

UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO
FACULDADE DE FILOSOFIA, LETRAS E CIÊNCIAS HUMANAS
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM CIÊNCIA POLÍTICA

LEONARDO NOCHANG HECK

Poder constituinte, legalidade e democracia

Versão original

São Paulo

2023

LEONARDO NOCHANG HECK

Poder constituinte, legalidade e democracia

Versão original

Dissertação de Mestrado apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Ciência Política da Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas da Universidade de São Paulo, como parte dos requisitos para a obtenção do título de Mestre em Ciência Política

Orientador: Prof. Dr. Cicero Romão Resende de Araujo

São Paulo

2023

Autorizo a reprodução e divulgação total ou parcial deste trabalho, por qualquer meio convencional ou eletrônico, para fins de estudo e pesquisa, desde que citada a fonte.

Catálogo na Publicação
Serviço de Biblioteca e Documentação
Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas da Universidade de São Paulo

H448p Heck, Leonardo Nochang
Poder constituinte, legalidade e democracia /
Leonardo Nochang Heck; orientador Cicero Romão
Resende de Araujo - São Paulo, 2023.
152 f.

Dissertação (Mestrado)- Faculdade de Filosofia,
Letras e Ciências Humanas da Universidade de São
Paulo. Departamento de Ciência Política.

1. poder constituinte. 2. estado de direito. 3.
democracia. I. Araujo, Cicero Romão Resende de,
orient. II. Título.

RESUMO

HECK, Leonardo N. **Poder constituinte, legalidade e democracia**. Dissertação (Mestrado). Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas, Universidade de São Paulo, 2023.

Esta dissertação analisa a pertinência do conceito de poder constituinte para compreender os fundamentos de legitimidade de ordens políticas que assumem a forma de estados constitucionais. Ela analisa, primeiro, teorias convencionais do poder constituinte – que o concebem como fundamento normativo de constituições positivas, i.e., como origem de sua pretensão de legitimidade – à luz de críticas direcionadas a ele, segundo as quais esse conceito, de um lado, reduziria a legitimidade de uma constituição a uma questão factual (a capacidade de impor uma ordem positiva) e, de outro, criaria incoerências que impossibilitariam a construção de uma teoria normativa. Após estabelecer que essas teorias convencionais são inadequadas, a dissertação analisa três interpretações alternativas: a absorção jurídica do poder constituinte, que busca compreender a criação constitucional sem recurso a esse conceito; o poder constituinte como mera abstração normativa destinada a legitimar uma constituição retrospectivamente; e o poder constituinte como associado a uma forma específica de ação política: a proposta de reconstituição de uma ordem política. As duas primeiras alternativas são descartadas por sua dificuldade para lidar com processos constituintes presentes e futuros e a consequente incapacidade de fornecer prescrições relevantes em momentos constituintes. Argumenta-se que a terceira interpretação fornece subsídios para compreender o papel do conceito de poder constituinte em uma teoria sobre a legitimidade de ordens políticas. Essa interpretação é desenvolvida na parte final do trabalho, em que se busca conectar mobilizações políticas em favor da substituição constitucional – como processos geram poder político por meio da interação entre integrantes de uma comunidade orientados pela busca por um entendimento comum sobre sua ação – e a institucionalização das demandas sociais e políticas correspondentes na forma de uma lei positiva. Argumenta-se que o poder constituinte é mais bem compreendido como uma forma jurídica à qual se recorre para institucionalizar essas demandas. Concebido dessa maneira, ele evita os problemas identificados nas teorias convencionais, mas assume um espaço mais discreto, na medida em que sua relevância consiste em auxiliar a formulação de certas demandas e explicitar a estrutura escalonada do estado constitucional e as exigências de legitimação envolvidas na criação de leis fundamentais.

Palavras-chave: poder constituinte; criação constitucional; legitimidade; poder político; estado democrático de direito.

ABSTRACT

HECK, Leonardo N. **Constituent power, legality, and democracy**. Dissertação (Mestrado). Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas, Universidade de São Paulo, 2023.

This master's thesis analyzes the relevance of the concept of constituent power for understanding the foundations of legitimacy of political orders structured as constitutional states. It first analyzes conventional theories of constituent power – which conceive of it as the normative foundation of positive constitutions, i.e., as the origin of their claim to legitimacy – in the light of criticisms directed at it, according to which this concept reduces the legitimacy of a constitution to a factual question (the ability to impose a positive order), on the one hand, and creates inconsistencies that make it impossible to construct a normative theory, on the other. After establishing the inadequacy of conventional theories, the thesis analyses three alternative interpretations: the juridical absorption of constituent power, which seeks to understand constitution-making without this concept; constituent power as a mere normative abstraction aimed at retrospectively legitimizing a constitution; and constituent power as associated with a specific form of political action: the proposal to reconstitute a political order. The first two alternatives are discarded because of their difficulty in dealing with present and future constituent processes and the consequent inability to provide relevant prescriptions for constituent moments. I argue that the third interpretation provides grounds for understanding the role of the concept of constituent power in a theory of the legitimacy of political orders. This argument is developed in the final part of the thesis, which seeks to connect political mobilizations in favor of constitutional replacement – as processes that generate political power through interaction between members of a political community oriented by the search for a common understanding on their action – and the institutionalization of the corresponding social and political demands through positive law. I argue that constituent power is best understood as a legal form that is used to institutionalize these demands. This conception avoids the problems of conventional theories, but accords constituent power a less prominent function, insofar as its relevance consists in assisting the formulation of certain demands and making explicit both the tiered structure of constitutional states and the legitimation burdens involved in the creation of fundamental laws.

Keywords: constituent power; constitution-making; legitimacy; political power; rule of law.

AGRADECIMENTOS

A pesquisa que deu origem a este trabalho foi concebida e, em grande medida, executada durante um período em que tivemos de nos afastar fisicamente – mas com consequências que foram e vão muito além disso – de grande parte das pessoas com quem convivíamos até então. Foi um período difícil e que teve bastante impacto sobre este projeto. Mas ele não impediu que diversas pessoas contribuíssem, de maneiras variadas, para o processo que resulta nesta dissertação.

Em primeiro lugar, agradeço a pessoas que leram partes diversas do trabalho em momentos diferentes de seu desenvolvimento e contribuíram com comentários, ideias e críticas: Meliza Marinelli Franco, Bernardo Assef Pacola, Luiz Felipe Roque e Marina Shessarenko F. Barreto. Também e, especialmente, a Matheus Ribeiro Ferreira, com quem venho discutindo muitos dos problemas subjacentes aos meus argumentos (e muitas coisas mais) desde o já algo longínquo semestre de inverno de 2018/19.

Agradeço às e aos colegas do grupo *constituição, política & instituições*, da Faculdade de Direito da USP, com quem tive a oportunidade de discutir algumas das ideias defendidas nesta dissertação em diversos momentos ao longo dos últimos dois anos e meio. Em especial, engajaram-se com minhas ideias e me ajudaram a repensar algumas delas, além de Bernardo e Meliza, mencionados acima: Ana Laura P. Barbosa, Artur Pericles L. Monteiro, Camilla Borges M. Gomes, Juliana Fonseca Pontes, Julia Wand-Del-Rey Cani, Luiz Fernando G. Esteves, Livia Gil Guimarães, Octavio Azevedo, Pedro Marques Neto e Sergio Paranhos Kezen. Também aos professores Conrado Hübner Mendes e Virgílio Afonso da Silva, coordenadores do grupo, que, além de contribuírem para os debates, abriram as portas para minha participação no grupo mesmo sem um vínculo formal com a Faculdade de Direito.

Agradeço à Prof.^a Eunice Ostrensky e ao Prof. Virgílio Afonso da Silva, que compuseram minha banca de qualificação e, naquele momento, ofereceram sugestões importantes para organizar minha pesquisa, que estão refletidas em diversos pontos da dissertação apresentada na sequência, bem como em sua estrutura geral.

Ao meu orientador, o Prof. Cicero Araujo, sempre muito aberto e compreensivo, e com quem tive discussões instigantes sobre diversas ideias apresentadas neste trabalho e que, provavelmente, me acompanharão ainda nos próximos anos. Foi nessas interações que percebi, pela primeira vez, a dimensão da dificuldade de produzir algo que tenha sentido para e seja capaz de criar diálogo proveitoso com pesquisadores e pesquisadoras tanto da teoria política (e,

talvez, da ciência política) quanto do direito. Esta dissertação é, provavelmente, apenas o início de minha tentativa de fazê-lo.

Ao Prof. Jan-Reinard Sieckmann, que me recebeu na Universidade de Erlangen-Nürnberg no semestre de verão de 2023 de maneira muito cordial e que, em certo sentido, me incentivou a retornar mais diretamente às questões jurídicas implicadas em meu trabalho. Também à sua assistente, Dr.^a Grace Lee, muito atenciosa e prestativa desde meus primeiros dias em Erlangen. Às e aos participantes do seminário doutoral do Prof. Sieckmann – especialmente Muhammad Ali Safdar e Dr. Hyungjoon Jun –, pelo debate sobre algumas das principais ideias defendidas nesta dissertação.

Agradeço, ainda, às instituições que financiaram minha pesquisa ao longo dos últimos anos, a CAPES (03/2021 a 02/2023; processo nº 88887.609356/2021-00), no Brasil, e o BayLat (03/2023 a 06/2023), que possibilitou meu estágio de pesquisa na Alemanha.

Agradeço, também, às pessoas que acreditaram em mim ao longo desse processo. Em alguns momentos críticos, foi disso que precisei (e ainda preciso) para clarear as ideias, definir prioridades, retomar o rumo e tomar decisões importantes.

Por fim, e mais importante, um agradecimento mais estritamente pessoal: aos meus pais, Márcia e Luiz, pelo constante apoio e compreensão e porque, em diversos sentidos, o longo caminho que eles percorreram foi o que tornou possível, para mim, estar aqui.

HECK, Leonardo N. **Poder constituinte, legalidade e democracia**. Dissertação (Mestrado).
Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas, Universidade de São Paulo, 2023.

Aprovado em:

Banca examinadora

Prof. Dr. _____

Instituição _____

Julgamento _____

Prof. Dr. _____

Instituição _____

Julgamento _____

Prof. Dr. _____

Instituição _____

Julgamento _____

Sumário

Introdução	11
Capítulo 1. O poder constituinte soberano: origem e legitimação da ordem política	19
1.1. Ernst-Wolfgang Böckenförde: o poder constituinte como conceito limite do direito constitucional	19
1.1.1. O conceito de poder constituinte	20
1.1.2. O povo como sujeito do poder constituinte	24
1.1.3. Povo, política e legitimidade: a crítica de Lars Vinx	29
1.2. Andreas Kalyvas: Poder constituinte e política extraordinária.....	35
1.2.1. Soberania como poder constituinte.....	35
1.2.2. Entre a legitimidade do poder constituinte e a legitimidade da constituição	44
1.3. Conclusão	50
Capítulo 2. Domesticando o poder constituinte? Alternativas às teorias soberanas.....	52
2.1. A absorção jurídica do poder constituinte	53
2.2. Imputação retrospectiva do poder constituinte	59
2.2.1. Poder constituinte como ponto de imputação normativa.....	59
2.2.2. O poder constituinte “reflexivo”	62
2.3. Poder constituinte e ação política.....	68
2.3.1. A busca pela reconstituição da ordem política	68
2.3.2. Propostas constituintes e o poder constituinte	73
Capítulo 3. Da política ao direito: poder político e poder constituinte.....	78
3.1. A constituição do poder político	82
3.1.1. Nota metodológica: A natureza do poder constituinte	82
3.1.2. Pluralidade e poder	87
3.2. Política e direito	96
3.2.1. Poder político e poder constituinte	96
3.2.2. O poder constituinte como poder jurídico	101
3.2.3. Da política ao direito	109
3.3. A Constituição entre passado e futuro.....	118
3.3.1. O exercício legítimo do poder constituinte.....	118

3.3.2. Consenso, desacordo e justificação	128
3.4. Implicações jurídicas	130
3.4.1. Criação constitucional	131
3.4.2. Reforma constitucional.....	134
Conclusão	137
Bibliografia.....	141

Introdução

Processos de criação constitucional e mudanças fundamentais na ordem política costumam ser formuladas e analisadas conceitualmente, ao menos desde a Revolução Francesa, com recurso à ideia de “poder constituinte”.¹ Esse conceito reflete, de um lado, a estrutura do estado constitucional contemporâneo – que distingue entre “ordem política” e disputa política cotidiana² – e, de outro, a compreensão de que a ordem política não é um fato da natureza ou um dado derivado de uma vontade divina, mas um produto de ações e decisões humanas.

Um poder constituinte corresponde, nessa interpretação, a uma capacidade de criar, estruturar ou moldar uma ordem política – a estrutura dentro da qual as disputas políticas cotidianas ocorrem. As ordens políticas contemporâneas são estruturadas por leis positivas e, mais especificamente, por uma constituição. Assim, um poder constituinte corresponde à capacidade para criar e modificar essa constituição. Nesse sentido, pode-se afirmar que o poder constituinte é o “princípio generativo de arranjos constitucionais contemporâneos” (Loughlin, 2003, p. 100) ou, em outras palavras, o fundamento de qualquer constituição.

Além disso, o conceito de poder constituinte parece estar intimamente ligado à ideia de um governo democrático, seja – como sustenta, por exemplo, Andreas Kalyvas (2005, 2018) – pela origem etimológica do termo “constituir”, que, em latim, remete a “instituir em conjunto”, “criar algo coletivamente”, seja em vista das exigências de justificação do poder político em um contexto no qual não mais se reconhecem diferenças de *status* entre as pessoas que integram uma comunidade³ e em que nenhuma delas tem, em princípio, um “direito” a governar as demais. Nesse contexto, reconhecer que a ordem política é criada implica reconhecer que ela deve ser – em algum sentido – criada *pelos* pessoas que estarão sujeitas a ela. Não à toa, mesmo regimes autoritários costumam recorrer a figuras como o “povo” ou a “nação” para justificar suas atividades constituintes.⁴

¹ Alguns autores, como Martin Loughlin (2007), argumentam que esse conceito tem origem mais antiga (neste caso, o argumento é que ele teria surgido no contexto da Guerra Civil Inglesa do século XVII). O termo “poder constituinte”, porém, só foi utilizado em sentido próximo aos que se atribuem a ele hoje às vésperas da Revolução Francesa, por Emmanuel Sieyès (2003). Cf. Rubinelli (2020, p. 1–32).

