potestas*, no sentido de poder jurídico, mas mantendo seu papel de legitimá-lo (AGAMBEN, 2004, p. 125).

A partir daí, portanto, a política e o direito ocidentais passam a confundir ambos os conceitos, embora ocorram várias novas separações e reformulações após o fim do império romano e a ascensão do cristianismo. Permanece, contudo, a constante remissão ao caráter divino do conhecimento e à necessidade de aprovação metafísica da legitimação do poder, noção preponderante até a ascensão da ideia de autoridade baseada na cessão de autonomia individual ao soberano.

Segundo Larry Scanlon, embora novamente separados, devido à impossibilidade de remissão total a um passado pagão, é a fórmula de mescla entre *auctoritas* e *potestas* que vai continuar pautando o modelo de legitimação do poder durante a Idade Média. Uma nova ligação entre a identidade do passado e do presente ganha forma, ocorrendo por meio da criação de uma representação de autoridade secular legitimada pela divindade cristã (SCANLON, 1994, p. 50).

Nesse sentido, a antiga oposição de conceitos marca a nova relação institucional entre Igreja Católica e poder secular, notadamente pela teoria das duas espadas, que prescreve, por meio de interpretação bíblica, o poder secular como subordinado ao eclesiástico, exatamente pela posição privilegiada deste em relação ao divino. Seguindo a linha alterada pela fusão do *auctoritas* ao *potestas* na passagem da República para o Império em Roma, o poder religioso usa o primeiro conceito, incorporado na figura do imperador que o exerce na forma do segundo, como apelo coletivo se comparado à antiga concepção de legitimação pela divindade, passando a existir não mais um vínculo de ligação legitimadora, mas sim de dependência legitimadora (SCANLON, 1994, p. 56).

O entendimento desse processo, todavia, apresenta dificuldades pela noção de que a autoridade cristã é autolegitimadora, não necessitando de remissão ao passado, exatamente pela condição divina de Cristo e pela sua orientação na fundação da Igreja, bem como na escolha de seu líder. Contudo, a partir do ponto de vista ideológico, e não do constitutivo, o poder eclesiástico substitui a figura do imperador como fonte do senso coletivo de autoconsciência da sociedade, antes romana e agora cristã, passando os textos sagrados, e suas interpretações, a pautar a nova relação de conexão e dependência (SCANLON, 1994, p. 59).

Com o advento do Antigo Regime e a ascensão do monarca nos novos Estados-nação, a mescla entre *auctoritas* e *potestas* continua basicamente inalterada, mas com uma gradual inversão de polos, já que embora a influência da Igreja continuasse alta, até pelo menos o período entre a Reforma e a Era das Revoluções no século XIX, a legitimação do poder passa paulatinamente à figura do monarca, que personifica a nação. As posteriores figuras do padroado português, patronato real espanhol e da subordinação eclesiástica ao reino francês, podem ser tidas como provas dessa nova polarização, legitimada naquele momento pela noção de direito divino dos reis e absorção do Estado na figural real.

Todavia, a própria Igreja Católica permanece reticente em relação ao abandono da tradição que havia construído em torno de si, destacando-se as teorias do pensador cristão medieval Tomás de Aquino, que condena a derrubada de cristãos legitimamente coroados, e afirma que essa é uma atribuição unicamente papal. No mesmo sentido, o seiscentista Francisco Suarez afirma que o poder

do rei não vem diretamente da divindade, mas sim da transmissão do povo organizado em comunidades (ALVES, 1949, p. 19). É somente com a ascensão do protestantismo que se abandona a noção tradicional ligada à Igreja como fonte de legitimação da autoridade, sem, no entanto, abandonar-se o papel dado à divindade.

É importante notar que o início da mistura das noções de *auctoritas* e *potestas* na figura unicamente do rei deu-se destacadamente com Jaime I da Inglaterra e Escócia, cuja defesa da superioridade real por razões bíblicas e da necessidade de um governo centralizador e absolutista baseou-se na tradição e em Deus. Porém, é nesse mesmo contexto político britânico, e provavelmente por consequência dessa postura absolutista, que se dá a consolidação do processo de transmissão da autoridade por meio do parlamento e dos tribunais, resultando na dessacralização do monarca e na preponderância do direito (CROFT, 2003, p. 131).

Segundo Martin Kriele, tal salto no contexto britânico não se deu por acaso, mas sim como fruto de um embate histórico no qual as forças absolutistas de influência continental, capitaneadas por Jaime I e seus descendentes, tentaram impor uma noção de monarquia não mais fundada no Direito, ou seja, na tradição secular do *common law*, mas sim em uma justificação jusnaturalista para o poder real. Por conseguinte, essa tentativa leva a uma noção de *auctoritas* fundada unicamente na *potestas* do poder militar, mas que acaba derrotada em uma guerra civil reafirmadora da autoridade do parlamento e do papel do *common law* como fonte de legitimidade estatal (KRIELE, 2009, p. 141).

No momento posterior, quando do surgimento das revoluções continentais dos séculos XVIII e XIX, surge na Europa continental o dilema de como legitimar a autoridade do Estado sem recorrer à figura monárquica. Daí advém a criação, por Emmanuel Sieyès, da noção de poder constituinte originário, capaz de produzir uma Constituição legitimadora de todo o ordenamento seguinte e fundadora da supremacia constitucional (SOUZA NETO; SARMENTO, 2013, p. 243). Nesse sentido, ele é inicial, incondicionado, indivisível e permanente, havendo uma clara referência ao poder divino e a uma implícita tentativa de se colocar no lugar da *auctoritas* real (poder legitimado), por meio da justificação do *potestas* (poder de fato), encontrado nas mãos dos revolucionários ou dos burgueses involucrados.

Segundo Paolo Grossi, o século XVIII, apesar de ser um momento de ruptura com o passado, apresenta o surgimento de um novo problema: a fragilidade advinda da ausência de metafísicas religiosas. Diante disso, usa-se novamente o mito, agora travestido da ideia de nação, para criar uma metarrealidade que de certo modo rompe com a historicidade, na medida em que não se atém a particularidades históricas não interessantes e específicas, mas cria uma meta-história,

com o objetivo de tornar absoluto aquilo que foi relativizado pelo processo gradual de secularização iniciado dois séculos antes (GROSSI, 2004, p. 58).

O Iluminismo político-jurídico precisava da esfera mítica devido à necessidade do absoluto como parâmetro de estabilidade, uma vez que sua ausência ameaçava a nova estrutura de sociedade civil que era construída a partir do processo revolucionário. Grossi, inclusive, defende que essas medidas criam suportes para garantir a inalterabilidade, em visível contradição com a ruptura e modelagem do moderno que prega o projeto iluminista jurídico da Europa continental (GROSSI, 2004, p. 59). Para tanto, é possível perceber, novamente, a influência do jusnaturalismo na construção dos mitos jurídicos.

A própria disputa a respeito de qual teoria sobre a titularidade do poder constituinte seria válida se torna preponderante, como bem demonstra a construção constitucional continental clássica. Se de um lado existe a noção de titularidade pertencente ao povo, primeiramente associado ao rei e depois o suplantando, quando não havia mais condições políticas para continuidade da monarquia, de outro se encontra a titularidade reservada à figura da nação. Embora pareçam semelhantes, no primeiro existe a possibilidade de participação mais efetiva dos indivíduos que constituem a coletividade e de uma maior possibilidade de aceitação da pluralidade cultural na sociedade em questão, já que o diferente também pode fazer parte do todo.

Na segunda, em oposição, um corpo de associados forma uma “unidade orgânica permanente” que não se confunde com o conjunto de indivíduos que a compõem em um determinado momento. Existe, portanto, nesse último, a ideia de nacionalidade como natureza própria, destacando-se da população e assumindo seu papel de mediadora de conflitos, com a contrapartida da exigência de lealdade à coletividade a qual se pertence (SOUZA NETO; SARMENTO, 2013, p. 245-250).

Para Nelson Saldanha, a relação entre a noção dual teologia-política e o caráter específico do conceito ocidental moderno de Constituição é permanente, sendo que a primeira se fundiu em uma lógica única que determina a forma como se encara o último. Apesar do processo de secularização ter sido gradativo, é possível perceber a equiparação da Carta Constitucional a um livro sagrado, o que gera, por consequência, uma considerável resistência ao processo de busca de mecanismos de interpretação da mesma, já que isso pode tirar a sua aura mística e dar poder de legitimação a uma esfera humana construtivista e cada vez menos sacralizada (SALDANHA, 2001, p. 672-674).