² O primeiro termo do binômio poderia ser denominado, em inglês, como “polity”. O segundo, enquanto disputa e ação política propriamente, corresponde ao que se denomina “politics” e, enquanto normas e medidas estatais, “policy”. Esses termos são empregados por Couto e Arantes (2006) em tentativa de operacionalizar a distinção para análises empíricas.

³ Ou seja, a todas as pessoas é atribuído um mesmo status, o de “cidadã(o)”. Um caso que, potencialmente, gera complicações para a legitimação democrática do direito é o de pessoas que não são integrantes da comunidade em um sentido estrito, mas que vivem sujeitas às suas leis, i.e., pessoas que, embora sejam “sujeitos de direitos” e tenham suas liberdades privadas reconhecidas, não têm direito a participar do processo de tomada de decisão política: não são propriamente cidadãs.

⁴ O preâmbulo do Ato Institucional de 9 de abril de 1964, posteriormente conhecido como Ato Institucional (AI) nº 1, é um exemplo claro. Outros casos são os de alguns países do antigo bloco soviético após seu colapso (Belarus,

O tema do poder constituinte pode parecer alheio a ordens constitucionais estabelecidas. Afinal, ele trata de momentos de fundação e reformulação radical. Não à toa, é muitas vezes associado a revoluções. Apesar disso, a literatura sobre esse tema vem crescendo rapidamente nos últimos anos, sugerindo que há razões para se dedicar a ele. Uma delas parece estar ligada a um dos traços usualmente atribuídos ao poder constituinte e mencionado acima: sua suposta afinidade com a democracia. A intensificação de pesquisas sobre o poder constituinte pode refletir uma insatisfação com as democracias liberais hoje existentes e uma percepção de que elas são elitistas, oligárquicas ou, em geral, insuficientemente democráticas. O conceito de poder constituinte e as formulações passadas desse conceito poderiam oferecer recursos e inspiração para alterar esse quadro e democratizar regimes existentes (Duke; Arcioni, 2022, p. 365).⁵

Embora a discussão sobre conceitos como “poder constituinte” esteja inevitavelmente ligada a compromissos normativos e projetos políticos,⁶ há, também, outra razão para dedicar-se ao estudo do tema, que corresponde à própria realidade de ordens constituídas. Ainda que a situação tida como “normal” na vida de uma ordem política seja a de estabilidade sob uma constituição, propostas para substituí-la nunca estão totalmente ausentes. Essas propostas são apresentadas na esfera pública e geram controvérsia, estão sujeitas a contestação e crítica. E, assim, elas movem a vida política de uma comunidade. Esta é uma das ideias-chave deste trabalho e um dos elementos que comporá a interpretação de processos de criação constitucional proposta ao longo dos próximos capítulos. Por ora, basta chamar atenção para alguns exemplos da experiência brasileira recente.

Em 3 de janeiro de 2021, o jornal *Folha de S. Paulo* publicou artigo assinado pelo então líder do governo Bolsonaro na Câmara dos Deputados, Ricardo Barros, em que o deputado defendia sua proposta, apresentada meses antes, de realizar um plebiscito para a convocação de uma nova assembleia constituinte. A manifestação anterior de Barros, que ocorrera em um

Cazaquistão e Rússia) e o da Venezuela em 1999. Cf. Negretto (2017) e Partlett (2012). Muitas vezes, essa retórica é combinada a mecanismos de participação popular – especialmente referendos –, mas que, em geral, não têm real possibilidade de influenciar o resultado final do processo constituinte. Sobre as complexidades envolvendo mecanismos participativos em processos constituintes e sua efetiva permeabilidade ao influxo popular, cf. Welp e Soto (2019).

⁵ Cf. Duke e Dellora (2022, p. 201, 206–207). Como mostra Rubinelli (2020, 27, 141–5), essa ideia de fundo já estava presente em trabalhos de teóricos europeus do pós-Segunda Guerra, como Costantino Mortati, Ernst-Wolfgang Böckenförde e Georges Vedel. Também aparece, embora de maneira diferente, sem recurso explícito ao termo “poder constituinte” na obra de Hannah Arendt (2006, p. 132–170, 207–273), que associa a criação constitucional à fundação da liberdade, entendida eminentemente como liberdade política, liberdade para tomar parte nos negócios públicos. Essa ideia de fundo, de promover uma democratização de regimes existentes também está presente no trabalho de Joel Colón-Ríos (2012).

⁶ Cf. Patberg (2020) e Rubinelli (2020, p. 28–32).

evento promovido pela Associação Brasileira de Direito Constitucional em outubro de 2020, gerara uma resposta em diversas frentes – inclusive em um editorial da própria *Folha*, publicado alguns dias depois. Essa proposta levou, ainda, à publicação de um parecer jurídico pela Ordem dos Advogados do Brasil argumentando pela inconstitucionalidade da realização de tal plebiscito.

Propostas similares foram apresentadas, ao longo dos anos, por personalidades tão diversas quanto o deputado conservador Luiz Phillipe de Orleans e Bragança,⁷ o integrante de chapa que, naquele momento, concorria à presidência da República, Hamilton Mourão (2018), o constitucionalista estadunidense Bruce Ackerman (2020) e o jurista Fábio Konder Comparato (2008). Em sentido ligeiramente diverso, pode-se identificar, ainda, propostas envolvendo a convocação de uma “miniassembleia”, que seria encarregada de revisar apenas aspectos pontuais da Constituição que foram suscitadas, por exemplo, no contexto da campanha presidencial de 2010 e como possível resposta aos protestos de 2013.

Muitos dos debates originados por essas propostas – especialmente quando contaram com a participação de juristas – foram formatados na linguagem do poder constituinte. Este foi mobilizado tanto para defender uma reformulação radical da ordem política quanto para repudiá-la. Nesse último caso, de rejeição à mudança, é de se notar que o conceito figura também em um contexto muito mais técnico, de decisões judiciais, quando o que está em jogo é a validade de uma emenda constitucional.⁸

Esses dois elementos (as propostas e a linguagem empregada para articulá-las) sugerem que entender a ideia de poder constituinte – seus pressupostos, implicações e conteúdo normativo – é relevante mesmo no contexto de uma ordem constituída, tanto para propor sua reformulação radical quanto para avaliar propostas desse tipo e, eventualmente, contrapor-se a elas. Um passo importante nessa empreitada consiste em analisar se o conceito de poder constituinte é, de fato, adequado para articular esse tipo de proposta e, ao mesmo tempo, para ser integrado a uma teoria coerente e viável sobre a política, o direito e as relações entre esses dois campos. Em outras palavras: em vista de propostas de reconstituição da ordem política, é ao conceito de poder constituinte que devemos recorrer? Essa é a formulação mais geral do problema que este trabalho se propõe a enfrentar.

O contexto teórico dessa análise consiste em uma crítica apresentada ao conceito de poder constituinte, que questiona exatamente a possibilidade de associá-lo a uma teoria

⁷ Nesse caso, não se trata de uma proposta localizada em um momento específico no tempo, mas de um “projeto” ainda em andamento. Ver: <https://constituicaolibertadora.com.br>.

⁸ Para uma análise no contexto do Supremo Tribunal Federal, cf. Heck (2020).

adequada do fenômeno jurídico e de suas relações com a política. Em linhas gerais, o problema indicado por essa crítica é que o recurso a um “poder constituinte” enfraquece ou elimina a normatividade do direito e o deixa sujeito à constante possibilidade de uma “exceção”, uma ruptura que não é orientada por parâmetros normativos.⁹

Mais especificamente, empregar o conceito de poder constituinte para dar sentido à criação constitucional implicaria justificar a nova ordem com recurso a um fato bruto, à mera imposição bem-sucedida de um novo conjunto de normas a que se atribui o título de “constituição”. Nessa leitura, todos os novos padrões jurídicos existem apenas com referência à decisão constituinte e estão a ela subordinados – e apenas enquanto não sobrevier uma nova decisão desse tipo, que pode, a qualquer momento e sem justificação, romper com a ordem estabelecida. Dessa caracterização decorre a impossibilidade de que processos constituintes possam ser orientados por parâmetros normativos e, assim, legítimos: o único critério relevante para tratar desses processos é a capacidade efetiva de impor uma nova constituição.

Esse problema parece estar parcialmente ligado ao fato de que o poder constituinte é, muitas vezes, formulado como uma capacidade ilimitada e arbitrária, que existe externa e paralelamente à ordem jurídica e pode, a qualquer momento, manifestar-se para rompê-la, reformulá-la ou simplesmente destruí-la. Segundo seus críticos, isso acabaria por inserir na própria estrutura do estado constitucional – ou, mais precisamente, na teoria que o fundamenta e justifica – um elemento de potencial instabilidade e arbítrio. Nessa leitura, o estado constitucional conteria o fundamento de sua própria destruição.¹⁰⁻¹¹

Isso se torna especialmente problemático quando se busca compreender como é possível estabelecer direito legítimo – o que, no campo da filosofia do direito, corresponde a adotar uma posição “normativa” a respeito do direito, i.e., uma concepção de direito que conecta, em maior ou menor grau, a validade das normas jurídicas à possibilidade de justificá-las racionalmente. Nessa perspectiva,

⁹ A crítica é formulada de maneira mais articulada por Dyzenhaus (2007, 2012), Eleftheriadis (2010), Vinx (2011, 2013, 2019) e Duke (2020b). Em sentido ligeiramente diverso, mas recorrendo a premissas teóricas similares, Bernal (2019) e Hasebe (2009).

¹⁰ Na interpretação de Dyzenhaus (1997, 1998, p. 1–17 e cap. 2), esse era exatamente o argumento de Carl Schmitt sobre o constitucionalismo e a constituição na República de Weimar.

¹¹ Esse elemento de arbitrariedade e potencial ruptura indicaria uma afinidade eletiva entre poder constituinte e ditadura. Cf. Arato (2017, p. 34–36), que discute, na verdade, uma afinidade eletiva entre ditadura e certa concepção de “soberania” – que, neste caso, é igualada ao poder constituinte. Arato (2016, p. 2, 291) argumenta que esse tipo de formulação – de um poder constituinte extraconstitucional e ilimitado, cujo representante paradigmático é Carl Schmitt – coloca-se como uma espada de Dâmocles pendendo sobre o constitucionalismo e o governo democrático. Note-se, porém, que, para ele, não se trata de rejeitar o conceito de poder constituinte enquanto tal, apenas uma de suas possíveis formulações. Sobre a conceituação de poder constituinte que o iguala à soberania – associada à obra de Carl Schmitt – cf. Rubinelli (2020a, cap. 3) e Cristi (1998).

uma teoria adequada do direito precisa garantir que, do reconhecimento do conteúdo jurídico de algo, infira-se, pelo menos em alguns casos, a sua legitimidade ou correção moral [...]. Para normativistas não é possível desenvolver uma teoria apropriada sobre o direito sem que se justifique o que torna o direito um conjunto de razões para agir ou se questione o valor substantivo de se viver sob o direito [...] normativistas acham não ser possível entender o que o direito é sem que antes tenhamos uma perspectiva sobre o que ele deve ser [...]. Normativistas, por isso, tendem a conceber uma teoria do direito estritamente relacionada a uma concepção de moralidade política [...]. Isso porque [...] não acreditam ser possível caracterizar o direito sem lhe atribuir um propósito ou função justificatória à luz da qual ele pode ser adequadamente compreendido (Leal, 2017, p. 266) (referências suprimidas).¹²

Em vista dessa ideia, a crítica mencionada acima poderia ser reformulada da seguinte maneira: uma concepção normativa de direito prescindiria do recurso ao conceito de poder constituinte, porque este, concebido como fato bruto, não tem capacidade de justificação. As tradicionais invocações desse conceito para cumprir uma função justificatória seriam, então, incoerentes.

O espaço aparentemente ocupado pelo conceito de poder constituinte, como fundamento de qualquer ordem constitucional, e a plausibilidade *prima facie* da crítica mencionada nos parágrafos anteriores seriam razão suficiente para analisar o problema de maneira mais detalhada. Mas há, ainda, outro elemento que torna a perspectiva dos críticos mais atraente e diz respeito a uma dificuldade inerente ao próprio conceito de poder constituinte, i.e., que independe da posição adotada sobre a natureza do direito e suas relações com a política. Essa dificuldade diz respeito à lógica de imputação que usualmente subjaz às formulações desse conceito.

Essa lógica corresponde a uma maneira específica de argumentar sobre o poder constituinte.¹³ Como indicado acima, esse conceito parece estar conectado a ideais democráticos. Muitas vezes, porém, constituições não são criadas por meio de procedimentos particularmente democráticos ou inclusivos. Elas podem ser, por exemplo, impostas por uma força externa que ocupa militarmente o país – como no caso do Japão em 1946 –, ou criadas por uma assembleia não representativa, como na Alemanha em 1949, ou ainda por um grupo de pessoas sem um mandato específico para criar uma constituição, como nos EUA em 1787.¹⁴

¹² Cf. Alexy (2021, p. 312–326) e Dworkin (1986, p. 87–101).

¹³ Ver seção 2.2.

¹⁴ Poderíamos nos perguntar se esse também não foi o caso da Convenção Europeia, instituída em 2001, a fim de redigir uma Constituição para a União Europeia. Embora tenha sido convocada com essa finalidade específica, não lhe foi atribuído um mandato *popular* para tanto: ela foi instituída por uma declaração do Conselho Europeu, órgão composto pelos chefes de estado e de governo dos países membros. Cf. Patberg (2018, p. 278–284). Note-se que o projeto fracassou posteriormente, com a rejeição do Tratado Constitucional em referendos na França e nos Países Baixos em 2005. Cf. a análise de van Middelaar (2017, p. 462–467). O autor expõe a controvérsia em torno da tentativa de imputar ao povo (ou aos povos) da Europa um poder constituinte – em última instância uma tentativa fracassada – e a interpreta em termos da busca por um “público” para a União. Grimm (2010), por outro lado, nota que o Tratado Constitucional não representaria uma constituição no sentido próprio do termo, porque continuaria a depender de uma decisão unânime dos estados-membros para ser modificado. Van Middelaar (2017,

Mesmo nesses casos, porém, a decisão fundacional é atribuída – imputada – ao povo. Desse modo, é possível atribuir uma aura de legitimidade democrática a processos constituintes não democráticos – levados a cabo totalmente por elites, sem uma autorização popular, ou mesmo de maneira estritamente impositiva. Quando construído nessa lógica de imputação, portanto, o conceito de poder constituinte pode ser utilizado para mascarar o fato de que uma ordem política não tem origem democrática. Adicionalmente, ele pode tirar o foco das verdadeiras fontes de legitimidade de uma constituição.

Nesse sentido, o conceito de poder constituinte pode funcionar, em teorias desse tipo, como um mecanismo para evitar ou obscurecer (voluntária ou involuntariamente) uma discussão clássica da teoria política normativa, que pode, é claro, ser formulada de diferentes maneiras, mas corresponde, essencialmente, à questão: (sob quais condições) existe uma obrigação de obedecer às decisões estatais?¹⁵ Rejeitar esse tipo de interpretação poderia, em tese, abrir a teoria constitucional para essas discussões de fundo.

A despeito dessas dificuldades, o conceito de poder constituinte ressalta aspectos importantes de ordens constitucionais, que não podem ser ignorados. Primeiro, a criação constitucional envolve um elemento importante de escolha – correspondente ao conteúdo de uma decisão tomada em um espaço e tempo determinados – e, portanto, de contingência. Em segundo lugar, o critério “sucesso” não é totalmente irrelevante: manter uma constituição depende, ao menos em parte, da capacidade de fazê-la valer, o que pode envolver o uso de violência. Além disso, como já indicado, o conceito expressa a própria estrutura escalonada do estado constitucional, que distingue entre ordem política e disputa política ordinária e ajuda a operacionalizá-la; e ressalta que a ordem política é *criada* e, portanto, precisa ser justificada – o que só pode ser feito com referência à ideia de autonomia.

Isso sugere que o conceito de poder constituinte pode ser útil para a compreensão de ao menos alguns aspectos de processos constituintes e suas exigências de justificação. Uma conceituação alternativa desses processos teria de responder, satisfatoriamente, também a essas questões para as quais o conceito de poder constituinte parece oferecer respostas razoáveis. Por

p. 149-71) também nota a mudança qualitativa – de pluralidade para unidade, de estados soberanos para subdivisões de uma comunidade maior que é, apenas ela, “soberana” – que ocorre quando se abandona a regra de unanimidade em prol de uma regra de maioria. Cf. Art. IV-443 do esboço do Tratado estabelecendo uma Constituição para a Europa. Uma análise do processo de constituição da UE fundada em conceito de poder constituinte formulado em uma lógica de imputação pode ser encontrada em Lindahl (2007b).

¹⁵ É sintomático que, em uma das primeiras ocasiões em que o projeto que deu origem a este trabalho foi apresentado publicamente, uma das questões levantadas dizia respeito à pertinência das discussões sobre “obrigação política” para o tema da pesquisa.

outro lado, para escapar das dificuldades mencionadas acima, o conceito precisa ser reformulado, de modo a oferecer uma resposta mais satisfatória ao problema da legitimidade.

Uma tentativa de formular uma interpretação mais adequada de processos de criação constitucional – com ou sem o conceito de poder constituinte – deve ser feita à luz dos contextos factual – a presença constante de propostas constituintes e a necessidade de se posicionar em relação a elas – e teórico – as dificuldades que ele cria dentro de uma tentativa mais abrangente de compreender direito e política – descritos acima. Tomando esses elementos contextuais como pano de fundo, pode-se formular o objetivo deste trabalho da seguinte maneira: buscar elaborar uma interpretação de processos de criação e reconstituição de ordens políticas que considere adequadamente a natureza do direito moderno, que contém, de um lado, um aspecto de contingência, na medida em que está à disposição do legislador, e, de outro, a pretensão de ser racionalmente justificado e, com isso, vincular legitimamente as pessoas a ele sujeitas.

O conceito de poder constituinte é colocado em xeque, nesse contexto, em vista da crítica de que ele reduziria o direito àquele primeiro elemento – à pura contingência da vontade de uma pessoa ou órgão que toma uma decisão. Assim, ele levaria a uma compreensão inadequada do direito, incapaz de dar conta de sua normatividade. Por outro lado, ele parece útil para organizar discursos constituintes e ressaltar os problemas de justificação subjacentes a processos de criação constitucional.

A tese defendida neste trabalho é que uma investigação sobre a legitimidade de uma ordem política estruturada juridicamente – que pressupõe adotar uma perspectiva normativa sobre o direito – não dispensa o recurso ao conceito de poder constituinte; isso, porém, não leva às formulações convencionais desse conceito – ou seja, para que ele possa funcionar adequadamente no plano da justificação e, assim, integrar propostas constituintes coerentes, é necessário reformulá-lo, afastando-se de alguns elementos constitutivos de interpretações convencionais desse conceito.

Para defender essa tese, o trabalho organiza-se em três partes. A primeira analisa um grupo de teorias do poder constituinte “soberano”, que o toma como fundamento único e exclusivo de legitimidade de ordens políticas, e as razões pelas quais essas teorias – que correspondem à maneira mais usual de conceber esse conceito – fracassam. São, também, indicados elementos dessas teorias que podem ser úteis a uma compreensão mais adequada do poder constituinte e busca-se dissociá-los dos aspectos mais problemáticos.

No segundo capítulo, por sua vez, são analisadas três alternativas à teoria do poder constituinte soberano: a rejeição do conceito de poder constituinte; a formulação desse conceito de maneira reflexiva e retrospectiva; e a conexão desse conceito a práticas políticas presentes e

orientadas para o futuro, as quais contestam a ordem vigente e propõem sua reformulação radical. Argumento que as duas primeiras posições são deficientes: a primeira por sua incapacidade de explicar processos constituintes e por um déficit democrático; e a segunda por obscurecer as fontes de legitimidade de ordens constitucionais e prestar-se à instrumentalização por lideranças autoritárias. Considero que a terceira proposta analisada representa um ponto de partida mais promissor para formular uma interpretação de processos constituintes que, incorporando o conceito de poder constituinte, responda ao problema de pesquisa apresentado acima.

O terceiro capítulo dedica-se justamente a formular de maneira mais explícita e robusta uma concepção de poder constituinte que relaciona ação política e direito positivo e o articula como elemento organizador de discursos constituintes e como parte de uma teoria mais ampla da legitimidade constitucional. O poder constituinte é apresentado como a expressão jurídica de certas aspirações e demandas políticas. Como tal, ele não é, em si, um princípio de justificação, mas um poder cujo exercício precisa ser justificado. Quando justificado, esse exercício dá origem a uma ordem política que, naquele momento de fundação ou reconstituição, é legítima. Com o passar do tempo, a relevância do processo constituinte para fins de legitimação torna-se mais difusa e, por outro lado, constituições criadas por exercícios não justificados do poder constituinte podem tornar-se legítimas.

Em síntese, propõe-se que o conceito de poder constituinte é relevante no contexto específico em que a criação ou reconstituição de uma ordem política é uma possibilidade imediata ou parte do passado recente. Ele corresponde a uma técnica para dar forma jurídica a certas demandas políticas e os princípios que o justificam são, em linhas gerais, os mesmos que legitimam a prática política em uma ordem constituída. Isso significa que esse conceito tem um papel mais modesto a desempenhar na teoria constitucional do que aquele que usualmente lhe é atribuído. Mas ele não deve ser abandonado, porque ajuda a lidar com fenômenos recorrentes na vida de qualquer comunidade política e pode ser formulado de maneira compatível com uma compreensão adequada do direito e da política.

Capítulo 1. O poder constituinte soberano: origem e legitimação da ordem política

Este capítulo analisa uma forma específica de conceber o poder constituinte, que é aqui chamada de “teoria do poder constituinte soberano”. Foram escolhidos dois exemplos desse campo teórico, em função de sua relevância, repercussão e elementos inovadores incorporados por cada uma: de um lado, a teoria do jurista Ernst-Wolfgang Böckenförde e, de outro, do teórico político Andreas Kalyvas. O que une essas duas teorias é sua premissa de que um poder constituinte é a fonte exclusiva de legitimidade de uma ordem política ou, em outras palavras, que o exercício de um poder constituinte autêntico é condição necessária e suficiente de legitimidade de uma constituição. Elas se distinguem pelos caminhos específicos seguidos para desenvolver essa ideia fundamental. Cada um desses caminhos enfrenta seus problemas particulares e constrói suas próprias contribuições para a teoria política e do direito – que podem ser úteis mesmo que a teoria, como um todo, seja rejeitada –, mas também se deparam com alguns problemas comuns, que serão analisados no devido tempo.

A teoria de Böckenförde é analisada em primeiro lugar, porque – em parte por ser mais antiga e em parte por suas referências teóricas – tem problemas para os quais Kalyvas procurou oferecer soluções ou que, no contexto em que escreveu, não eram mais tão centrais.

1.1. Ernst-Wolfgang Böckenförde: o poder constituinte como conceito limite do direito constitucional

Ernst-Wolfgang Böckenförde desenvolveu sua interpretação do conceito de poder constituinte especialmente em um artigo publicado, pela primeira vez, em 1986 sob o título de “O poder constituinte do povo: um conceito limite do direito constitucional”. Traduções para o espanhol e o inglês foram publicadas em coletâneas de artigos de Böckenförde traduzidos para esses idiomas, respectivamente, em 2000 e 2017. Segundo Lucia Rubinelli (2020, p. 151–157), sua interpretação marcou uma mudança de sentido no uso do termo “poder constituinte” e – assim como outras formulações contemporâneas – foi construída como parte de uma proposta que buscava incentivar um maior engajamento popular com a política.

Para além da relevância de seu trabalho para os campos do Direito Constitucional e da Teoria do Estado, a interpretação de Böckenförde é analisada aqui por duas razões principais. Primeiro, ela é exemplar de uma certa forma de teorizar sobre o poder constituinte muito difundida, mas que levanta diversos problemas para uma teoria comprometida com o estado de direito democrático. Trata-se de uma teoria que vincula a legitimidade da ordem política exclusivamente ao poder constituinte. Analisá-la permite identificar dificuldades enfrentadas

por esse tipo de concepção e caminhos que se buscou trilhar para superá-las e criticar as soluções propostas.

A segunda razão, intimamente ligada à primeira, é que a interpretação de Böckenförde representa, em grande medida, uma tentativa de depurar as ideias de Carl Schmitt sobre a política e o direito, e, em particular, sobre o poder constituinte, de modo a aproveitar seu suposto potencial para uma teoria democrática. Analisar sua teoria, portanto, é útil para determinar se uma tal tentativa pode ser bem-sucedida, tanto globalmente – com a incorporação de toda uma teoria de inspiração schmittiana – quanto em partes, com a adoção de apenas alguns de seus pressupostos. Isso é relevante na medida em que boa parte da discussão contemporânea sobre poder constituinte está estruturada em torno da contribuição de Carl Schmitt, seja para apropriá-la e adaptá-la, seja para rejeitá-la ou mesmo a condenar.¹⁶

1.1.1. O conceito de poder constituinte

Böckenförde (2017, p. 169–170) postula o poder constituinte como origem e fundamento de validade da constituição, entendida como organização jurídica básica de uma comunidade política. Na medida em que, segundo ele, a constituição não pode existir de maneira independente, apenas em função de si mesma, ela depende de algo que a preceda e lhe dê forma. Não é o mero fato de sua criação que lhe confere validade, mas o fato de ser criada *por essa entidade preexistente*, “que se apresenta como um poder ou autoridade especial” (Böckenförde, 2017, p. 169).

Ele entende essa questão como simultaneamente jurídica, na medida em que decorre da própria existência de uma constituição como lei positiva, e extrajurídica, no sentido de que vai além do direito positivo, já que este teria de se legitimar com referência a fatos pré-jurídicos. Daí a referência, no título do artigo, à ideia de um “conceito limite”: o poder constituinte seria algo localizado na fronteira entre o jurídico e o não-jurídico.¹⁷ O “não-jurídico”, nesse contexto, equivale ao factual – ao espaço do “ser”, em contraposição ao do “dever”.

Böckenförde analisa o conceito de poder constituinte a partir de duas perspectivas: uma considera a “instituição ou poder subjacente que confere à constituição sua legitimação e legitimidade (democráticas)” (Böckenförde, 2017, p. 170) e outra analisa suas consequências para a dogmática jurídico-constitucional.¹⁸ Essa segunda perspectiva não é relevante aqui e os argumentos apresentados por Böckenförde nesse campo não serão analisados em detalhe.

¹⁶ Cf. Arato (1999, 2016, p. 269–298).

¹⁷ Ideia mais recentemente adotada por Martin Loughlin (2014).

¹⁸ Essa segunda perspectiva diz respeito, especialmente, à tentativa de distinguir mudanças ordinárias da constituição, atribuídas aos poderes constituídos, de mudanças fundamentais ou totais, que seriam exclusivamente

Ao identificar como relevante, no campo da teoria do poder constituinte, a tarefa de investigar o “poder ou instituição” que fundamenta uma constituição, Böckenförde afasta-se explicitamente de teorias que buscam fundar a ordem jurídico-política em alguma espécie de norma, seja ela meramente formal ou pressuposta, seja uma norma substantiva. A primeira alternativa é criticada por Böckenförde por apenas colocar a questão da legitimidade, sem respondê-la; e a segunda, por conceber o poder constituinte como um mero “ponto normativo-ideacional de imputação” (Böckenförde, 2017, p. 171) que, por sua própria natureza, afasta-se de antemão do problema de conectar fatos e normas – que, em sua opinião, seria o papel a ser desempenhado pelo conceito de poder constituinte. Propor-se a compreender o estado constitucional dessa maneira seria, nas palavras de Martin Loughlin (2003, p. 113, 2014), ecoando Carl Schmitt,¹⁹ uma “falácia normativista”.