É interessante notar um acoplamento, mais do que uma tensão, entre as tendências de um constitucionalismo liberal e de um constitucionalismo conservador. Embora exista uma rejeição por

parte desse último às ideias liberais, já que essas promovem uma ruptura com instituições até então tidas como fundamentais, cria-se um conceito contemporâneo de Constituição capaz de conciliar a construção de um novo começo com a preservação de uma tradição histórica, ligada à já sedimentada ideia de nação. Passa-se de um contexto revolucionário liberal, na qual a nação é princípio e, a ordem, razão, para um contexto pós-revolucionário conservador que enxerga a nação como história e a ordem como tradição¹ (SALDANHA, 2001, p. 679).

Especificamente no Brasil, segundo Nelson Saldanha, essa característica conservadora se acentuou, muito devido à adoção da monarquia e de uma série de instituições voltadas à construção de uma tradição norteada pela formação de uma nação com base na historicidade. Para ele, é notável que as demais cartas latino-americanas, longe de serem perfeitas, são possuidoras de viés nitidamente mais liberal, enquanto o conservadorismo é marca notória da trajetória constitucional brasileira ao longo dos momentos políticos seguintes (SALDANHA, 2001, p. 681).

O conservadorismo acentua a permanência do teológico na medida em que fortalece uma visão de mundo voltada necessariamente para a autoridade que se legitima no passado e não permite a construção racional do futuro, pois não existem mecanismos que tornam possível uma nação se libertar da sua historicidade e de seus dogmas jurídicos. Pode-se entender, nesse sentido, a preferência do Supremo Tribunal Federal por um uso da noção de autoridade constitucional em um viés de respeito a diversos dogmas jurídicos produzidos em torno da Carta Constitucional². A contínua negação, por parte desse tribunal, de se analisar o mérito da constitucionalidade de normas estabelecidas pelo poder constituinte originário, alegando sempre a ausência de condições de ação para tanto, ilustra bem a questão.

Em sentido diverso, o tribunal constitucional alemão, apesar de jamais ter invalidado uma norma constitucional originária, admite a possibilidade teórica do controle em casos excepcionais de gravíssimos imperativos de justiça (SOUZA NETO; SARMENTO, 2013, p. 253; BANCHOFF, 1994, p. 23)³. Já o tribunal brasileiro simplesmente se nega a analisar o mérito da questão, atendo-se a um formalismo que esconde o verdadeiro problema: um dogmatismo jurídico e um receio de violar o mito do poder constituinte originário. Faz-se importante ressaltar, todavia, que tal

¹ Nelson Saldanha usa o termo “conservador” de forma ampla, sendo todo movimento que almeja a continuidade do *status quo* e se opõe a mudanças. Não sendo um historiador do direito, mas um constitucionalista, sua definição pode criar confusão com os diversos grupos e ideologias que fizeram uso dele ao longo da história brasileira. Todavia, essa amplitude deixa mais evidente o papel das forças que lutam contra mudanças institucionais, qualquer que sejam a sua nomenclatura ou os objetivos defendidos.

² Pode-se também citar como exemplo desse “conservadorismo” o que Conrado Hubner Mendes (2008, p. 186) denomina de “medo da política”, uma vez que a existência de clausuras supraconstitucionais, notadamente as cláusulas pétreas, são mecanismos para negar ao cidadão o exercício ao direito de participação.

³ BVerfGE 1:14; BVerfGE 23:106.

sentimento não é exclusivo desse tribunal ou de sua formação específica, mas compartilhado por boa parte da comunidade jurídica nacional.

A exposição do relator Min. Moreira Alves no julgado da ADI 815/DF de 28/03/1996, apesar dos diversos anos que após ela já se passaram, ilustra muito bem um posicionamento que se mantém até os dias atuais:

A tese de que há hierarquia entre normas constitucionais originárias dando azo à declaração de inconstitucionalidade de umas em face de outras é incompatível com o sistema de Constituição rígida. - Na atual Carta Magna “compete ao Supremo Tribunal Federal, precípua mente, a guarda da Constituição” (artigo 102, “caput”), o que implica dizer que essa jurisdição lhe é atribuída para impedir que se desrespeite a Constituição como um todo, e não para, com relação a ela, exercer o papel de fiscal do Poder Constituinte originário, a fim de verificar se este tem, ou não, violado os princípios de direito supra positivo que ele próprio havia incluído no texto da mesma Constituição⁴.

Não é, entretanto, intuito deste trabalho entrar no mérito de casos concretos ou defender uma postura contrária ao princípio da unidade da Constituição, já que é inegável a importância de um mínimo de coerência sistêmica caso se pretenda possuir uma Carta Maior com eficácia plena. A partir daqui, contudo, será demonstrada uma visão diferente do modelo clássico de transmissão de autoridade constitucional iniciada pelo processo de desmistificação kelseniano, amadurecida na ideia de regra última de reconhecimento hartiana e consolidada nos avanços baseados na noção de valores juridicamente sedimentados pelas práticas dos tribunais e debates políticos travados nas modernas democracias do hemisfério norte-ocidental.

2 A SUPERAÇÃO DA TRANSMISSÃO CLÁSSICA DE AUTORIDADE

Ao longo de sua obra, Hans Kelsen tenta estabelecer uma teoria do direito que rejeite proposições metafísicas, notadamente jusnaturalistas, sobre a natureza do direito e a validade de suas normas. Em prol de um caráter científico que deve ser assumido pelo estudioso do fenômeno jurídico, ele estabelece seus conceitos em uma base formal, buscando livrar a ciência do direito de contingências históricas do ordenamento e permitindo uma descrição do direito independentemente dos conteúdos específicos das normas vigentes em um determinado sistema jurídico.

A partir de uma teoria intitulada “pura”, Kelsen almeja garantir um conhecimento do direito como dever-ser, e deste excluir tudo que não pertença ao seu objeto. Pretende, pois, libertar o

⁴ Outro exemplo encontra-se na ADI-AgR 4.097/DF de 2008, na qual o STF se negou a analisar o mérito da questão sob a alegação de carência da ação, já que “não se admite controle concentrado ou difuso de constitucionalidade de *normas produzidas pelo poder constituinte originário*” (Grifo nosso).

sistema dos elementos que lhe são estranhos, ao mesmo tempo estabelecendo a diferenciação entre direito, de natureza eminentemente normativa, e ciência do direito, descriptiva (KELSEN, 2003, p. 1).

Todavia, ao contrário do que afirmam seus detratores, sua teoria não subestima a importância do caráter empírico do direito, mas pretende fazer uma ciência sem conotações ideológicas, já que “a razão para fundar uma ciência pura do direito não consiste em justificar todo o poder, mas no contrário: despojar de toda justificação ‘científica’ a qualquer poder” (CORREAS, 1989, p. 28, grifo do autor). Isso se deve ao fato de a ciência do direito kelseniana não abdicar do contexto político-social em que está inserida, ao mesmo tempo em que não pretende ir além de si mesma, como faz o direito natural, centrando-se apenas em seu objeto: a norma jurídica.

Ao cidadão, o argumento kelseniano deixa a liberdade de fazer o que suas convicções morais exigirem, ainda que o direito recomende o contrário e o indivíduo esteja sujeito à punição prevista em lei. Não se renuncia à própria consciência em favor da do legislador, sendo a autonomia moral um dos seus mais importantes legados. A unidade sistêmica, entretanto, está na relação entre a validade, a eficácia e o conceito de norma fundamental. Por eficácia entende-se a vinculação da sanção a certo comportamento ilícito, criando dois resultados necessários: a obrigatoriedade de aplicação de medidas por parte de órgãos estatais e a obediência dos indivíduos submetidos, que passam a evitar a sanção.

Já a validade da norma só é atingida quando essa, além de seguir todas as regras estabelecidas no ordenamento, tenha sido criada em conformidade com a norma fundamental (KELSEN, 2003, p. 221), estabelecendo-se, a partir daí, uma cadeia de validade que sempre remete à norma fundamental. A validade objetiva da norma, contudo, não provém de nenhum ato do plano dos fatos, mas da obrigatoriedade estabelecida pela norma que autoriza a realização deste ato, estando ligada, ao contrário da eficácia, ao plano do dever-ser, e não do ser.

A essa posição costuma-se denominar originalismo, uma vez que toda ordem jurídica remete à origem de um sistema normativo – no caso a norma fundamental – cuja criação é pressuposta, mas não surgida a partir da simples pressuposição (RAZ, 2009, p. 126). Não é razoável confundir esse conceito kelseniano com o originalismo criado em torno da Constituição norte-americana de 1787, cujo processo de mitificação tem implicações no processo de interpretação constitucional até os dias de hoje. O objetivo do jurista austríaco não era produzir um ato justificatório da autoridade constitucional partindo de pressupostos metafísicos, mas estabelecer um ponto de partida lógico a partir do qual se desenvolve o ordenamento.