Na visão de Böckenförde, a “estabilização normativa e força regulatória” de uma constituição não seria derivada de uma norma, mas de

uma ideia de ordem, estabelecida, mantida e solidificada normativamente por uma decisão política, uma ideia compartilhada pelo povo ou pelos grupos e poderes mais importantes na sociedade. Dessa maneira, o poder que estabelece e legitima a constituição deve apresentar-se, também, como uma entidade política. [...] [O poder constituinte] deve ser entendido também como uma entidade política real que estabelece a validade normativa da constituição. É claro que, como tal, ele não pode existir dentro da constituição ou ser baseado nela [...], ele deve preceder a constituição e os *pouvoirs constitués* estabelecidos e limitados por ela. (Böckenförde, 2017, p. 171)

Com base nessa argumentação, o autor oferece uma definição sintética de poder constituinte como “o poder e autoridade (política) que é capaz de estabelecer a constituição com sua pretensão normativa de validade, mantê-la e aboli-la” (Böckenförde, 2017, p. 172). Trata-se de um poder que preexiste aos poderes constituídos do Estado e com eles não se confunde. Como sugerido na citação acima, esse poder tampouco está sujeito a limites.²⁰ Böckenförde (2017, p. 178) sugere que ele pode até mesmo instituir uma ordem não democrática e contrária aos princípios do estado de direito.²¹

da alçada do poder constituinte. Note-se que a discussão jurídica sobre os limites à reforma constitucional é, usualmente, estruturada pelo conceito de poder constituinte. Cf., por exemplo, Bernal (2013); Colón-Ríos (2012, p. 126–151); Conrad (1977, 1999, 2003); Polzin (2014, 2016); Roznai (2017) e Tushnet (2015, 2017, 2018).

¹⁹ “[...] um conceito como constituição não pode ser dissolvido em normas e normatividade. A unidade política de um povo tem em uma constituição sua forma concreta de existência política. [...] Antes de qualquer norma se coloca a existência concreta de um povo unificado.” (Schmitt, 2017, p. 121). Note-se a similaridade com a posição defendida por Böckenförde.

²⁰ Ao menos não limites instituídos por alguma lei ou constituição, nem limites substantivos ou procedimentais relevantes. Ver a análise na sequência do texto.

²¹ O que se deduz de sua afirmação de que os mecanismos presentes nas constituições dos estados alemães da Baviera e de Baden-Württemberg que permitem a participação popular no processo de emenda constitucional não envolveriam um poder constituinte, mas um poder constituído, por vedarem decisões contrárias aos princípios básicos da democracia e do estado de direito democrático e social.

Por outro lado, isso não significa que o poder constituinte seja puramente arbitrário ou aleatório. Böckenförde (2017, p. 181) argumenta que esse conceito contém “certo grau de constitucionalidade, que corresponde a uma demarcação contra o poder arbitrário ou despotismo puro”. Isso decorre de que o poder constituinte é determinado “pela vontade de criar uma constituição” (Böckenförde, 2017, p. 181), ou seja, uma ordem jurídica – que é incompatível com poderes absolutos.²² Com base nessa ponderação e na definição mencionada acima, pode-se conjecturar que o poder constituinte não pode criar um regime puramente arbitrário e opressor – porque ele não seria inteligível como uma “ordem jurídica” – ou, em outras palavras, que uma decisão que instituísse um tal regime não poderia ser compreendida como um exercício de poder constituinte, na medida em que seu produto não seria uma “constituição”.

De outro lado, seria possível conceber, na interpretação de Böckenförde proposta aqui, um poder constituinte que criasse uma ordem profundamente injusta e arbitrária, mas que contivesse *alguma* limitação de poder. Seria, então, um estado de direito defeituoso e/ ou uma democracia defeituosa.²³ Embora não seja articulada exatamente nesses termos,²⁴ essa é uma ideia mais ou menos constante em teorias contemporâneas do poder constituinte. Ela expressa uma ambiguidade da qual essas teorias não conseguem escapar: a necessidade de algum tipo de parâmetro normativo para que o poder constituinte seja, de fato, capaz de figurar em uma teoria da legitimidade.²⁵ Ao mesmo tempo que, de um lado, afirmam a ausência de limitação e a

²² Outro tipo de limite atribuído por Böckenförde (2017, p. 182) ao poder constituinte liga-se a seu conceito de “nação” e corresponde ao contexto “intelectual, ético e cultural” que a conforma. Ainda que esses elementos sejam importantes para compreender uma ordem política e sua relação com as pessoas a ela sujeitas, eles não representam, propriamente, limites ao poder constituinte: não são restrições impostas externamente, nem fronteiras conceituais, sem as quais não poderíamos identificar um poder constituinte. Eles são relevantes apenas em um plano explicativo, para a tentativa de entender por que certas escolhas foram feitas em lugar de outras ou para conjecturar sobre quais decisões podem vir a ser tomadas no futuro.

²³ A ideia de que poderíamos conceber um contínuo entre um estado de direito “pleno” e um regime de puro arbítrio é defendida em Dyzenhaus (2006). Uma proposta similar, formulada de maneira algo diversa e que inspira Dyzenhaus, foi articulada por Fuller (1969). Cf., também, Radbruch (1946). Poderíamos nos perguntar de que maneira esse argumento a respeito da conexão entre poder constituinte e ordem jurídica relaciona-se à outra aproximação que Böckenförde (2017, p. 184–185) faz entre poder constituinte e normatividade, que o associa a “ideias intelectuais de ordem, visões e princípios ético-morais e ideias políticas de ordem que estão vivas e presentes dentro de um povo ou nação”. Não está claro, por exemplo, se a ideia de “estado de direito” faria parte dessas convicções compartilhadas por um povo ou se estaria em um plano diverso. Note-se que a conexão desses parâmetros normativos com sua ideia de “povo” coloca sua viabilidade em xeque, de maneira que será analisada no fim desta seção, quando forem abordadas as críticas de Lars Vinx (2019).

²⁴ Nem mesmo por Böckenförde: como indicado no parágrafo anterior, essa formulação corresponde à minha interpretação de suas ideias.

²⁵ Isso é visível, por exemplo, na evolução das ideias de Yaniv Roznai – jurista que se dedica especialmente ao tema da reforma constitucional – sobre o poder constituinte. Em um primeiro trabalho sobre o tema, Roznai (2017, p. 105–110) o concebe como um poder puramente factual, ilimitado e externo à ordem jurídica – que tende à arbitrariedade e ao decisionismo. Aqui, como em Schmitt, poder constituinte é igualado à “soberania”. Ao longo dos anos, Roznai foi moderando sua posição, em geral de maneira algo hesitante e contraditória, mas culminando em textos nos quais se propõe a examinar a imposição de limites ao poder constituinte, considerando-os não apenas

externalidade do poder constituinte em relação ao direito, defensores da teoria do poder constituinte soberano veem-se obrigados a sustentar que o poder constituinte tem uma conexão interna com a ideia de direito, que o limita (ainda que de maneira bastante restrita) e o coloca no universo normativo.

David Dyzenhaus (2012) identifica essa ambiguidade como uma indefinição sobre se a fonte de legitimidade do direito seria interna ou externa à ordem jurídica. Ele coloca o problema dessa maneira por entender que o direito contém uma “moralidade interna” ou, alternativamente, que direito e moral devem ser entendidos como um único sistema. Não me parece necessário adotar essa posição para perceber essa ambiguidade, que poderia ser formulada, simplesmente, como a indefinição sobre se a fonte de legitimidade de uma ordem política é factual ou normativa. Localizá-la em um plano estritamente factual parece reduzir a legitimidade à mera eficácia, à capacidade para impor uma ordem – uma solução incoerente, na medida em tira o sentido de distinguir entre a mera existência de um governo e um governo *legítimo* –, ou à aquiescência das pessoas a ela sujeitas. Para evitar esses problemas, as teorias analisadas nesse capítulo se veem obrigadas a incorporar elementos normativos (ponderando suas afirmações iniciais de que uma constituição não pode derivar sua validade de alguma norma, nas palavras já citadas de Böckenförde), mas com isso, torna-se pouco claro se esse fato original ainda tem alguma função a desempenhar no argumento de legitimidade.²⁶

Note-se, porém, que Böckenförde procura escapar desse caminho. Como observa Lars Vinx (2019, p. 24–25), embora Böckenförde sugira, em determinado momento, a possibilidade de algum tipo de limitação intrínseca ao poder constituinte, isso cria uma tensão em seu projeto. Para Vinx (2019, p. 25), “a visão refletida de Böckenförde deve ser, portanto, que uma constituição pode assumir qualquer conteúdo, sem perder sua validade normativa, desde que seja exercida por um poder constituinte autêntico”. O problema fundamental, então, torna-se definir o que seria um poder constituinte autêntico sem reconduzir essa ideia a parâmetros normativos prévios que funcionem como limites sobre esse poder. Böckenförde tenta fazê-lo com referência ao “sujeito” do poder constituinte – tema analisado na sequência.

plausíveis (o que seria inadmissível em sua posição original), mas também desejáveis. Cf. Roznai (2021a, 2021b). Na prática, isso significa reconhecer que, como observado acima, para ser parte de uma teoria plausível da legitimidade política, o poder constituinte não pode ser reduzido à pura facticidade ou ser concebido como uma força totalmente arbitrária. Cf. Patberg (2018, p. 125–129).

²⁶ Cf., a respeito, Duke (2020a, 2020b). Ver, também, a seção 1.2.2 abaixo.

1.1.2. O povo como sujeito do poder constituinte

Após estabelecer sua definição de poder constituinte, Böckenförde passa a tratar do sujeito desse poder, que, segundo ele, pode ser apenas o povo – i.e., esse seria um conceito inerentemente democrático. O argumento para defender essa ideia consiste em mostrar que, com o colapso de uma visão de mundo compartilhada sobre o fundamento divino ou natural da ordem política e social, não há candidato plausível – além do povo – a quem atribuir um poder originário para estruturar essa ordem, entendida agora como produto de decisões humanas. As tentativas de atribuir esse poder a um rei seriam fadadas ao fracasso, porque o poder deste depende de uma instituição que é, também ela, constituída – a monarquia hereditária, que só poderia ser legitimada com referência a uma autorização divina para governar (Böckenförde, 2017, p. 172–173). Isso permitiria concluir que há um vínculo conceitual entre poder constituinte e povo, o qual faz surgir uma nova questão: quem é o povo?

A resposta, para Böckenförde, é que, nesse contexto, o povo é o “povo em sentido político” ou a “nação”, definida como “o grupo de indivíduos (que se delimitam e unem politicamente) que é consciente de si mesmo como uma entidade política e, como tal, entra na história como um ator” (Böckenförde, 2017, p. 173).²⁷ Em outras palavras, o povo não representa o conjunto de pessoas a quem são atribuídos direitos políticos, nem o povo “em sentido natural ou étnico” – estruturado em torno de uma linguagem, etnia ou linhagem comuns –, embora possa haver coincidência entre este e o povo em sentido político.

Essa análise de Böckenförde se encaminha para um exame do próprio exercício do poder constituinte do povo e das formas que ele pode assumir. Suas observações sobre esse tema decorrem do conceito de poder constituinte adotado anteriormente e de sua discussão sobre a titularidade desse poder. Na medida em que é concebido como anterior à constituição, o poder constituinte é entendido, também, como independente dela, imune à sua normatização e, de outro lado, capaz de escolher suas próprias formas de manifestação. Por estar associado a uma entidade política com existência independente da constituição, ele não pode ser assimilado a ela após seu exercício: continua a existir paralelamente à ordem que estabeleceu (Böckenförde, 2017, p. 175).

Em outras palavras, não se pode “silenciar” (juridicamente) o poder constituinte, para proteger a constituição da imprevisibilidade que ele representa. Tentativas de fazê-lo seriam

²⁷ Cf. Schmitt (2017, p. 50): “a palavra ‘nação’ descreve, concisamente, um povo politicamente consciente e capaz de ação” [“das Wort ‘Nation’ bezeichnet in prägnanten Sinne ein zu politischen Bewußtsein erwachtes, aktionsfähiges Volk”] “Politicamente consciente”, nesse contexto, refere-se à consciência a respeito de sua unidade política.

meros truques ou ficções – já que a legitimidade da constituição dependeria, permanentemente, desse fator existencial que lhe é externo. Ela não seria fixada de uma vez por todas no momento constituinte, mas renovada e mantida apenas na medida em que a constituição refletir “as convicções políticas e jurídicas que estão vivas na comunidade concreta unida no Estado” (Böckenförde, 2017, p. 176).²⁸ Isso implica, de outro lado, que o povo mantém seu poder para deslegitimar a constituição, o que pode ser feito de uma vez, como uma ruptura ou destruição, ou paulatinamente, em um processo de “erosão” constitucional.

Böckenförde entende esses fenômenos como indesejáveis (ao menos em circunstâncias ordinárias), ainda que inevitáveis. Ele afirma que o direito constitucional tem como duas de suas principais funções delimitar as ações do poder constituinte do povo e criar mecanismos para canalizar essas ações caso elas venham a ocorrer. Isso poderia ser feito, ao menos, de três maneiras. Primeiro, pode-se distinguir o poder constituinte dos poderes constituídos, de modo a submeter estes à constituição e a limitar a possibilidade de o poder constituinte interferir, a todo momento, sobre a constituição. Assim, alterações fundamentais da constituição seriam possíveis apenas em contextos excepcionais em que uma “força especial” conseguisse se afirmar “contra a vida organizada, jurídica e constitucionalmente limitada da constituição” (Böckenförde, 2017, p. 177).

Não é muito claro como essa proposta se distingue do próprio ato de instituir uma constituição – que, por definição, consiste em institucionalizar certos poderes “constituídos” – e, assim, de que maneira ela poderia contribuir para, de fato, torná-la mais estável. A ideia de fundo parece ser que nenhum desses poderes constituídos poderia clamar para si a capacidade de revisar ou substituir a constituição. Mas, mais uma vez, essa parece ser uma consequência natural de qualquer processo constituinte, exceto nos casos em que procedimentos para a substituição constitucional sejam previstos pela própria constituição.²⁹

²⁸ A ideia de que as instituições e o direito dependem de fatores “extrainstitucionais” ou do apoio da sociedade e o argumento de que esse apoio ou “poder social” corresponde ao poder constituinte ou a uma expressão desse poder voltará a ser tematizada no capítulo 3 e, especialmente, nas seções 3.1.2 e 3.2.1, com apoio nas ideias de Hannah Arendt. Nessas seções, argumentarei que há ganhos teóricos em separar as duas ideias (que serão conceituadas como “poder político” e “poder constituinte”). Ver, também, a sequência desta seção.

²⁹ “A ideia de *divisão e hierarquização* de poderes constituídos e constituinte abarca duas demandas procedimentais. [...] A segunda é que as instituições do sistema de governo ordinário, inclusive o corpo legislativo democrático, não podem se envolver na política constitucional. [...] [O propósito dessa demanda] consiste, mais uma vez, em evitar a ‘distribuição autorreferencial de competências’ por parte das instituições políticas” (Patberg, 2016, p. 631). Cf. Niesen (2017, p. 223–225), Patberg (2018, p. 124–125).