Nesse sentido, é possível concluir que as normas jurídicas devem ter um mínimo de eficácia para serem válidas, o que evidencia a contínua relação entre ambos os conceitos, sendo a sua vinculação imprescindível para a segurança do ordenamento jurídico. Nesse contexto, deve-se entender eficácia como condição da validade normativa, sendo importante ressaltar que as normas jurídicas podem perder a sua eficácia e, por conseguinte, a sua validade, quando não são mais socialmente respeitadas.

Um dos principais pontos do pensamento kelseniano é a dissolução do dualismo ideológico Estado/direito, já que ambos representam uma única realidade lógica e ontológica. Isso esvazia o Estado como ente isolado, passando a ser entendido principalmente como ordem jurídica centralizada (MATOS, 2011b, p. 79). É a partir desse ponto que o jurista austríaco se diferencia de todos aqueles que tentam misturar a atuação estatal com a onipresença divina, fato associado por ele à influência da religião na teoria do estado contemporânea (KELSEN, 2011, p. 47). Assim, Kelsen talvez seja o primeiro grande jurista a de fato realizar um intenso questionamento ao modelo religioso-estatista dominante.

Para tanto, estabelece o poder como epicentro originário do direito (CORREAS, 1989, p. 10), remanejando, do âmbito da metafísica para o da política, a questão da justiça,⁵ característica presente em seu pensamento ao longo de toda sua obra. Denuncia também aqueles que pregam uma devoção incontestável à autoridade estatal, sendo o fenômeno jurídico capaz de garantir a permanência da liberdade individual e coletiva, desde que adotada a metodologia adequada.

Sua obra passa a estabelecer uma teoria baseada nas noções de anticomunitarismo e formalismo. O primeiro pode ser tido como a negação de um papel subserviente do indivíduo à coletividade no qual está inserido, característica assumida por Kelsen sem a rendição a um individualismo também absoluto. Já o segundo se baseia na possibilidade, se não necessidade, da transformação de noções substanciais em ideias funcionais, acabando com a concepção de um direito real submetido a um direito ideal (KELSEN, 2003, p. 105).

Considerado esse segundo aspecto, nota-se que o normativismo kelseniano assume papel ideológico, criando uma ideologia defensora do abandono de ideologias, de modo a revelar a farsa de qualquer científicidade que se pretenda como definitiva e verdadeira (MATOS, 2011b, p. 77). Na tentativa de discutir o conteúdo jurídico, Kelsen parte de uma teoria formal cuja tarefa tem como

⁵ Apesar de Kelsen ter se contraposto a teoria decisionista de Schmitt, segundo a qual caberia ao soberano decidir o conteúdo do direito (MACEDO JÚNIOR, 2011), entendo que sua teoria interpretativa dá ao julgador discricionariedade suficiente para se envolver em assuntos de natureza política, desde que isso seja permitido pela norma fundamental (KELSEN, 2003, p. 390).

finalidade última desmistificar o direito e, por consequência, aproximá-lo daqueles a ele submetidos, sem que necessariamente tenham que ser a ele submissos.⁶

Kelsen traça, portanto, a contraposição entre os modelos baseados na científicidade e na teologia, sendo aquele o que será posteriormente defendido pelo autor. Nesse sentido, ele percebe que o dualismo preponderante até aquele momento é apenas uma tentativa de defesa do poder por meio da justificação de sua autoridade baseada em um ente superior e em uma suposta verdade pré-definida, que é revelada por aqueles com poder para tanto.

Em seguida, ele conclui que tanto a sociedade quanto Deus exigem do indivíduo uma obediência absoluta, colocando-se no espaço da psique que supostamente deve ser preenchido pela consciência individual (MATOS, 2011b, p. 100). Segundo esse raciocínio e seguindo uma tradição que vem desde Platão, o Estado não precisa legitimar seus atos por meio da justificação de cada um deles, uma vez que o poder da autoridade estatal se legitima por si mesmo, ou seja, por sua condição divina/paternal. Sua coação, portanto, não se baseia na possibilidade de sanção, mas em algo mais profundo, lastreado em seu simbolismo e cujo interesse de dominação permanece escondido. “A aparência do Estado como pessoa imaterial oculta o feito do domínio do homem sobre o homem” (KELSEN, 2003, p. 26).

Nota-se, dessa forma, uma opção kelseniana pela função em detrimento da substância, pois no ordenamento nada há além de violência organizada e estabilizada. E é justamente pela negação da diferença entre Estado e direito, portanto, que se prova a ausência de substância no direito, sendo a ordem vigente apenas uma sociedade política (LINDHAL, 1996, p. 66).

Carl Schmitt, por sua vez, tem opinião diametralmente oposta à teoria de Kelsen. Seu decisionismo é de natureza institucionalista e, nas palavras de Ronaldo Porto Macedo Júnior (2011, p. 12), reporta ao fundamento do direito e da soberania, estabelecendo que ambos não podem se lastrear apenas em um poder político superior, mas sim nas instituições que integram o jogo político de determinada sociedade. Desse modo, ao definir o Estado como instituição das instituições, o jurista alemão cria uma cadeia de remissão institucional que liga a ordem estatal ao seu meio externo e ao *Führer*, criando, nesse sentido, um contraponto à cadeia de validação baseada em normas, de matriz kelseniana.

⁶ De acordo com Hart (1982, p. 21-39), a tentativa de desmistificação do direito já se encontrava, porém, em Bentham, que advogava a ideia de que o direito seria um artefato social, produto da vontade humana e não da razão ou da natureza. Isso porque, no contexto anglo-saxão, o processo de desmistificação é bem anterior ao induzido por Kelsen no contexto continental, remetendo às ideias de Hobbes, Locke e Hume, tendo inclusive forte influência do processo político britânico consolidado na Revolução Gloriosa.

Schmitt reafirma a importância estatal e sua sobreposição ao direito, definindo o momento excepcional, no qual o direito perde seu sentido diante da sua impossibilidade de reger a situação, como o instante no qual o soberano despertaria para tomar a decisão definitiva. A soberania continua existindo de modo latente, já que em situações de normalidade as instituições existem com sua aparente independência, não impedindo, entretanto, a decisão soberana toda vez que o caos precise dar lugar a uma nova ordem normativa (MACEDO JÚNIOR, 2011, p. 99).

Kelsen, por sua vez, utiliza-se de um dos pontos primordiais da sua teoria e que é sem dúvida a origem de todo e qualquer fundamento de autoridade no ordenamento jurídico: a noção de norma fundamental. Como já dito, a norma kelseniana não deriva a sua validade da eficácia, embora um mínimo de eficácia seja necessário como condição de validade. O mínimo de eficácia não é fundamento da validade, papel reservado somente à norma fundamental (MATOS, 2011a, p. 49).

A norma fundamental surge, para Kelsen, como o elemento que funda a ordem normativa e dá origem à cadeia valorativa que vai se estender a todas as normas componentes do ordenamento, pois a normatividade só existe se houver uma objetivação do comando normativo, exatamente para se saber a origem da ordem e se ela possui a autoridade para ser obedecida. Caso contrário, há uma regressão, ao infinito, deslegitimadora do sistema, tornando-o inaplicável.

O autor austríaco tenta, com a noção de norma fundamental, estabelecer uma fonte da normatividade distante da metafísica, preocupando-se primordialmente com o caráter científico do direito. Ao criar um fundamento de validade que é ao mesmo tempo formal e vazio, de modo que se oponha à indeterminação e ao particularismo dos critérios morais e políticos sob os quais boa parte das teorias jurídicas da época foi gestada, ele cria uma norma que não éposta por atos humanos de vontade, mas antes pressuposta (MATOS, 2011a, p. 50).

Essa pressuposição, contudo, gera uma série de dúvidas e interpretações equivocadas relacionadas à abstração necessária para o entendimento de sua real natureza. Isso se deve ao seu caráter hipotético, uma vez que não é possível demonstrá-la empiricamente, já que é descoberta *a posteriori* em relação ao seu surgimento, não estando relacionada nem com a vontade do grupo social no qual surgiu, nem com manifestações jus naturalistas que a criam. Nesse sentido, a *Grundnorm* é, antes de tudo, assumida.

É na própria fundação da norma fundamental, portanto, que reside sua autoridade, já que a Teoria Pura do Direito não tem como base qualquer atitude da população para com o direito e o sistema jurídico só existe se é efetivo, não tendo nenhuma obrigação de ser moralmente justo. Essa ausência de fundação no consentimento daqueles que a ela estão submetidos, aliás, vem a ser a única explicação que torna plausíveis as ideias kelsenianas, naquilo que Raz chamou de “*point of*

*view of the legal man*⁷ (ponto de vista do jurista), já que o autor rejeita enfaticamente qualquer posição em sentido contrário (RAZ, 2009, p. 141).