Sob certas circunstâncias – quando há coexistência entre uma assembleia legislativa e uma convenção constitucional, por exemplo – esse bloqueio do acesso de poderes constituídos ao poder constituinte pode ser complementado pela proibição do exercício, por parte da convenção, de funções não constituintes, criando uma “dupla diferenciação” entre poderes constituído e constituinte, em que nenhum pode apossar-se das atribuições do outro. Cf. Arato (2012).

O segundo mecanismo seria a institucionalização de procedimentos democráticos que facilitassem a “articulação, preparação ou implementação de decisões por parte do sujeito do poder constituinte” (Böckenförde, 2017, p. 177). Esses procedimentos seriam, por exemplo, uma assembleia nacional constituinte, uma convenção constitucional, um referendo sobre questões constitucionais, e um referendo para ratificar medidas legalmente questionáveis, mas já implementadas.³⁰

Sem dúvidas, esses são procedimentos que podem canalizar o exercício de um poder constituinte e, como observa Böckenförde, eles foram amplamente utilizados ao longo dos últimos dois séculos. Contudo, a maneira como Böckenförde os apresenta traz à tona um problema inerente a certas interpretações do poder constituinte, nomeadamente, o da relação entre esse poder – ou, mais precisamente, seu sujeito, o povo – e as instituições políticas. À primeira vista, teorias como a de Böckenförde parecem supor que o poder constituinte pode existir de maneira independente de mecanismos como os mencionados acima (assembleias, convenções etc.).³¹ Em outras palavras, o poder constituinte independeria de formas institucionalizadas ou constituídas. O problema é que um agente coletivo, como o povo, não tem outra maneira de se manifestar senão institucionalmente, com base em regras estabelecidas, que permitam identificar sua opinião e vontade. Ou seja, mesmo que o poder constituinte seja entendido como uma força externa à constituição e às instituições constituídas, ele depende dessas instituições para se efetivar.³²

³⁰ Essa proposta distingue-se da de Colón-Ríos (2012, p. 152–185), na medida em que os instrumentos do “constitucionalismo débil” desenvolvido por este segundo autor buscam não apenas dar uma forma institucional ao exercício de um poder constituinte – que, na visão de Böckenförde, poderia surgir meramente como uma força desorganizada e sem propósito específico claro (para além de negar a ordem vigente e estabelecer uma nova), ou “validar” retrospectivamente medidas ilegais, mas possibilitar que as pessoas que vivem sob uma ordem política “ativem” um poder constituinte e assumam um papel central em seu exercício.

³¹ No caso de Böckenförde, isso é verdade apenas no sentido de que ele considera que esses procedimentos não esgotam aqueles que poderiam ser empregados por um poder constituinte. Ele não parece ignorar totalmente a necessidade de institucionalização, mas não a ressalta de maneira adequada.

³² Böckenförde parece entender que, caso não haja vias institucionais suficientes para canalizar ações do poder constituinte, este pode acabar se manifestando de maneira descontrolada e destrutiva. Ao analisar o problema do poder constituinte com referência à Constituição alemã, ele afirma: “Para além disso [eleições a cada quatro anos], o povo como uma entidade e poder político desorganizado é referido para a via da opinião pública (...), cuja formação e exercício a Constituição garante expressamente. Se houver outras formas elementares de expressão que o poder constituinte – caso seja politicamente presente e ativo – reclamar para si, não existem procedimentos para canalizá-las; para a lei fundamental, esse pode se desdobrar como o pior dos cenários possíveis.” (Böckenförde, 2017, p. 180). A ideia de fundo presente nesse trecho é que, na ausência de mecanismos efetivos para a população expressar sua opinião e vontade e efetivá-la na forma de decisões políticas, o sistema político tende a se deteriorar, até mesmo de modo violento. Essa ideia pode nos ajudar a dar sentido, por exemplo, aos eventos que observamos recentemente no Peru, em que um sistema político desestruturado e acometido por sucessivas crises está sendo agora fortemente questionado por parcelas da população que parecem ter se colocado em guerra contra o Estado. Cf., a respeito, Gamarra (2023). A ideia de que as instituições políticas devem ser permeáveis a influxos populares faz parte da interpretação de poder constituinte que será elaborada no capítulo 3. Contudo, combinada com os demais elementos da teoria de Böckenförde, especialmente, sua concepção de “povo em sentido político” (ou “nação”) e a ausência de distinção entre poder político em geral e poder constituinte – em

Esse problema foi descrito por Martin Loughlin e Neil Walker (2007) como o “paradoxo do constitucionalismo”, o qual consistiria exatamente no fato de que o povo, titular de um poder constituinte externo às instituições, somente poderia se manifestar por meio de formas constituídas – as quais, por sua vez, têm como fundamento esse mesmo poder constituinte. Em certo sentido, então, o criador (povo) seria também criatura; e as criaturas (instituições) parecem anteriores ao seu criador.³³ Em outras palavras, quando o povo é concebido como um sujeito e, mais especificamente, um sujeito *externo* à ordem constitucional, sua dependência de formas constituídas aparece de maneira saliente e paradoxal – mostrando que essa posição que vê o povo (ou a “nação”, para empregar a terminologia de Böckenförde) como entidade unificada e externa às instituições, se levada às últimas consequências, torna impossível a institucionalização de uma ordem constitucional. Se se entende, como Böckenförde, que existe uma conexão entre poder constituinte e constituição, essa perspectiva é incoerente.

Portanto, a identificação do povo, titular do poder constituinte, como uma entidade externa à ordem constituída precisa ser construída de maneira menos radical, reconhecendo a necessidade de institucionalização para tornar possível a formação e expressão de uma vontade popular. Com isso, escapa-se da incoerência, mas chega-se ao mencionado paradoxo – que, na proposta de Böckenförde, não é articulado expressamente e, portanto, não será abordado em detalhes nesse ponto.³⁴

O terceiro mecanismo identificado por Böckenförde (2017, p. 179) para canalizar as ações do poder constituinte consiste em estabelecer meios para, de um lado, o “povo desorganizado” e, de outro, o “povo organizado” atuarem sobre a estrutura constitucional. Isso dependeria da institucionalização de liberdades de manifestação do pensamento, imprensa e reunião, de um lado, e de eleições, consultas populares e referendos, de outro. Esse argumento expressa a ideia de que o poder constituinte seria não apenas aquele que cria uma constituição, mas o que a mantém (legitimamente) ao longo do tempo. Para Böckenförde, a possibilidade de

termos que serão analisados na sequência – ela leva aos resultados problemáticos que são expostos ao longo da seção.

³³ A relevância desse suposto paradoxo e as propostas apresentadas para solucioná-lo não são relevantes neste ponto.

³⁴ Esse problema será retomado na seção 2.2, em que analiso a interpretação de poder constituinte elaborada por Hans Lindahl. Note-se que há autores, como Andrew Arato, que rejeitam a ideia de que exista um tal paradoxo, justamente por entenderem ser desnecessário postular um sujeito para compreender processos constituintes e ordens constitucionais. Cf. Arato (2016, p. 3 e ss.). Esse argumento, fundado em uma noção de “soberania popular sem sujeito e anônima, intersubjetivamente dissolvida, [que se] retira[] para os procedimentos democráticos e para os pressupostos comunicativos exigentes de sua implementação” (Habermas, 2020b, p. 648), faz parte da interpretação de poder constituinte desenvolvida no capítulo 3 deste trabalho.

ação popular sobre a constituição “renova” sua legitimidade e efetiva a premissa de que ela é baseada no consentimento das pessoas a ela sujeitas.³⁵

Nesse contexto, “poder constituinte” assume um sentido mais amplo. Como observado acima, não é meramente uma capacidade para *instituir* uma constituição, mas um poder duradouro que funciona como sustentáculo das instituições políticas. No capítulo 3, argumentarei que essa forma de o conceber acaba por apagar a especificidade do poder constituinte, que passa a se confundir com o que, com base no trabalho de Hannah Arendt, denomino “poder” ou “poder político”. Essa confusão coloca em risco as pretensões do constitucionalismo democrático, na medida em que reconhece uma força extrajurídica e puramente factual (não normativa) autorizada a intervir sobre a constituição positiva sem a necessidade de ser depurada pelos procedimentos usualmente exigidos para tanto. Na medida em que essa força pertence a uma entidade que depende, para sua manifestação (e para sua própria existência), de mecanismos de mediação e representação, essa perspectiva abre espaço para que indivíduos ou grupos que se propõem a falar em nome do povo argumentem que estão autorizados a agir de maneira extraconstitucional, rompendo a ordem estabelecida.³⁶

Uma tentativa de contornar esse problema consiste em enfatizar que o “povo” pode apenas se manifestar por meio de procedimentos institucionalizados. É essa a estratégia de teorias que postulam o “paradoxo do constitucionalismo” como um problema importante e real e se propõem a resolvê-lo, como as de Martin Loughlin e Hans Lindahl. Böckenförde chega, em alguns momentos, a aproximar-se de uma interpretação como a de Loughlin, em que o poder constituinte corresponde exatamente ao poder da “sociedade civil”³⁷ – do povo “desorganizado” de Böckenförde. Esse é o caso, por exemplo, quando o autor aplica sua análise teórica às constituições dos estados alemães. Ali, após mencionar constituições que preveem mecanismos de participação popular (referendos e iniciativa popular), ele afirma que

Nesses procedimentos legislativos em que os cidadãos atuam, emerge claramente a conexão entre ações do povo organizado – que é um órgão de direito constitucional (*pouvoir constitué*) e existe sob a constituição – e expressões do povo não-organizado, que é o titular do *pouvoir constituant* e o soberano. (...) [T]eoricamente e em termos de prática política, essa situação coloca problemas muito complicados se uma decisão vinculante tomada pelo povo for, posteriormente, considerada inconstitucional e invalidada por um tribunal, que decide em nome do povo. Esses problemas surgem, precisamente, porque, em uma decisão ou expressão de vontade na qual o povo (organizado) é convocado na forma de uma cidadania ativa, o povo como soberano está, também, sempre envolvido e presente. (Böckenförde, 2017, p. 181)

³⁵ Como argumenta Rubinelli (2020, p. 151–157), aqui “poder constituinte” é construído como parte de uma proposta política que busca incentivar um maior engajamento popular com a política.

³⁶ Ver nota 28 acima.

³⁷ Ou, talvez mais precisamente, à expressão jurídica desse poder.

Portanto, a tensão entre instituições constituídas e o povo titular do poder constituinte é permanente, mesmo – e talvez principalmente – quando o povo é chamado para atuar em suas funções de “órgão constituído”, i.e., como o conjunto de pessoas titulares de direitos políticos. Com isso, a teoria de Böckenförde parece incapaz de resolver o problema da submissão do estado de direito democrático à permanente possibilidade de uma exceção – não no plano factual, em que essa é uma possibilidade sempre que houver um grupo suficientemente forte para se impor aos demais e aceitar os custos de fazê-lo, mas no plano normativo, da justificação dessas rupturas.³⁸ Embora Böckenförde busque domar o poder constituinte, indicando os mecanismos por meio dos quais uma ordem constitucional poderia delimitá-lo e canalizá-lo, essa análise sugere que conceber o povo como um sujeito unificado e externo à constituição, cuja existência e poder se mantêm paralelamente a essa ordem e a quem se permite intervir sobre ela mesmo fora dos procedimentos estabelecidos, inevitavelmente deixa aberta a possibilidade de que grupos específicos assumam o papel de falar em nome do povo e, com isso, se apossam desse poder ilimitado e permanentemente presente.³⁹

Esse problema é agravado quando se concebe o povo, explicitamente, como uma espécie de “presença” ou uma entidade “real”.⁴⁰ Na medida em que ele, na verdade, pode fazer-se presente apenas de maneira mediada, torna-se mais plausível o argumento, por parte de um indivíduo, grupo ou instituição, de ser uma “encarnação” do povo (ou de sua vontade).

Para além disso, essa forma de conceber o povo cria outro problema para a tentativa de legitimar a ordem política com recurso ao conceito de poder constituinte. Esse é o objeto da próxima subseção.

1.1.3. Povo, política e legitimidade: a crítica de Lars Vinx

Como observado acima, a interpretação de Böckenförde representa uma tentativa de domesticar e democratizar algumas ideias fundamentais de Carl Schmitt. Ao longo das duas últimas seções, busquei indicar alguns problemas importantes que essa tentativa parece não

³⁸ O que, evidentemente, apenas é um problema quando se valora positivamente o estado de direito. Uma perspectiva que busca exaltar a primazia do político sobre o jurídico, que toma o estado de direito como um “sonho” ou uma farsa, acomoda e até valoriza esse tipo de consequência. Esse é o caso de Loughlin, em cuja teoria, o direito (público) parece ser absorvido pela política. Críticas a esse tipo de posição são apresentadas por Allan (2013) e Walters (2012) e, no contexto específico da teoria do poder constituinte, Dyzenhaus (2007). Cf., também, McCormick (2007, p. 174–176, 182–185).

³⁹ Parece plausível supor que, no caso analisado acima (de decisão popular sobre emendas constitucionais), uma análise de constitucionalidade prévia – que diga respeito à questão proposta, não à decisão (que, nesse caso, ainda não aconteceu) – poderia, em alguma medida, funcionar como uma barreira a reivindicações espúrias do poder constituinte. O ônus de bloquear certas decisões que, em tese, seriam possíveis é menor antes de tais decisões serem efetivamente tomadas. Böckenförde (2017, p. 181) aposta nessa alternativa.

⁴⁰ Cf. a citação transcrita na página anterior.

conseguir resolver e que, com isso, a enfraquecem como uma alternativa teórica viável à luz de um compromisso com o estado de direito democrático. Isso não significa, contudo, que ela seja inviável em seus próprios termos.

Recentemente, porém, Lars Vinx apresentou um argumento sustentando que um elemento específico dessa teoria a torna incoerente como uma teoria da legitimidade. Ela colocaria uma pergunta que, em função de seus próprios pressupostos, seria incapaz de responder. O elemento supostamente problemático seria o pressuposto de “unidade política do povo” – que, no artigo de Böckenförde analisado acima, aparece no conceito de “povo em sentido político” ou “nação”, que, como vimos, corresponde ao sujeito do poder constituinte.