Paradoxalmente, essa postura acaba aproximando-o de tudo aquilo que combateu ao longo de sua vida, ou seja, a justificação metajurídica da autoridade do direito e um autoritarismo implícito na utilização de axiomas para fundamentar a juridicidade. Não em conteúdo, obviamente, já que a *Grundnorm* é desprovida deste com base na tentativa, realmente útil, de isolar o válido do justo, mas ao se assumir como necessária a cadeia de autorizações e de transferências de poder que conecta os fundadores de determinada ordem jurídica aos atuais detentores do poder de criar direito válido (MATOS, 2011a, p. 66).

Essa assunção deriva da importância dada por ele ao ato de conectar a norma fundamental à primeira Constituição, produzindo uma cadeia de validação não somente dentro de um ordenamento específico no tempo, mas em uma linha atemporal de validade, denominada eficácia global. Segundo Kelsen, somente uma revolução pode romper a cadeia, dando origem a uma nova que tem o mesmo comportamento da anterior, uma vez que, conquanto a norma fundamental esteja fora do direito, torna direito todo ordenamento a ela submetido.

Dois fatores fazem com que suas ideias se aproximem da ideologia jusnaturalista por ele tão combatida: 1) separação das interpretações jurídicas feitas pelo cientista do direito e pelo aplicador da norma considerando somente o conteúdo das normas, e 2) a fundação da validade da norma em algo fora da sociedade (notadamente razões universalmente válidas), o que Raz denominou de “normatividade justificada” e que se contraporia à normatividade social, defendida por Hart (RAZ, 1979, p. 134). É importante frisar, contudo, que essa separação em Kelsen tem um propósito: facilitar o debate e o papel do dogmatismo jurídico, já que nos países de língua alemã a dogmática jurídica exerce um forte papel controlador,⁸ sendo que a atuação dos juízes sempre foi menor do que seus pares dos sistemas da tradição de *common law*, mesmo com o controle de constitucionalidade concentrado feito por meio de um tribunal específico.

No sistema brasileiro, em contrapartida, a doutrina jurídica (e os meios acadêmicos como um todo) nunca teve (tiveram) um papel preponderante como fonte para o Supremo Tribunal Federal. Seja pela influência do constitucionalismo norte-americano ou pelo simples hábito de se

⁷ Para Raz, uma das principais fraquezas da teoria kelseniana está na separação entre ponto de vista da ciência jurídica, que Raz chama de “*point of view of the legal man*”, e o dos indivíduos submetidos à ordem juspositiva, pois Kelsen não distingue a posição de quem diz algo sobre o direito, como os teóricos, e a de quem usa o direito, a exemplo dos juízes (RAZ, 2009, p. 63; MATOS, 2011a, p. 72).

⁸ Essa é uma visão comum entre historiadores e comparatistas do Direito alemão. Um bom exemplo é Van Caenegem, em CAENEDEM, R. C. Van. *Juízes, Legisladores e Professores*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010.

pautar decisões apenas na autorreferência, a corte brasileira sempre se baseou em uma normatividade não justificada racionalmente ou socialmente aceita, como pode ser visto no voto do Ministro Eros Grau na ADI 4219-SP de 07/03/2007:

A Constituição diz o que nós, juízes desta Corte, dizemos que ela diz. Nós transformamos em normas o texto escrito da Constituição... Nós, aqui neste Tribunal, nós produzimos as normas que compõem a Constituição do Brasil hoje, agora. Nós é que, em derradeira instância, damos vida à Constituição, vivificamos a Constituição. E ela será do tamanho que a ela atribuirmos na amplitude dos nossos juízos (Rcl 4219/SP, rel. Min Joaquim Barbosa, 7.3.2007).

Já sob a perspectiva do *common law*, o acertado é vincular a autoridade do controle constitucional à hierarquia prevista na Carta, bem como à capacidade de interpretação advinda da justificação independente do conteúdo (independência em relação a sua origem e força tautológica baseada na sua condição de norma). Assim, afirma-se que na tradição anglo-saxã a decisão dos tribunais independe da doutrina e da simples vontade imediata da maior parte da população. Esse pensamento, porém, só se completa com a ideia que qualquer decisão jurídica não tem o poder de se transformar automaticamente em direito, mas depende da aceitação mediata e da contínua prática institucional, em algo próximo àquilo que Hart denominou regra última de reconhecimento (*ultimate rule of recognition*).

Herbert Hart, em sua famosa teoria do direito, critica de forma veemente a asserção de John Austin, grande autor britânico do século XIX, segundo o qual o direito pode ser descrito como um conjunto de comandos ou regras primárias que dirigem a conduta dos indivíduos em uma comunidade política. Contra essa perspectiva, Hart desenvolve o conceito de regra de reconhecimento, formulado a partir de uma reflexão sobre os problemas de uma comunidade hipotética na qual todas as normas fossem regras primárias, as quais existem dentro do grupo desde que aceitas e praticadas pela maioria de seus membros (HART, 1994, p. 90).

Em tal comunidade, diante de alguma dúvida ou discordância interna sobre qual é o comportamento adequado, não há mecanismos definitivos para os quais os membros do grupo possam recorrer no intuito de resolver controvérsias, a exemplo do desempenhado por um texto legal ou ato jurídico, ficando à margem de um sistema capaz de resolver tanto os conflitos sociais que não são previstos originalmente, quanto situações fáticas inesperadas (HART, 1994, p. 90).

A princípio, a incerteza normativa não é problemática em um pequeno grupo unido por laços de parentesco e habitando um meio social estável, cujos poucos desacordos são resolvidos pela combinação de deliberação, persuasão e negociação. Todavia, com a tendência de expansão e

heterogeneização dos grupos sociais, a insegurança provavelmente prolifera e os métodos tradicionais tornam-se cada vez mais caros ou menos eficazes (HART, 1994, p. 92).

Sendo a ineficiência característica inerente ao regime de regras simples, Hart sugere a necessidade de regras secundárias para resolver os defeitos típicos daqueles sistemas jurídicos que somente possuem regras primárias, ou seja, normas que informam apenas o que deve ser feito. Para tanto, o caráter estático das normas consuetudinárias é, primeiramente, superado pelas chamadas “regras de modificação”, que conferem poder a uma pessoa ou instituição para criar, modificar ou extinguir regras primárias, assim como especificar os procedimentos a serem utilizados no exercício desta competência. Já que regras de modificação capacitam a alteração de regras primárias, comportamentos sociais são alterados na direção desejada por meio do exercício da autoridade jurídica (SHAPIRO, 2011, p. 238); ou seja, do poder autoritativo estabelecido hierarquicamente no ordenamento.

Ademais, o problema da ineficiência – que também se manifesta no sistema jurídico primitivo hipotético, composto apenas por regras primárias, uma vez que neste não há instrumentos legais garantidores da observância dessas regras em caso de violação – é resolvido com o que foi chamado de regras de adjudicação, que conferem poder para que certas instituições apliquem as regras, ou seja, determinem se uma regra foi satisfeita ou violada em uma ocasião especial. Especificam, assim, o método a ser seguido no processo de aplicação do direito, determinando quem tem a faculdade de aplicá-lo em casos concretos (HART, 1994, p. 94).

Por fim, o problema da incerteza sobre o conteúdo do direito é combatido por uma regra que determina a vinculatividade normativa. Ao referir-se a ela, tida como uma regra sobre a identificação das demais regras integrantes do sistema jurídico, Hart a denomina regra de reconhecimento, a qual torna desnecessário o engajamento em negociações, deliberações ou persuasões para se afirmar a validade de uma regra jurídica (HART, 1994, p. 95).

A doutrina hartiana tem a capacidade, não obstante, de imaginar a regra de reconhecimento de uma forma ainda mais abstrata. Segundo ele, cada sistema jurídico, necessariamente, contém uma, e apenas uma, regra definidora do teste de validade para o sistema, conhecida como regra última de reconhecimento (HART, 1994, p. 105). Esse teste especifica aquelas propriedades que, quando possuídas por uma regra, tornam-na obrigatoriamente parte do sistema. Assim, qualquer norma que tenha características de autoridade, estabelecidas na regra de reconhecimento, é pertencente ao sistema, desde que os agentes estatais a reconheçam nas suas funções.