Esta subseção dedica-se à exposição e análise dessa crítica, a qual pode ter implicações importantes para a teorização sobre o poder constituinte, na medida em que se admitir uma conexão entre esse conceito e a ideia de “povo”. Se válida, ela pode indicar que certas formas de articular a noção de “povo” são mais viáveis que outras do ponto de vista de uma teoria da legitimidade que considere a criação constitucional.

A crítica de Lars Vinx é formulada explicitamente como uma análise da interpretação de Böckenförde sobre o poder constituinte, mas ela tem uma pretensão mais ampla, nomeadamente, avaliar a viabilidade de teorias do poder constituinte inspiradas nas ideias de Carl Schmitt, mas adaptadas a uma teoria democrática (Vinx, 2019, p. 16). O argumento também está inserido no quadro mais amplo de sua crítica a concepções “fortes” de soberania popular como fundamento de legitimidade de ordens políticas (Vinx, 2013).⁴¹ Uma concepção desse tipo

rejeita o argumento de que exercícios do poder constituinte, para serem autênticos, devem se conformar a princípios procedimentais de inclusão e abertura deliberativa – sejam morais ou jurídicos. Além disso, uma teoria desse tipo nega que exercícios autênticos do poder constituinte devem ter certos resultados substantivos predeterminados por raciocínios normativos. Qualquer resultado deve ser considerado legítimo, desde que ele resulte da vontade do povo. Radicalizar nossa teoria do poder constituinte nesses dois pontos é a única maneira – ou é isso que defensores contemporâneos da soberania popular forte acreditam – de atribuir a apelos ao poder constituinte uma relevância distintiva e irreduzível na explicação da legitimidade de uma constituição democrática. (Vinx, 2019, p. 18)⁴²

Como observado acima, Böckenförde considera que o poder constituinte não é – nem pode ser – limitado por parâmetros normativos previamente identificados. Considerando que o poder constituinte é entendido como a fonte de legitimidade da constituição, admitir esse tipo

⁴¹ Cf., também, Duke (2020b).

⁴² Sobre a ideia de que o poder constituinte deve ter uma “relevância distintiva e irreduzível” para a teoria, cf. seções 1.2.2 e 3.2.1 abaixo. Como se verá à frente, o argumento deste trabalho é que o conceito não tem uma relevância desse tipo no que diz respeito à legitimidade propriamente.

de restrição significaria que tal poder apenas é corretamente exercido se conformado por tais parâmetros. Ele só é capaz de legitimar a constituição se exercido desse modo. Mas, nesse caso, a legitimidade da constituição decorreria não do poder constituinte propriamente, mas da conformidade com – ou, ao menos, da não violação de – tais parâmetros normativos. Assim, para fundar a legitimidade da constituição no próprio poder constituinte, é preciso concebê-lo como desvinculado de restrições normativas prévias.

Para que a questão da legitimidade não seja reduzida à mera legalidade, o poder constituinte, nessa interpretação, como observa Vinx (2019, p. 21, 24–25), tem que ser concebido também como externo ao direito. Em outras palavras, ele não pode ser compreendido com referência à ordem jurídica, como sujeito a algum parâmetro por ela estabelecido ou pressuposto. Ele tem que ser concebido como anterior à ordem constitucional. Com isso, retornamos à questão de definir em que consiste um poder constituinte *autêntico*, i.e., de distinguir, dentre os poderes factuais que existem fora de uma ordem constitucional, qual pode dar origem a uma ordem legítima.

A solução proposta por Böckenförde, como indicado acima, refere-se a seu conceito de povo em sentido político e, mais especificamente, à ideia de ordem compartilhada por esse grupo de indivíduos – que corresponde à percepção de que eles formam uma unidade política ou, em outras palavras, à identidade desse grupo. O problema analisado por Lars Vinx decorre da maneira como Böckenförde procura determinar essa identidade – que, no contexto de sua teoria, com a rejeição de fundamentos morais para o poder constituinte, na verdade, parece ser a única opção disponível.

O que, então, define o povo em sentido político para Böckenförde? Qual critério determina que um grupo de indivíduos reconhece a si mesmo como uma unidade política e, assim torna-se apto a apresentar-se como um “ator na história”? A chave encontra-se no conceito de “político” – mais uma ideia adaptada por Böckenförde do trabalho de Carl Schmitt. Embora ao definir o povo em sentido político Böckenförde não faça referência expressa a Schmitt, a já ressaltada similaridade das definições e a influência notória desse autor sobre a interpretação de Böckenförde indica que esse é mais um conceito schmittiano por ele adaptado. Essa leitura é corroborada por outro trabalho de Böckenförde (1997), em que ele analisa o conceito de político de Carl Schmitt e argumenta que ele é central para sua teoria jurídica e constitucional.⁴³

⁴³ Cf., especialmente, p. 8: “O direito constitucional aparece, então, como a ordem e forma normativa vinculante que determina a existência, manutenção e capacidade de ação de uma unidade política no sentido apresentado

Segundo Böckenförde,

O político não consiste em uma esfera determinada de objetos, mas, na verdade, significa uma relação pública entre pessoas, uma relação marcada por um grau específico de associação ou dissociação que pode, potencialmente, levar à distinção entre amigo e inimigo; o conteúdo subjacente a essa relação pode originar-se de qualquer esfera ou área da vida humana. (Böckenförde, 1997, p. 6)

Essa definição seria aplicada, primariamente, no âmbito das relações internacionais, na medida em que dentro do Estado, que corresponde à unidade política do povo, as disputas permaneceriam abaixo desse grau máximo de intensidade (amigo-inimigo), ainda que a possibilidade de escalada nunca possa ser descartada. Essa relativa pacificação existente no interior do Estado seria garantida pela “relativa homogeneidade do povo”, que criaria entre seus integrantes um “senso de solidariedade (i.e., amizade)” (Böckenförde, 1997, p. 7). A manutenção da comunidade política depende do sucesso em, de um lado, defender-se de inimigos externos e, de outro, evitar que os conflitos internos cheguem à intensidade de conflitos amigo-inimigo (Böckenförde, 1997, p. 8).

A pergunta que deve ser respondida, então, é: em que sentido se pode dizer que é legítima uma constituição criada por um poder constituinte que é expressão de uma ideia de ordem compartilhada por uma unidade política desse tipo? (Vinx, 2019, p. 26) A resposta parece razoavelmente óbvia: a constituição é legítima, porque corresponde a uma decisão de um povo compreendida como uma expressão daquilo que une que seus integrantes politicamente. É uma manifestação de autogoverno democrático.

A crítica de Vinx (2019, p. 26–28) direciona-se à maneira como essa manifestação é entendida dentro do quadro teórico de Böckenförde. Na medida em que o poder constituinte autêntico é compreendido como livre de quaisquer constrangimentos normativos – morais ou jurídicos –, não se pode identificar, previamente a um exercício efetivo desse poder, quem, de fato, pertence ao povo que atribui a si mesmo uma constituição. Não é possível, por exemplo, recorrer a um princípio moral de que a constituição (ou o processo constituinte) deve ser justificável perante todas as pessoas afetadas ou que deve considerar adequadamente todos os interesses envolvidos. Tampouco pode-se recorrer a direitos políticos já instituídos por uma ordem político-jurídica previamente existente. É apenas no próprio ato constituinte que ocorre essa determinação. E, a partir desse momento, as pessoas que se identificam com a decisão tomada – ou, mais precisamente, com a concepção de ordem a ela subjacente – fazem parte do grupo, do povo em sentido político. As que não se identificam, estão excluídas.

acima. O *telos* específico do direito constitucional é e deve ser facilitar, preservar e apoiar o Estado como uma ordem e unidade política.”

Essa exclusão não significa, necessariamente, vedar a participação formal de certos grupos no processo constituinte, mas excluir suas demandas por reconhecimento da constituição. Um exemplo, no caso brasileiro, poderia ser a ausência de fundamento para a proteção às estruturas sociais, “costumes, línguas, crenças e tradições” dos povos indígenas, além de seus “direitos originários às terras que tradicionalmente ocupam” e da capacidade para ingressar em juízo para defender tais direitos.⁴⁴ Sem isso,⁴⁵ tais povos não seriam parte da comunidade cuja identidade se expressa na constituição; ela não seria *sua* constituição, mas, no máximo, um conjunto de normas imposto por um grupo definido por critérios que os excluem. Ela é deliberadamente exclusiva: nem se propõe a ser a *sua* constituição.

Não é possível, nesse quadro teórico, argumentar previamente ou durante um processo constituinte que certos grupos devem ter seus interesses considerados: isso implicaria impor constrangimentos normativos ao poder constituinte, hipótese descartada por Böckenförde. Os critérios para definir a identidade do povo são revelados apenas na própria decisão constituinte, porque, como sustenta Böckenförde, o “político” não pode ser tematicamente delimitado em abstrato – apenas concretamente é que se pode saber quais fatos e disputas motivarão os integrantes de um grupo a, nas palavras de Vinx (2019, p. 28), “cruzar o limiar do político” – e esclarecer, assim, quem efetivamente pertence ou não ao grupo.

Frente a uma constituição entendida dessa maneira, uma pessoa que não se identifica com a identidade articulada pelo poder constituinte poderia questionar sua legitimidade, mas teria como resposta apenas que “as pessoas que não querem se adaptar à identidade política estabelecida na constituição, ou que simplesmente não se encaixam nela, não pertencem, verdadeiramente, ao povo constituinte” (Vinx, 2019, p. 29). Portanto, não têm direito a exigir que suas visões sejam incorporadas à constituição.

Consequentemente, nesse contexto,

[um pedido por justificação da constituição], ao que parece, seria imotivado se partisse de alguém que já se identifica com a identidade constitucional que foi expressa na escolha constituinte. Para essa pessoa, o problema da justificação da constituição não surgiria, porque a constituição já expressa suas convicções sobre a ideia de ordem que deveria ser instituída constitucionalmente. (...) Agora tomemos o ponto de vista de uma pessoa que poderia perguntar sobre a justificação da constituição. Essa deve ser uma pessoa cuja noção de boa ordem social não é (totalmente) implementada na constituição (...). Responder a tais questionamentos apontando que a constituição é legítima, porque foi produzida pelo povo não teria sentido, na medida em que o reclamante não é considerado (e, tendo em vista sua

⁴⁴ Cf. arts. 231 e 232 da Constituição.

⁴⁵ E isso não implica, necessariamente, que tal proteção tivesse de ser expressamente formulada no texto constitucional. Em tese, ela poderia decorrer de uma interpretação de direitos válidos para todos “os brasileiros e estrangeiros residentes no País” (art. 5º, *caput*) que levasse em consideração as especificidades desses povos. Essa questão envolve, evidentemente, inúmeras complexidades que não serão abordadas aqui.

exclusão de participação efetiva no processo constituinte, não tem razão para considerar a si mesmo) um membro do povo constituinte. O pressuposto schmittiano de que uma verdadeira escolha constituinte, uma que não acabe envolvida em compromissos “dilatatórios”, deve expressar uma unidade de identidade política simplesmente não deixa espaço para qualquer justificação prática com recurso ao poder constituinte que possa atribuir à constituição uma autoridade prática independente de seu conteúdo (Vinx, 2019, p. 30)

Em outras palavras, uma pessoa que – de acordo com os critérios expressos na constituição – faz parte do povo, não tem razão para colocar a pergunta da legitimidade: a constituição simplesmente expressa sua própria concepção de ordem e de identidade da unidade política, do povo em sentido político. Para uma pessoa que não faz parte do povo assim definido, a constituição não oferece resposta a tal pergunta e nem se propõe a fazê-lo. Essa pessoa é, simplesmente, uma *outsider* que não tem uma pretensão justificada a intervir sobre as escolhas do povo; ela não pertence ao sujeito daquela constituição – é excluída. Resta-lhe, então, aquiescer às decisões dessa comunidade – que não lhe oferece justificação –, ou rebelar-se contra ela.⁴⁶

Em síntese, uma teoria “forte” do poder constituinte, tal como a de Böckenförde, que busca fundar a legitimidade da ordem política, estruturada pelo direito, exclusivamente no exercício de um poder constituinte, vê-se obrigada a tomar um caminho que a torna imprestável como teoria da legitimidade política.⁴⁷ A ideia de legitimidade diz respeito às condições sob as

⁴⁶ Nessa interpretação, portanto, só haveria duas formas possíveis de relação com a comunidade política “aquela de amigo, que não precisa ser convencido de que uma constituição feita por amigos é justificada, e aquela de um *outsider* potencialmente hostil, sobre quem a constituição nem mesmo se propõe a ter autoridade normativa.” (Vinx, 2019, p. 38).

⁴⁷ Vinx (2019) analisa e descarta dois outros caminhos possíveis para formular uma teoria do poder constituinte fundada no quadro teórico delineado por Böckenförde, que serão aqui apenas brevemente mencionados, por me parecerem menos relevantes do ponto de vista de uma interpretação comprometida com o estado de direito democrático e o pluralismo. O primeiro consiste no que Vinx (2019, p. 31–35) chama de argumento da estabilidade/ homogeneidade. Esse argumento consiste em sustentar que a existência de uma constituição que corresponde à expressão de uma identidade pré-constitucional do povo e que dependeria da existência de uma sociedade “relativamente homogênea” seria pré-requisito para a estabilidade da constituição e, por consequência, para a manutenção de uma “situação de direito” (*Rechtszustand*) em oposição a um estado de natureza. Vinx descarta esse argumento pela dubiedade da premissa empírica subjacente (de que homogeneidade seria necessária para a estabilidade); pela dificuldade em “medir” homogeneidade, na medida em que não há um critério não arbitrário a partir do qual se possa analisá-la; e pelo exemplo do “nacionalismo cívico”, que seria fundado em uma compreensão de identidade orientada pelo direito e pela constituição e que, assim, seria independente de uma suposta identidade concreta do povo prévia à constituição. O segundo caminho aposta na radicalização das premissas schmittianas, levando a um argumento chamado por Vinx (2019, p. 35–37) de “argumento da identidade” que consiste basicamente em afirmar que um povo homogêneo tem direito a preservar sua identidade e, assim, a negar inclusão plena a pessoas tidas como *outsiders*. A legitimidade, então, dependeria de que a constituição mantivesse a exclusão dessas pessoas e, assim, a homogeneidade do povo. Nesse caso, Vinx não se propõe a enfrentar diretamente essa tese, mas apenas a mostrar como ela não é capaz de justificar os argumentos por ela inspirados para tentar barrar certas mudanças constitucionais. A crítica consiste em indicar que a noção de “identidade” de um povo – ou seja, do que significa ser “brasileiro/a” ou, como em seu exemplo, “alemã(o)” – é contestada dentro dessa própria unidade política, não é algo simplesmente dado ou identificável de maneira puramente objetiva. Essa controvérsia impede que um argumento definitivo sobre se certa mudança constitucional faz com a constituição alterada deixe de ser a constituição do povo brasileiro ou alemão. Esse tipo de disputa, no quadro teórico schmittiano, é exatamente aquela que precisa ser resolvida por meio de uma decisão constituinte,

quais devemos entender como válidas decisões ou pretensas normas com cujo conteúdo não necessariamente estamos de acordo e que não são, em um sentido óbvio do termo, autônomas.⁴⁸ Em uma teoria como a de Böckenförde, essa questão não pode ser propriamente respondida, já que, de um lado, temos pessoas cujas visões individuais são exatamente aquelas expressas na constituição e, de outro, as pessoas que discordam dessas visões e, por consequência, são excluídas da constituição – que, assim, não se propõe legítima para elas.