A regra de reconhecimento é também uma regra social em dois sentidos diferentes. Primeiro, a regra de reconhecimento existe e tem seu conteúdo unicamente devido a fatos sociais,

uma vez que sua existência e conteúdo são determinados pelo fato de membros do grupo adotarem o ponto de vista interno como padrão de conduta, usando-o para avaliar a validade das normas (HART, 1994, p. 110). Em segundo lugar, a regra de reconhecimento é social no sentido definidor de um padrão de alcance para o grupo, pois esses membros não a aceitam isoladamente, mas tratam-na como critério definidor da forma oficial.

Regras sociais possuem um *aspecto externo* e um *aspecto interno*. O aspecto externo consiste no fato de os membros do grupo convergirem o seu comportamento em direção a uma regra – de modo que ele possa ser descrito como fazendo-o *como regra*. O aspecto interno consiste em os membros do grupo convergirem em uma atitude crítica reflexiva que constitua a regra social como *normativa*, no sentido de que desvios de tal regra são apropriadamente criticados (HIMMA, 2009, p. 97).

É essa aceitação da regra de reconhecimento como uma norma social que, na visão de Hart, constitui o fundamento do direito. Portanto, já que é social, pode ser tida como a regra definitiva, devendo ser tratada como última no sentido de não existir outra regra que a preceda, sendo, pois, garantida simplesmente devido a sua aceitação e prática. As regras primárias do sistema legal, por contraste, jamais são últimas devido ao fato de ocorrerem em virtude da regra de reconhecimento e essa ser válida, mas não validada, de modo semelhante à teoria kelseniana.

Segundo John Gardner, o texto constitucional é o mecanismo regulador das instituições de poder originário, entendidas como aquelas cuja autoridade não é derivada. Para ele, esse tipo de instituição deve ser identificado pelas regras últimas de reconhecimento, embora essas não possam ser decretadas por qualquer legislador, mas apenas descobertas na prática. Elas não existem no direito especificamente, tendo caráter costumeiro, não provindo de qualquer elemento interno, pois isso seria uma contradição diante de seu caráter originário (GARDNER, 2011, p. 173-174).

Gardner afirma também que as regras que identificam o poder originário não exaurem a atuação das que regulam as instituições, sendo que a ação de cada uma não se sobreponha à atuação da outra. A regra última de reconhecimento não confere qualquer poder jurídico, sendo, em vez disso, do tipo que impõe deveres jurídicos e faz com que os agentes públicos, por consequência, tenham que obedecê-la. Assim, a ideia hartiana, segundo a qual as regras últimas de reconhecimento somente podem ser derivadas do costume, não leva à conclusão de que somente regras costumeiras podem regular o poder inerente à instituição. Ademais, é possível afirmar que o objeto da Carta Constitucional contém regras de modificação e aplicação (GARDNER, 2011, p. 176), com a regra última de reconhecimento fora de seu escopo, mas ao mesmo tempo determinando o que é e o que não é aceito pelo ordenamento.

Na lógica hartiana, é importante, contudo, a contraposição da noção de regra que impõe um dever diante da regra que confere poder. Enquanto essa transmite a autoridade advinda de um contexto extrajurídico para uma entidade ou indivíduo que terá faculdades autoritativas de executar certas atribuições, aquela completa suas atribuições, já que, por exemplo, o poder de uma corte, de punir certa infração, é incompleto sem a existência de um tipo penal que preveja sanção.

Além disso, Gardner afirma que, embora Hart tente esboçar uma teoria que contenha normas escritas e não escritas, ou seja, legisladas e jurisprudenciais, ele apenas consegue determinar que a escrita pode ser gradativamente substituída pela não escrita, de modo que, ao estabelecer nova jurisprudência sobre a Constituição, o Judiciário produza um novo conteúdo por meio de nova interpretação. Do mesmo modo, pode-se dizer que o denominado “bloco de constitucionalidade”, por exemplo, embora majoritariamente escrito, também complementa o conteúdo original da Lei Maior e, às vezes, sobreponha-se a ele.

Nesse sentido, a noção de regra última de reconhecimento hartiana representa uma ruptura com a visão de Carta Constitucional autolegitimadora, pelo menos do ponto de vista moral, pois cada indivíduo tem a prerrogativa de questionar se o sistema dessa regra é moralmente legítimo e, portanto, se ele deve ou não ser seguido. No sentido moral, ao menos,⁹ a regra última não se legitima em si mesma, já que sua mera existência não cria para o sujeito vinculado a ela a obrigação de segui-la, uma vez que deve haver, por parte dele, uma avaliação a partir do ponto de vista externo ao participante daquele ordenamento, ou seja, usando os princípios extrajurídicos de moralidade política (SHAPIRO, 2011, p. 91).

Dando uma solução positivista para a questão, Hart acredita que a existência de uma autoridade jurídica não depende da legitimidade moral advinda dos atos daqueles que têm o poder, estando, no entanto, baseada na sua condição de norma produzida por um sistema que tem autoridade jurídica para tanto. Porém, os agentes públicos devem estar motivados por um comprometimento com um padrão geral de comportamento que julgam adequado, fazendo com que, a partir do ponto de vista interno, uma prática social se transforme em uma regra social.

Não existe a necessidade de regras terciárias que justifiquem as secundárias, já que essas estão presentes devido a sua aceitação e prática pelos membros do grupo, embora sejam os agentes públicos que as reconhecem como tal. Percebe-se, portanto, por parte de Hart, uma tentativa de desmistificação, no momento em que ele equipara regras sociais a práticas sociais e afirma que uma

⁹ Do ponto de vista jurídico, a regra última de reconhecimento é legitimada por si só, por meio do conceito de conteúdo independente da justificação, já que os agentes públicos que a legitimam devem obedecê-la devido a sua condição última como definidora do que é o direito (SHAPIRO, 2011, p. 91).

prática reiterada torna-se uma regra. Nas palavras de Scott Shapiro, Hart tenta, desse modo, resolver a questão do eterno retorno entre a produção do direito e a legitimação dessa produção, rompendo a lógica de Hume que afirma a impossibilidade de o ontológico derivar do deontológico (SHAPIRO, 2011, p. 91).

Sendo a regra última de reconhecimento derivada de uma prática social, conclui-se que ela é um juízo descriptivo derivado de um fato descriptivo. Porém, desde que uma regra última de reconhecimento valida regras primárias e essas conferem poderes e impõem deveres, a existência da regra última leva logicamente à existência de regras, deveres e direitos, todos no campo da normatividade. Assim, a teoria hartiana permite a derivação de juízos normativos a partir de juízos puramente descriptivos, já que fatos descriptivos não estão limitados a serem objeto somente de juízos descriptivos, mas também de juízos normativos (SHAPIRO, 2011, p. 98).

Um indivíduo que se machuca com uma farpa, por exemplo, é um fato descriptivo ocorrido no mundo, e faz com que ele aprenda sobre a dor causada pelas farpas, concluindo que elas devem ser evitadas. Surge, a partir daí, uma razão de ordem prática sobre o que não deve ser feito. Para Hart, não se está diante de dois fatos do mundo (a descrição de que a farpa causa dor e a norma que estabelece que a farpa deve ser evitada), havendo na verdade apenas um, que pode ser encarado de forma teórica (uma descrição do fato) ou de forma prática (um compromisso em considerar a descrição do fato quanto ao que deve ser feito). Não existem, nesse caso, fatos normativos, mas dois aspectos de um mesmo fato descriptivo (SHAPIRO, 2011, p. 99).

Já para Stefan Sciaraffa, na teoria hartiana as normas secundárias não podem ser entendidas como simples normas positivadas ou normas assumidas e hipotéticas, sendo, em contrapartida, normas costumeiras constitutivas. Isso porque, partindo-se da distinção entre regras sociais e normas, aquelas entendidas como práticas reiteradas e essas como normas positivadas, Hart conclui que as regras secundárias de qualquer sistema jurídico são normas costumeiras e, portanto, só existem na medida em que são praticadas, ao passo que as primárias são normas jurídicas reconhecidas pelas normas secundárias (SCIARAFFA, 2011, p. 609).

Nesse sentido, Hart representa um avanço, inclusive para sistemas normativos distantes do *common law*. Sua noção da regra última de reconhecimento traz a ideia não de um aspecto do direito não regulado pelo direito positivado, mas derivado de práticas sociais fora do ordenamento. A noção de autoridade é uma dessas regras, vinculando-se com a legitimidade perante a coletividade.

3 O COMMON LAW E O CONSTITUCIONALISMO EM JOSEPH RAZ

Apesar de a teoria hartiana ter um papel destacado na desmistificação do direito, tendo influência, nesse sentido, em diversos sistemas jurídicos ao redor do mundo, não é possível descontextualizá-la e não considerá-la como parte de uma longa tradição do *common law*. A desmistificação se inicia com a teoria política de Thomas Hobbes, que, ao conceber as leis naturais como elementos que regem uma natureza humana antissocial, faz com que, na associação ao soberano, o indivíduo seja desrido de qualquer direito natural inherente (HOBBES, 2003).