A próxima seção deste capítulo analisa uma interpretação que tem afinidade com as premissas de Böckenförde, mas que busca adaptar e reformular a teoria do poder constituinte soberano de modo a escapar dos problemas apontados aqui. Em geral, isso passa por tentativas de moderação do poder constituinte ou por uma argumentação que busca demonstrar conexões necessárias entre o conceito de poder constituinte e uma teoria da legitimidade. Como já sugerido nesta seção, essas tentativas acabam por colocar em dúvida sobre se a legitimação de uma ordem política depende, de fato, do exercício de um poder constituinte ou advém, na verdade, de outras fontes. Uma análise mais pormenorizada de uma teoria desse tipo permite – além de identificar seus problemas específicos – mostrar por que este é o caso e, com isso, sinalizar um caminho mais promissor de teorização sobre o conceito de poder constituinte, que será seguido nos capítulos seguintes.

1.2. Andreas Kalyvas: Poder constituinte e política extraordinária

1.2.1. Soberania como poder constituinte

Andreas Kalyvas (2005, p. 223–225) apresenta o poder constituinte como uma interpretação do conceito soberania, a qual, segundo ele, permitiria mostrar que esse conceito não é anacrônico ou perigoso, mas central para a política moderna. Essa interpretação da soberania como poder constituinte é apresentada como alternativa àquela que a entende em termos de comandos arbitrários fundados em uma relação hierárquica, que se expressa como um poder ilimitado e além de qualquer lei. Essa interpretação de soberania à qual Kalyvas busca

que determine quem pertence ou não à comunidade. Ou seja, está justificado em seu argumento sobre a identidade do povo apenas quem consegue, de maneira efetiva, impor sua interpretação dessa identidade. Na prática, aqui não estamos mais em um terreno normativo, mas no campo do poder ou da mera força.

⁴⁸ Vinx (2013, p. 103) considera que a função do direito legítimo é “reconciliar-nos com a heteronomia com que inevitavelmente deparamos em uma comunidade política, em que pessoas que diferem em seus valores, preferências e opiniões devem, de alguma maneira, tomar decisões coletivas que nunca poderão satisfazer a todas.” Uma maneira ligeiramente diversa de colocar a questão é que a ideia de legitimidade diz respeito a como compatibilizar a heteronomia que, ostensivamente, é uma característica do direito positivo com a autonomia de indivíduos sujeitos à lei. Uma perspectiva específica sobre esse tema, em que a questão a ser respondida é “como a validade jurídica pode ser entendida e estabelecida por meio do raciocínio autônomo” pode ser encontrada em Sieckmann (2012, p. 161–182).

se opor é associada, por ele, a autores como Jean Bodin, Thomas Hobbes, John Austin e Max Weber, entre outros.

Em sua interpretação – que remontaria a um outro grupo de autores, dentre os quais figuram John Locke, Emmanuel Sieyès e Carl Schmitt –, a soberania não corresponderia a um poder de comando ilimitado, mas a um poder para “fundar, positivizar, constituir”, ou seja, um poder constituinte (Kalyvas, 2005, p. 225). Essa interpretação daria mais espaço para as promessas de emancipação associadas à ideia de soberania popular e, ao mesmo tempo, seria capaz de escapar às críticas direcionadas à outra interpretação.

Kalyvas indica como essas críticas seriam evitadas com base na teoria de Schmitt, apontando para uma suposta diferenciação entre “ditadura” e “soberania” em sua obra, a qual não costuma ser observada em interpretações mais correntes – o que se deve, provavelmente, ao fato de Schmitt unir as duas ideias no conceito de “ditadura soberana”. Na leitura de Kalyvas (2008, p. 91–92, 97–99), enquanto a ditadura representaria a ruptura com as normas previamente existentes (correspondente à suspensão da constituição) e um exercício arbitrário de poder (executivo) destinado a reestabelecer a ordem, a soberania teria um aspecto eminentemente criativo, produtivo e legislativo, que se expressaria na forma de uma vontade geral, não em medidas individuais.

Com base nessa interpretação, seria possível extrair da obra de Schmitt elementos para uma teoria democrática radical, separando-os de aspectos mais problemáticos de sua teoria e, nesse contexto, dos aparentes vínculos entre poder constituinte (aqui equiparado à soberania) e ditadura e entre política extraordinária e exceção. Não está claro até que ponto esses dois conceitos são, de fato, separáveis dessa maneira – o que é indicado pelo uso da expressão “ditadura soberana” pelo próprio Schmitt. Um exercício de soberania entendida nesse sentido pode ser sempre visto com referência a uma ordem anteriormente existente e, assim, como uma ruptura, uma suspensão (total e permanente) dessa ordem – o que se expressa na dificuldade em distinguir “ilegal” (associado por Kalyvas à ditadura) de “extralegal” (associado à soberania), que fica clara na seguinte passagem, em que, analisando as ideias de Carl Schmitt, Kalyvas afirma:

“[O] direito, bem como a constituição como documento jurídico de mais alta hierarquia, é condicionado e subordinado à sua [do povo] vontade e vulnerável a mudanças decorrentes de suas vontades e decisões. De fato, o povo constituinte soberano pode iniciar uma mudança no direito em violação às leis instituídas. O sujeito soberano ignora o direito instituído para tornar possível a ‘instauração’ de um direito novo.” (Kalyvas, 2008, p. 117).

Na medida em que essa interpretação heterodoxa das ideias de Schmitt parece duvidosa, é de se perguntar se a tentativa de Kalyvas de suprimir as conotações personalistas, decisionistas

e unificadoras do conceito de soberania é, de fato, bem-sucedida. De qualquer modo, mais relevante para fins do presente argumento é que Kalyvas identifica duas características principais dessa concepção alternativa de soberania: seu caráter afirmativo/ instituinte;⁴⁹ e sua relação tensa e ambivalente com a ordem constitucional por ela estabelecida. Do primeiro aspecto, Kalyvas extrai um conceito de soberano – i.e., do titular da soberania: “soberano é quem determina a forma constitucional, a identidade jurídica e política e a estrutura de uma comunidade em sua totalidade” (Kalyvas, 2005, p. 226). A manifestação desse poder ocorre em processos constituintes, ou seja, em momentos nos quais são estabelecidas as leis fundamentais de uma comunidade – aquelas que regem a criação de novas leis (inferiores).

Essa formulação permite a Kalyvas (2005, p. 226–227) identificar três diferenças entre sua proposta e interpretações da soberania como comando hierárquico e ilimitado. A primeira consiste no caráter *produtivo* da soberania como poder constituinte, que se expressa no seu exercício, que é orientado para criar uma nova ordem. A soberania como comando, por sua vez, teria uma natureza repressiva, centrada na coerção a ser empregada para garantir o cumprimento de seus comandos. A segunda diferença é que sua concepção de soberania tem uma natureza *legislativa*, na medida em que a “missão” do soberano consiste em estabelecer leis fundamentais e procedimentais que passarão a organizar o exercício do poder. O modelo da soberania como comando, por sua vez, seria a atividade de governo (*ruling*), em que o soberano é concebido como governante absoluto. A terceira diferença diz respeito à fonte da soberania, que, no modelo de comando, está no topo – na medida em que ela corresponde ao poder supremo de comando, que deve ser obedecido pelos inferiores – e no modelo de poder constituinte, está na base das instituições: ela corresponde, em um sentido literal, às suas *fundações* – algo que está “abaixo” delas e lhes dá sustentação.

Esses três traços identificados por Kalyvas – que correspondem à especificação da primeira característica fundamental mencionada anteriormente – ajudam a esclarecer o sentido do conceito de poder constituinte e a delimitá-lo em relação a outros conceitos políticos. Seu caráter produtivo, por exemplo, além de distingui-lo de um modelo centrado na ideia de comando, ajuda a diferenciá-lo de formas de ação política voltadas simplesmente ao questionamento da ordem estabelecida, sem um elemento propositivo – um horizonte para sua superação e substituição por uma nova ordem.⁵⁰

⁴⁹ Empreguei esses termos por falta de melhor tradução para a palavra “positing”. A ideia é que a soberania, entendida nesse sentido proposto por Kalyvas, corresponde a *estabelecer, positivar, instituir* algo.

⁵⁰ Esse tema será retomado na seção 2.3 e no capítulo 3.

A associação entre poder constituinte e a atividade legislativa, por sua vez, elucida que o objeto do poder constituinte é uma lei positiva: a constituição.⁵¹ Isso significa que seu exercício não é totalmente livre ou arbitrário. O produto de um poder constituinte deve ser inteligível como uma lei – i.e., deve orientar-se pela forma jurídica: uma regulação geral e abstrata, prospectiva, pública, etc. Empregar o termo poder constituinte, portanto, implica postular uma conexão fundamental entre direito e política, cuja natureza e conteúdo devem ser mais bem esclarecidos.

O terceiro elemento identificado por Kalyvas, a ideia de que o poder constituinte se localiza *na base* de uma estrutura institucional, está associado à percepção moderna de que ordens políticas não são dados da natureza, nem correspondem à mera implementação de um direito natural ou divino.⁵² Quando essa percepção vem à tona, torna-se inevitável colocar certas perguntas, como: quem instituiu a ordem vigente? Quais as condições para superá-la? Quem tem direito de decidir se essa ordem deve ser superada? Quem tem direito de estruturar uma nova ordem?

Como vimos na análise da proposta de Böckenförde,⁵³ na ausência de um fundamento natural ou divino para a autoridade das instituições, o único candidato plausível para esse posto passa a ser o “povo” – ou, em outras palavras, as próprias pessoas que estão (ou estarão) sujeitas a essa ordem política. São elas que podem decidir sobre as condições de sua vida comum. É nesse sentido que Kalyvas afirma que o fundamento da ordem política está em sua base – afinal, é uma interpretação razoável do dia a dia de ordens políticas modernas aquela segundo a qual, em situações normais, o povo é quem obedece aos comandos do governo e está sujeito às regras por ele estabelecidas, sob ameaça de sanção em caso de descumprimento.

Se o elemento anterior – o caráter legislativo – mostrava o vínculo interno entre poder constituinte e direito, esse terceiro aspecto ressalta o mesmo tipo de vínculo entre poder constituinte e política. Esses esclarecimentos conceituais, portanto, indicam que não se pode compreender adequadamente a ideia de poder constituinte – em sua inteireza e complexidade – localizando-o em apenas um desses campos ou analisando-o apenas a partir de uma dessas perspectivas. O poder constituinte funciona como um conector entre direito e política e é uma tarefa central de qualquer teoria sobre esse conceito apresentar uma interpretação plausível das

⁵¹ “[O] ato de criar novas constituições [é] um ato jurídico por excelência” (Kalyvas, 2008, p. 86). Note-se que, aqui, ele está criticando Carl Schmitt por assumir uma perspectiva “excessivamente jurídica” sobre a soberania que, redefinida como poder constituinte, seria reduzida a esse ato jurídico. Kalyvas busca chamar atenção para outros aspectos (extrajurídicos ou extrainstitucionais) da “política extraordinária”. Cf. Kalyvas (2008, p. 4 ss.).

⁵² Cf. Kalyvas (2005, p. 229).

⁵³ Seção 1.1 acima.

relações entre esses dois campos. Essa é uma das ideias que orienta este trabalho e os elementos que lhe dão substância – identificados por Kalyvas – serão novamente abordados no capítulo 3, em que busco elaborar uma interpretação mais abrangente do conceito de poder constituinte.

De volta à análise de Kalyvas, como observado acima, a segunda característica principal da soberania como poder constituinte identificada por ele é sua relação tensa com a ordem constituída. Esse ponto é esclarecido por ele com referência a Sieyès e Schmitt e à ideia compartilhada por eles⁵⁴ de que o soberano constituinte se encontraria em um “estado de natureza desprovido de normas” (Kalyvas, 2005, p. 227).⁵⁵ Essa característica decorreria do fato de que a constituição é a norma superior de uma ordem jurídica e, portanto, não tem qualquer outra norma como seu fundamento. Dessa forma, este poderia apenas ser extrajurídico. Citando Schmitt, Kalyvas afirma que o poder constituinte, como um início absoluto, surge de um “vácuo normativo” e de um estado de desordem.⁵⁶

Essa ideia leva ao ponto central do argumento de Kalyvas – formulado, mais uma vez, com referência a Schmitt –, que corresponde à ideia de que há uma afinidade eletiva entre poder constituinte e exceção. Esta consiste, exatamente, em um momento sem lei: “a exceção é aquilo que não pode ser subsumido [a uma norma]; ela resiste a uma codificação geral, mas ela, simultaneamente, revela um elemento jurídico específico – a decisão em sua pureza absoluta” (Schmitt, 2005, p. 13).⁵⁷ Na medida em que a constituição é produto do poder constituinte e, assim, inferior a ele, ela está sujeita à sua vontade, de modo que uma mudança legal pode ser operada pelo soberano constituinte mesmo em contradição com a ordem jurídica positiva (Kalyvas, 2005, p. 228).⁵⁸

Em uma passagem fundamental, Kalyvas afirma:

Para teorias do poder constituinte, portanto, as normas e regras (e instituições) fundamentais não têm outro fundamento senão o ato soberano instituinte,

⁵⁴ Ao menos na leitura de Kalyvas e de boa parte dos autores que se dedicam ao tema do poder constituinte. Para um contraponto, cf. Rubinelli (2020, p. 22–23, 46 ss., e passim), cujo argumento é que a posição atribuída por Kalyvas (e outros) à Sieyès é, na verdade, uma interpretação específica que Schmitt deu a seus argumentos em *Que é o terceiro estado?*.