Em um viés também contratualista, mas mais próximo da visão de direito natural diferente da apresentada por Hobbes, John Locke vê na liberdade um direito inherente ao homem, sendo igual e restrita e na qual todos têm direito na mesma medida, mas não às mesmas coisas. Apesar do poder estatal ser limitado pelos direitos naturais, o que acaba por determinar sua divisão de modo que seja possível controlá-lo, o indivíduo tem a faculdade de continuar vinculado ao soberano ou simplesmente se revoltar contra ele em caso de desrespeito dos seus anseios, elaborando-se um padrão de autonomia moral nunca antes visto (LOCKE, 2005).

Fortemente influenciado por Locke, David Hume relaciona o empirismo com a filosofia prática, usando a ciência como elemento contra a metafísica, de modo que qualquer declaração precisa de uma verificação capaz de confirmá-la. A partir daí Hume funda o positivismo lógico, cujas premissas associadas à lógica matemática, pautadas pela busca da veracidade ou falsidade dos objetos estudados, influenciarão o positivismo jurídico dentro do *common law* e criará pontos em comum desse com a linguística, a lógica e a filosofia analítica (HUME, 2000).

Por fim, Jeremy Bentham, por sua vez fortemente influenciado não só por Hume, mas também por Hobbes, dá continuidade a esse processo desmistificado, trazendo suas ideias para o âmbito jurídico e influenciando a própria dinâmica interna do direito anglo-saxão (BENTHAM, 1843). Não é à toa que Hart se coloca como continuador da obra benthamista no sentido não só de separação entre direito e moral, mas de rompimento com uma visão metafísica, e por consequência autoritária, do sistema (HART, 1982).

Todavia, mesmo na tradição do sistema de *common law* pode haver uma perpetuação ou retorno da figura do mito. Bruce Ackerman acredita que o processo criador posterior à Constituição norte-americana de 1787 produziu uma visão, combatida por ele, segundo a qual a Carta deve ser interpretada de acordo com a visão original (daí o termo originalista) do período em que foi produzida. Essa teoria se baseia na noção de que o próprio ato fundacional legitima toda a autoridade advinda do texto constitucional e que essa autoridade só pode ser invocada pela remissão às vontades envolvidas em seu ato criador (ACKERMAN, 1993, p. 11).

Esse autor norte-americano compartilha um entendimento no sentido de que a Revolução Americana, como qualquer outra, pretendeu promover uma ruptura e instalar um regime novo que não remetesse ao passado. Nesse sentido, Ackerman denomina, e ataca, o chamado “fundacionismo dos direitos fundamentais” (*rights foundationalism*), entendido como movimento defensor de direitos fundamentais – que no caso norte-americano remetem à fundação –, prioritários sobre a tomada de decisões no *judicial review* e, em último caso, obstáculos à mudança da interpretação constitucional (ACKERMAN, 1993, p. 6-16).

A posição doutrinária aqui apresentada, todavia, discorda da concepção ortodoxa defensora da ausência de ligação com o passado ou submissão total a ele, entendendo que o titular do poder constituinte, o povo, pode mobilizar-se genuinamente em favor de uma ruptura parcial e gradual com o texto, sendo essa mudança possível e legítima. Isso porque, na presente visão, o exercício do poder constituinte originário, não gozando dos predicados “teológicos” que a doutrina tradicional lhe atribui (ilimitado, incondicionado, indivisível), somente pode se legitimar individualmente pela prática, seja pela ação do tribunal constitucional ou de tribunais inferiores, julgando matéria constitucional.

Com esse intuito, acredita-se que, embora a existência de um consenso político fortemente enraizado em certas sociedades torne facultativo um controle de constitucionalidade em sentido forte, o modelo de Carta escrita pode ser uma fonte de estabilização, sendo constantemente fortalecida por esse senso de identidade comum associado com a aplicação de práticas políticas fundadas na participação democrática. Todavia, embora haja um aspecto eminentemente político inerente à jurisdição constitucional, sua natureza não deixa de ser normativa, tendo, portanto, autonomia diante do processo político e da vontade da maioria da sociedade em questão, podendo ser deles independente (RAZ, 2009, p. 326-327).

Essa autonomia será cristalizada em práticas que são seguidas por meio de decisões que desenvolvem o direito constitucional, formando uma tradição baseada em considerações feitas anteriormente pela corte e que, a partir da sua validação, lastrearão as práticas que as seguem, mas não inviabilizarão seu desenvolvimento. Ademais, considerações como preocupação com a eficiência governamental, com a dignidade pessoal ou com a autonomia regional também são fatores a serem levados em consideração, formando uma legitimação baseada na tradição constituída por um conjunto de práticas efetivadas pela avaliação individual à atuação constitucional.

Para tanto, reafirma-se aqui a visão segundo a qual a validade e a vinculatividade pessoal em um sistema jurídico possuidor de Constituição advêm do cumprimento das exigências

previamente estabelecidas pela positivação daquela norma específica e não do vínculo com a moralidade da sociedade ou com práticas reiteradas¹⁰. A moral pode servir de guia para a interpretação vindoura, produzindo modificações institucionais que gradualmente pautarão a forma como se entende e aplica o direito, norteando, inclusive, a substituição de interpretações antigas por outras mais novas e conectadas com a moralidade (RAZ, 2009, p. 329).

Assim, a autoridade é institucionalmente transmitida, pois a legalidade da norma provém da autoridade concedida ao seu criador para produzi-la. Apesar de isso parecer uma defesa do originalismo, não o é, pois não há sentido em defender qualquer visão ortodoxa do tema, afirmando que a autoridade de uma Constituição pós-ruptura institucional não advém dos seus criadores, já que eles não possuem autoridade jurídica anterior para tanto. Ela é produto da autoridade moral dos mesmos, obtida por um processo de legitimação junto à sociedade até aquele momento, mas que gradativamente vai ganhando autonomia na sua própria legitimidade, em um sentido de aprovação individual da autoridade reivindicada.

Desmonta-se, a partir daí, uma falsa aparência de que a norma constitucional tem autonomia total, já que sua autoridade deriva de si mesma e que, diante da justificação independente do conteúdo,¹¹ não há necessidade de qualquer conexão com a moralidade. Raz relembra que a Constituição, como qualquer norma, reivindica autoridade moral, e somente a partir da sua legitimação perante cada componente da sociedade é que se faz possível a produção de uma vinculação indispensável para a efetividade da norma. Assim, toda a cadeia de transmissão de autoridade, por ser essa ligada à eficácia e não à validade, depende, em grande parte, da justificação moral das normas constitucionais, que, estando no topo da hierarquia jurídica, têm sua legitimidade posteriormente transmitida para tudo aquilo que se encontra na condição infraconstitucional (RAZ, 2009, p. 331).

A interpretação jurídica abrange tanto a identificação do direito existente quanto seu desenvolvimento e modificação (RAZ, 2009, p. 235). O fato de a interpretação ter um papel a desempenhar nas duas atividades (identificação e produção) ajuda a explicar por que existe uma complementaridade entre ambas dentro do raciocínio jurídico aplicado a decisões judiciais. Os

¹⁰ Nesse sentido Raz se diferencia fortemente de autores que defendem uma obrigação moral de obedecer ao direito e uma consequente necessidade de legitimação coletiva baseada no procedimento ou na moralidade política da comunidade (DWORKIN, 1986). Para ele, o processo de legitimação é majoritariamente individual, ou seja, compreendido na relação cidadão e autoridade, muito embora ele reconheça a importância dos princípios morais que pautam cada sociedade e do valor dado por algumas delas a procedimentos democráticos (RAZ, 2009).

¹¹ Característica inerente à maior parte das normas jurídicas que faz com que elas se justifiquem pela condição de normas positivas e não pelo conteúdo moral que apresentam (HART, 1982, p. 243-268). Isso faz com que, por exemplo, a validade de uma lei independa dos debates legislativos que lhe deram origem.

juízes, quando se envolvem nesse raciocínio, não se atêm unicamente a temas jurídicos para, em seguida, estabelecer o que é o direito e determinar o quanto longe ele pode levá-los.

Muito menos, prosseguem para uma segunda fase separada do raciocínio jurídico na qual são obrigados a considerar temas extrajurídicos, no intuito de concluir seu trabalho. Eles, na verdade, lidam com uma tarefa que compreende não apenas a “enunciação” da norma, mas também a sua criação. Por esse motivo, muito do raciocínio do juiz no caso concreto é interpretativo e atravessa a suposta divisão entre identificação e produção do direito, dentro do raciocínio jurídico.

Uma teoria do direito é, portanto, e entre outras coisas, uma teoria das condições, se existentes, sobre as quais o direito é moralmente legitimado, e das consequências que seguem de se presumir que ele é moralmente legitimado. Caso a Constituição seja uma carta maior originária (advinda da ruptura com a normatividade anterior) sua legitimidade não poderia, então, provir de qualquer outra norma, devendo ser fruto dos argumentos morais que ela mesma apresentaria.

Apesar de ser a autoridade moral de um criador que permite a produção de uma Constituição, não é ela que vai se perpetuar no tempo e garantir sua legitimidade cem anos depois. Isso porque a autoridade do autor original depende da contínua renovação jurídica por meio da legitimização de uma série de conceitos que têm seu significado variado no tempo e no espaço, já que os produtores dessas normas não podem mantê-las perfeitamente adequadas à moralidade da sociedade, pois a mesma está sempre se alterando (RAZ, 2009, p. 341).

Ademais, apesar de concordar com a existência de autoridade moral emanada do valor simbólico, afirma-se aqui que ela pode estar tanto vinculada a pessoas específicas quanto a instituições. Segundo esse raciocínio, a coroa da Grã-Bretanha ou um tribunal britânico podem se legitimar por seu valor simbólico ou pela tradição a eles associada, de modo que a autoridade moral daí advinda se estenda a todas as normas emanadas. Isso, porém, não ocorre infinitamente, sendo necessário um processo de reiteradas reivindicações de autoridade e legitimações das mesmas ao longo do tempo, dando-se por meio da produção de normas (ou decisões) adequadas a moralidades políticas específicas (RAZ, 2009, p. 343).

De certa forma as Constituições se validam pela sua própria condição hierárquica regente do ordenamento, e protegem uma série de valores positivados em seu corpo. Nesse sentido a moralidade traça as fronteiras que definem até que ponto pode haver uma legitimação ou deslegitimação. Já os princípios são parcialmente determinados pela moral, e regem desde a forma de governo adotada até o conteúdo de direitos individuais definidos na Constituição, de modo que o direito resultante da sua prática reivindique autoridade moral para todo o corpo constitucional e o transmita para o ordenamento.

Esse poder de autolegitimação, todavia, interfere em aspectos constitucionais importantes, pois a Carta é criada não só para positivar valores incomensuráveis específicos, mas também para fornecer as noções de estabilidade e continuidade por meio de sua prática. Isso ocorre porque ela produz uma estrutura institucional que permite ao debate político se desenvolver com direção e intensidade, fazendo com que amplo conhecimento do documento seja necessário (não só do texto, mas do seu significado) e incentivando a continuidade e estabilidade, mesmo diante da inerente mudança de valores no tempo.

A estabilidade e a determinação parcial de princípios constitucionais pela moralidade política se combinam para estabelecer o aspecto autolegitimador das práticas e tradições constitucionais, tendo sempre em consideração que ambas são sujeitas a uma adequação ao que é tido como moralmente aceitável naquela sociedade em questão. Nesse sentido, o desejo por estabilidade da Constituição não determina que ela seja legítima, mas fornece os mecanismos para uma gradual estabilização na medida em que seus praticantes a veem como o reflexo da moralidade na qual eles estão inseridos.

A interpretação, nesse âmbito, tem papel fundamental, uma vez que as práticas jurídicas e até mesmos os valores morais de cada sociedade estão em constante mutação, sendo imprescindível a existência de mecanismos de identificação e releitura constante daquilo que já foi produzido, de modo a estabelecer uma relação de continuidade entre o antigo e o moderno. Somente o processo hermenêutico pode produzir tal resultado, já que não se descobre uma verdade ainda não revelada, mas se produzem meios de tornar a transição de pensamento naquele contexto algo fluido e contínuo, de modo a garantir simultaneamente segurança jurídica e capacidade de constante inovação e renovação.

Por fim, Raz afirma que o papel dos fundadores da Constituição é considerável, já que eles servem como marco simbólico do início de valores que pretendem ser mantidos. Porém, tal função torna-se secundária com o progressivo desenvolvimento do conteúdo ali produzido, sendo mais importante o sentido de continuidade e adaptação do que a preservação a qualquer custo. Ao transmitir sua autoridade moral para a Carta, eles dão o pontapé inicial de um longo processo, que terá na interpretação o mecanismo central de mudanças e que realizará pequenas revoluções graduais na proporção que seus intérpretes institucionais, e também a moralidade política da comunidade, determinem a variação que o entendimento do documento tenha em relação ao valor que a população lhe dá.

4 CONCLUSÕES

Ao longo deste artigo pretendeu-se demonstrar que a noção tradicional de Constituição fundada em um poder constituinte originário ainda hoje permeia o entendimento de transmissão de autoridade no âmbito jurídico, tendo papel destacado tanto para a doutrina constitucional quanto para a prática do controle de constitucionalidade brasileiros. Contudo, esses fatos não são aleatórios, havendo uma longa tradição na qual aspectos metafísicos se mesclam com o entendimento da fundação do ordenamento e na sua manutenção como pedra basilar do sistema. O resultado pode ser visto em uma Carta Constitucional com alguns pontos dotados de pretensão de perpetuidade (cláusulas pétreas) e sem saída institucional para sua reforma (MENDES, 2008, p. 185).

Longe de pleitear um rompimento total com aspectos metafísicos embrincados na sociedade e na tradição que faz com que ela seja o que é, pretende-se demonstrar a importância do debate por um entendimento do direito como ferramenta garantidora da noção de autonomia moral, bem como o papel do grupo social no processo contínuo e ininterrupto de legitimação da autoridade moral daqueles que buscam ser obedecidos. Nesse sentido, a visão teológica e mistificadora acaba por se fazer presente em todos os sistemas jurídicos, mas se materializa de forma mais contundente naqueles que seguem o modelo clássico de Constituição escrita, devendo essa questão ser, portanto, analisada e questionada ao máximo, exatamente para torná-la menos hermética e parcial.

Desse modo, os trabalhos de Hans Kelsen e Herbert Hart, bem como a continuação e contestação de ambos por Ronald Dworkin e Joseph Raz, trazem uma opção adequada para uma sociedade moderna que quer ao mesmo tempo garantir uma ordem constitucional condizente com seus valores e desfrutar da estabilidade auferida pela contínua construção de uma Lei Maior ao longo do tempo. Ademais, um poder constituinte que busque ser tido como legítimo deve se manifestar democraticamente e instituir um regime político condizente com as conquistas jurídicas obtidas pela racionalização e desmistificação do direito.

Segundo esse raciocínio, a visão sobre a titularidade abstrata do poder constituinte deve ceder lugar ao exame de sua manifestação concreta, sendo que a obediência desmedida à noção de decisão constituinte não pode mais servir de barreira para a discussão ampla, pautada pela participação popular não só no momento da criação, mas também na interpretação da Constituição (SOUZA NETO; SARMENTO, 2013, p. 278). Esse processo nada mais é do que a luta por materializá-la da maneira que mais se adeque a um contexto político-social¹².

¹² Nesse contexto, o papel de cada poder como autoridade legitimada vai depender do desenho institucional que remeta especificamente aos anseios de cada comunidade política. Se no contexto X, a comunidade deseja maior atuação do

Para tanto, a adoção da ideia de uma (ou mais) regra última de reconhecimento, trazida ao ordenamento por um tribunal supremo, mas criada fora do sistema pela ação contínua dos agentes públicos, mostra-se extremamente proveitosa. Ela, baseada na sua legitimidade, determina o pertencimento de uma norma no sistema e cria um dever de obediência por parte das instituições estatais e dos agentes públicos que estão, a partir daquele momento, vinculados.

Ao mesmo tempo, porém, ela gera autonomia moral aos indivíduos que podem optar por desobedecê-la¹³, pois o vínculo existente entre o indivíduo e a sua coletividade é um dos elementos responsáveis por manter a contínua legitimação inerente aos estados modernos, nos quais a autoridade, em regra, não pode se justificar em si mesma. Assim, a figura da autoridade extrajurídica se manifesta novamente, podendo seu componente sociológico ser considerado uma das regras que vão definir o pertencimento ao sistema jurídico.

Resta destacar, todavia, que o reconhecimento nesse caso é autoritativo e não, como se entende em uma leitura rápida, autoritário, pois ele se baseia na justificação racional¹⁴ associada ao aumento ou diminuição da legitimidade individual refletida no contexto político geral da comunidade específica, fazendo com que sua aceitação esteja vinculada ao reconhecimento dos argumentos apresentados em cada caso em que vier a decidir. Não existe, desse modo, nenhuma imposição de autoridade ou cerceamento da autonomia moral, muito embora toda decisão tenha suas consequências, tanto no plano institucional quanto no pessoal.

Nesse sentido, ressalta-se a importância e a responsabilidade dos tribunais constitucionais para a autoridade não apenas de suas decisões, mas também da própria Constituição, uma vez que diante da possibilidade de legitimação pela prática constitucional,¹⁵ ou seja, pela produção de interpretações da Carta que gera alterações na própria dinâmica do ordenamento e tem poder hierárquico sobre as demais normas, tem-se uma instituição com poder quase que absoluto. O único

Legislativo, essa será a força política preponderante, como defende Mendes. Já se a comunidade Y entender o controle de constitucionalidade feito por tribunais como parte fundamental de sua cultura política, esses terão a palavra final nesse modelo, pois a Carta passa a ter um fórum principiológico, como acredita Dworkin.

¹³ A desobediência em Raz baseia-se na inexistência de uma obrigação moral em obedecer ao direito, o que permite a qualquer cidadão optar por seguir suas próprias razões para ação em vez de se submeter às da autoridade. Os juízes, porém, têm obrigações de natureza jurídica-institucional inerentes aos seus cargos, e é o ordenamento que lhes concede discricionariedade para cada tipo de decisão a ser tomada (RAZ, 1979).

¹⁴ Embora a noção de racionalidade possa ser contestada e relativizada, o intuito é focar na razão prática, ou seja, na análise das razões para a ação. Essa metodologia, típica da filosofia analítica, não é incompatível com outras vertentes que partem de razões para crença, ligadas à racionalidade epistemológica, ou que neguem a existência de qualquer tipo de racionalidade empiricamente defensável.

¹⁵ A capacidade de legitimação de uma autoridade não está no seu poder de criar normas válidas, mas na aceitação de sua reivindicação de autoridade feita, a partir dessas normas, pelos indivíduos da comunidade política na qual ela se encontra, que nada mais fazem do que dar eficiência à sua condição de autoridade. O artigo 102 da Constituição Federal garante ao STF a capacidade de criar direito, nos termos da própria CF, mas a aceitação dessas normas vai depender de fatores sociológicos, políticos e morais.

elemento que pode cerceá-lo é a incapacidade de ter sua legitimidade reconhecida pela coletividade da qual reivindica autoridade, produzindo, nesse caso, um imenso choque entre validade e eficácia, que tende a corroer todas as instituições.

REFERÊNCIAS

ACKERMAN, Bruce. *We the People*, Volume 1: Foundations, Cambridge, MA: Harvard University Press, 1993.

AGAMBEN, Giorgio. *Estado de Exceção*. Trad. Iraci D. Poleti, São Paulo: Boitempo, 2004.

ALVES, José Carlos Moreira. *Direito Romano*. 14. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

BANCHOFF, Otto. *Normas constitucionais inconstitucionais*. Trad. José Manuel M. Cardoso da Costa. Coimbra: Almedina, 1994.

BENTHAM, Jeremy. *The Works of Jeremy Bentham*, vol.6. Edinburgh: William Tait, 1843.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ação Direta de Inconstitucionalidade 815/DF*. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br/> no site>. Acesso em: 28 jun. 2014.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Ação Direta de Inconstitucionalidade 4219/SP*. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br/> no site>. Acesso em: 28 jun. 2014.

BENEVENISTE, Émile. *Le vocabulaire des institutions indo-européenes*. Tomo 2: pouvoir, droit, religion. Paris: Les Éditions de Minuit, 1969.

CAENEDEM, R. C. Van. *Juízes, Legisladores e Professores*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010.

CORREAS, Óscar. El outro Kelsen. *El otro Kelsen*. In: CORREAS, Óscar (Org.). México: Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, p. 27-55. 1989.

CROFT, Pauline. *King James*. Basingstoke & New York: Palgrave Macmillan, 2003.

DWORKIN, Ronald. *Law's Empire*. Cambridge, MA: Harvard University Press, 1986.

GARDNER, John. Can there be a Written Constitution? *Oxford Studies in Philosophy of Law*. Vol. 1. Oxford: Oxford University Press, p. 162-194, 2011.

GROSSI, Paolo. *Mitologias Jurídicas da Modernidade*. Trad. Arno Dal Ri Júnior. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2004.

HART, Herbert. *Essays on Bentham*. Oxford: Oxford University Press. 1982.

_____. *The concept of law*. 2 ed. Oxford: Oxford University Press, 1994.

HIMMA, Kenneth. Understanding the relationship between the U.S. Constitution and the conventional Rule of Recognition. ADLER, M.; HIMMA, K. E. (Org.). *The Rule of Recognition and the U.S. Constitution*. Oxford: Oxford University Press, p. 95-121, 2009.

HOBBS, Thomas. *Leviatã*. Trad. Claudia Berliner. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

HUME, David. *Tratado da natureza humana*. Trad. Débora Danowiski. São Paulo: Unesp, 2000.

KELSEN, Hans. *Autobiografia de Hans Kelsen*. Trad. Gabriel Nogueira Dias. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2011.

_____. *Teoria Pura do Direito*. 6. ed. Trad. João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

KRIELE, Martin. *Introdução à Teoria do Estado*: Os fundamentos históricos da legitimidade do Estado Constitucional Democrático. Trad. Urbano Carvelli. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 2009.

LINDAHL, Hans. El Pueblo Soberano: El Régimen Simbólico del Poder Político en la democracia. *Revista de estudos políticos*, n. 94, p. 47-72, México, 1996.

LOCKE, John. *Dois tratados sobre o governo*. Trad. Júlio Fischer. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

MACEDO JÚNIOR, Ronaldo Porto. *Carl Schmitt e a fundamentação do direito*. São Paulo: Saraiva, 2011.

MATOS, Andityas Soares de Moura Costa. A Norma Fundamental de Hans Kelsen como postulado científico. *Revista da Faculdade de Direito da UFMG*, Belo Horizonte, n. 58, p. 41-84, jan./jun, 2011a.

_____. *Contra o Absoluto – Perspectivas Críticas, Políticas e Filosóficas da Obra de Hans Kelsen*. Curitiba: Juruá, 2011b.

MENDES, Conrado Hubner. *Controle de Constitucionalidade e Democracia*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008.

RAZ, Joseph. *Between authority and interpretation*. Oxford: Oxford University Press, 2009.

_____. *The authority of Law: essays on law and morality*. Oxford: Oxford University Press, 1979. SALDANHA, Nelson. Teología e política: Liberalismo e conservadorismo no pensamento constitucional moderno. *Constitución y constitucionalismo hoy: Cincuentenario de Derecho Constitucional Comparado de Manuel García-Pelayo*. Caracas: Fundación Manuel García-Pelayo, p. 671-683, 2001.

SCANLON, Larry. *Narrative, Authority, and Power*: The medieval exemplum and the Chaucerian tradition. Cambridge: Cambridge University Press, 1994.

SCIARAFFA, Stefan. The Ineliminability of Hartian Social Rules. *Oxford Journal of Legal Studies*, vol. 31, n. 3. p. 603–623, 2011.

SHAPIRO, Scott. *Legality*. Cambridge, MA/London: Belknap Press, 2011.

SOUZA NETO, Claudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. *Direito Constitucional – Teoria, História e Métodos de Trabalho*. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

THE CONSTITUTIONAL AUTHORITY, INTERPRETATION AND THE FUNCTION OF THE CONSTITUTIONAL COURT: AN OTHER APPROACH

ABSTRACT: The article deals with the notion of authority in civil law systems, especially the Brazilian one, highlighting the inter-relationship between the notion of legitimacy and the claims of authority, arising out of constitutional courts' decisions. As a counterpoint to this reality, we present the concept of authority in the common law systems, which differs from the former in its view of the idea of authority, especially considering his constructivist aspects, and the role of the use of mythical facets in power's legitimization. In this sense, the article points to the Roman concepts of auctoritas and potestas as key influences in modern use of authority, defending that the appearance and the transmission model of authority have been modified in a long way until transplanted on the current pyramidal normative system governed by a Constitution. Then, we focus on the process of overcoming the model of authority transmission based on the constituent power, showing that its classical aspects are metaphysical, a task that has not yet been fulfilled in Brazil. Finally, we take Joseph Raz's work, highlighting the influence of his idea of legitimization by praxis (legitimation founded by the individual choice and based on practices of whom tries to legitimate him or herself) as the most appropriate way to produce the acceptance of authority claimed in a political, legal system.

KEYWORDS: Authority. Law. State. Raz.

Recebido: 19 de dezembro de 2014

Aprovado: 23 de abril de 2015