⁵⁵ Essa é a ideia fundamental que leva ao argumento de que, necessariamente, o poder constituinte deve ser a fonte de legitimidade de uma nova ordem: se não há mais nada em que se apoiar (i.e., nenhuma normatividade), o único candidato restante é esse poder. Como veremos adiante, Kalyvas tenta ponderar essa afirmação recorrendo a certos princípios que seriam “inerentes” ao poder constituinte – e a dúvida que se coloca, então, é se esse é, de fato, o caso.

⁵⁶ Cf. Schmitt (2006, p. 20-24).

⁵⁷ Nesse contexto, “[a] decisão se libera de todos os laços normativos e torna-se verdadeiramente absoluta. (...) Diferentemente do que ocorre na situação normal, em que o momento autônomo da decisão se reduz a um mínimo, a norma é destruída na exceção.” (Schmitt, 2005, p. 12).

⁵⁸ A ideia de um “sujeito” constituinte que possui uma “vontade” é recorrente em teorias do poder constituinte e um dos elementos que leva às contradições e dificuldades analisadas ao longo deste trabalho. A interpretação desse conceito apresentada no capítulo 3 busca dissociar-se dessa posição enfatizando a pluralidade que condiciona a política.

desprovido, ele mesmo, de fundamento. Um ato verdadeiramente soberano sempre escapa da subsunção a qualquer regra ou norma, porque, na verdade, ele constitui sua origem última. (...) Dessa maneira, o ato soberano instituinte não pode ser reduzido ou reconduzido a qualquer coisa externa ou posterior a ele mesmo. Ele significa um recomeço jurídico. (...) Essa formulação, que enfatiza a exceção como uma descontinuidade jurídica, na forma de uma lacuna, lembra que, enquanto o sistema antigo é ab-rogado, o novo ainda não existe. Da perspectiva do poder constituinte, a soberania se torna visível apenas em circunstâncias excepcionais, quando uma constituição é destruída e uma outra ainda não nasceu. Durante o momento de criação constitucional originária, há uma ruptura, um deslocamento, que torna possível a reativação do poder constituinte. É por essa razão que ele costuma ser retratado como algo que emerge *ex nihilo* e descrito como extralegal ou pré-jurídico em vez de ilegal. (Kalyvas, 2005, p. 228)

Kalyvas, portanto, adota uma posição que pode ser qualificada como “excepcionalista” a respeito do poder constituinte. Ele acredita que essa conceituação teórica expressa as ideias de que processos constituintes costumam ocorrer no contexto de crises graves, nos quais, além disso, o próprio regime existente é um dos problemas a ser combatido. Esse segundo fator justificaria conceber o poder constituinte como desvinculado do direito anterior: na medida em que este é tido como defeituoso, não haveria razão para considerá-lo em um processo cujo objetivo é exatamente sua superação (Kalyvas, 2005, p. 228–229). O primeiro fator corresponde a um cenário de desordem, o qual, segundo Schmitt, apenas poderia ser ordenado por meio de uma decisão positiva, que instituiria os parâmetros normativos que regeriam uma subsequente situação normal (Schmitt, 2006, p. 24).

Kalyvas (2005, p. 230–231) reconhece que essa interpretação do poder constituinte cria alguns problemas importantes, que podem ser responsáveis por aquilo que ele identifica como uma ausência desse conceito na teoria constitucional e na prática política.⁵⁹ Dois deles são mais centrais e precisam ser adequadamente considerados por qualquer teoria do poder constituinte: sua aparente arbitrariedade, associada à ausência de uma autorização para seu exercício; e a capacidade de um poder que se origina de um vácuo normativo e jurídico para criar uma ordem estável.⁶⁰

O primeiro problema associa-se à preocupação de que os fundamentos de uma ordem constitucional sejam puramente factuais e arbitrários – o mero resultado de um exercício de força por parte de um grupo capaz de se impor sobre os demais. Isso conduz, ademais, à circularidade que encontramos na análise da proposta de Böckenförde: quem cria a constituição afirma-se como titular de um poder constituinte que, apenas posteriormente, seria reconhecido pela constituição, a qual é também produto daquele poder.

⁵⁹ Um cenário que se alterou com o tempo, como demonstra o grande volume de trabalhos sobre o poder constituinte publicados nos últimos 10 ou 15 anos, referidos ao longo de toda esta dissertação.

⁶⁰ Um terceiro problema, menos relevante, analisado brevemente por Kalyvas, é o de interpretações que concebem o poder constituinte como uma hipótese ou uma ficção.

A segunda dificuldade consiste naquilo que pode ser referido como o problema da revolução permanente. Postular um poder constituinte como capacidade ilimitada para criar normas constitucionais coloca, necessariamente, a pergunta sobre como estabelecer um ponto final para esse processo de criação constitucional, um momento de estabilização da ordem recém-criada. Sem um mecanismo que dê uma dignidade especial às leis estabelecidas, elas permanecem constantemente ao alcance do poder constituinte.

Na terminologia de Hannah Arendt, este corresponde ao problema da autoridade: o que deve figurar como fundamento de uma constituição, para que esta se torne um ponto de referência firme, fora do alcance da instável vontade popular? Em ordens tradicionais, essa dignidade especial conferida às leis fundamentais decorria da sanção divina ou da própria tradição. Mas a modernidade é marcada exatamente pelo colapso da religião e da tradição como fundamentos viáveis para a ordem política (Arendt, 2006, p. 108–109, 151).

O fundamento para a resposta dada por Kalyvas a esses problemas encontra-se na natureza essencialmente jurídica do poder constituinte, que seria um conceito “puramente teleológico”, na medida em que “realiza a si mesmo criando novas normas constitucionais” (Kalyvas, 2005, p. 233). O poder constituinte, em outras palavras, concretiza-se na criação de uma ordem constitucional. Por ser a “causa final” do poder constituinte, a ideia de “ordem constitucional” não representaria uma limitação externa ao poder constituinte. Pode-se dizer que a ideia de ordem constitucional é estruturante, constitutiva, do poder constituinte, interna a esse conceito; e, por essa razão, representa também um parâmetro que regula seu exercício.⁶¹

Assim, mesmo que seja localizado em um “estado de natureza sem leis”, poder constituinte não seria, ele mesmo, “desprovido de leis e normas” (Kalyvas, 2005, p. 234). Seria um poder que existe com referência ao direito – um poder *de direito*, que se expressa por meio da generalidade das leis.⁶² Ele seria uma representação do direito “em potencial”, enquanto a constituição representaria o direito “efetivo” ou “real”. Paradoxalmente, “como um conceito jurídico, ele se manifesta em momentos de ausência de lei e desaparece em tempos de legalidade” (Kalyvas, 2005, p. 234).⁶³

⁶¹ Cf. Korsgaard (2009, p. 27–44).

⁶² Isso coloca a questão, não respondida por Kalyvas, sobre em que sentido é possível conceber o poder constituinte como um poder de direito se ele não encontra amparo em nenhuma ordem jurídica existente. Essa questão será retomada no capítulo 3.

⁶³ Esse ponto marca uma aparente aproximação com a proposta de Böckenförde, referido por Kalyvas nesse contexto. Como vimos, Böckenförde também busca negar a arbitrariedade do poder constituinte associando-a à forma do direito – uma associação que decorreria exatamente do elemento teleológico desse poder: sua orientação ao estabelecimento de uma ordem constitucional. No caso de Böckenförde, porém, a ideia de que o poder constituinte não é “normativamente vazio” é conectada não apenas ao conceito de “ordem constitucional” ou “estado de direito”, mas a um substrato ético que constituiria o sujeito constituinte. Kalyvas não adota essa perspectiva.

Então, resposta ao primeiro problema – a revolução permanente – é o argumento de que não conseguir institucionalizar uma constituição corresponde a uma “falha” do poder constituinte, uma incapacidade de realizar-se. Isso, porém, consiste em uma tentativa de superar essa dificuldade por meio de uma simples definição: se a ordem constitucional não se estabilizar, não houve poder constituinte. Permanece em aberto o problema de como é possível institucionalizar uma ordem estável e em que se pode fundá-la. Ou seja, fica-se sem resposta sobre o que pode, em um contexto constituinte, garantir um status especial a leis estruturantes da nova ordem.

Quanto ao segundo problema – da arbitrariedade – é necessário, na visão de Kalyvas, dar mais um passo: a forma jurídica do poder constituinte não o soluciona por si só. Ela não impediria que o soberano constituinte desviasse de seu rumo, que agisse de maneira confusa ou inconsistente. A arbitrariedade seria evitada apenas por meio da ação consistente, fundada em princípios. Kalyvas parece supor, na verdade, que a ação realizada dessa maneira seria o único exercício *genuíno* de um poder constituinte.

A ideia de “princípios” que guiam a ação é apresentada por Kalyvas com referência a Hannah Arendt. Segundo Arendt (1968, p. 152), um princípio é aquilo que inspira a ação e permite julgá-la. Princípios não se confundem com motivos, que são internos ao agente, nem com objetivos, que são a projeção daquilo que se quer alcançar com a ação. Eles se manifestam apenas no próprio ato de agir: não são anteriores – como razões para agir –, nem posteriores – como fins. Eles são, como afirma Kalyvas, *imanes*tes à ação – distinguem-se de parâmetros abstratos e transcendentos que nos permitem realizar juízos por meio da subsunção.⁶⁴

A arbitrariedade seria evitada, porque o ato de iniciar – instituir uma constituição – conteria em si mesmo seu princípio (Arendt, 2006, p. 205), expresso na própria ação de quem começa a agir e que passa a orientar, nos desenvolvimentos subsequentes, as pessoas que se unem a essa que tomou a iniciativa. Assim, segundo Kalyvas, os princípios imanes

tes à ação “protegem o poder constituinte de perder de vista aquilo que deve realizar, desse modo evitando que ele se transforme em um capricho que destrói a si mesmo ou em uma revolução permanente que engana a si mesma” (Kalyvas, 2005, p. 235).

Como observa Kalyvas, porém, o emprego do termo “princípio” por Arendt não é muito esclarecedor. Em alguns momentos, ela oferece um catálogo de tais princípios, mas, mesmo nesses casos, seu sentido permanece algo obscuro. Seus trabalhos tampouco nos oferecem um caminho claro para identificar tais princípios quando presenciamos ou analisamos uma ação.

⁶⁴ Cf. Arendt (2005, p. 65–66, 103).

Para dar substância a seu argumento, portanto, Kalyvas precisa conferir um sentido mais preciso à ideia de princípios imanentes à ação. Para isso, recorre à etimologia da palavra “constituir” e a algumas ideias de Jürgen Habermas.

Quanto à palavra “constituir”, Kalyvas (2005, p. 235–236) observa que, em sua origem latina, ela expressa a ideia de “instituir ou criar em conjunto”. Isso a oporia à concepção de soberania como comando mencionada anteriormente, ressaltando aspectos de intersubjetividade, impessoalidade, cooperação e publicidade – afastando a ideia de um soberano individual que incorpora uma autoridade unitária. Essa observação, combinada à natureza legislativa do poder constituinte, mencionada acima, conduz à análise de Habermas sobre a gênese do direito legítimo por meio da interação interpessoal e a seu argumento de que processos constituintes já contêm, em si, a substância do estado constitucional. O ato de constituir consistiria em explicitar os pressupostos procedimentais de “simetria, autonomia, igualdade, mutualidade, desacordo, discussão e inclusão” e formulá-los como direitos subjetivos (Kalyvas, 2005, p. 236).

As ideias de que existem certos princípios inerentes à prática de reunir-se e tomar decisões coletivas e de que o poder constituinte tem uma natureza jurídica representam duas importantes contribuições teóricas de Kalyvas para a compreensão de processos constituintes e da conexão entre política e direito que neles se manifesta. Essas duas ideias serão retomadas no capítulo 3, em que busco desenvolver uma interpretação de poder constituinte que supere as dificuldades encontradas pelas alternativas.

A própria teoria de Kalyvas contém, além de dificuldades pontuais já mencionadas, ao menos três elementos problemáticos. Dois deles dizem respeito à sua formulação de princípios imanentes mencionada acima. Primeiro, com sua ênfase excessiva na ideia de que tais princípios são imanentes à ação e, desse modo, passíveis de apreensão apenas pelas pessoas efetivamente envolvidas em determinada prática, no momento em que a realizam, Kalyvas parece sugerir que eles não podem ser analisados teoricamente. Com isso, a tentativa de formular, em um nível relativamente abstrato, uma teoria sobre a criação constitucional legítima parece fadada ao fracasso (Patberg, 2017, p. 52).

Em segundo lugar, Kalyvas tenta derivar consequências normativas do mero conteúdo semântico do verbo “constituir”. Mesmo que se deixe de lado a instabilidade e mutabilidade dos conceitos ao longo do tempo, não está claro por que a maneira como uma palavra é empregada por falantes de um idioma seria capaz de fornecer algum tipo de juízo normativo (Patberg, 2018b, p. 167–168). Patberg propõe-se a superar ambos os problemas recorrendo a uma “reconstrução racional” – inspirada em Habermas – da prática constituinte, a qual

consistiria em extrair o sentido performativo da prática de “reunir-se para constituir uma nova ordem política”. Com isso, princípios normativos seriam derivados não do significado de uma palavra, mas de pressupostos “idealizantes” assumidos por pessoas que tomam parte em determinada prática.

Por ora, a viabilidade dessa alternativa será deixada em suspenso. Retomarei a análise da alternativa proposta por Patberg na seção 3.3.1, que trata do exercício legítimo do poder constituinte dentro do quadro teórico geral delineado no capítulo 3, que compartilha muitas de suas premissas. Neste ponto, é mais relevante chamar atenção para outro problema fundamental da teoria de Kalyvas, que corresponde a uma dificuldade compartilhada por todas as teorias do poder constituinte soberano – que correspondem ao objeto específico do presente capítulo. Trata-se da vinculação estrita entre legitimidade do poder constituinte e legitimidade da ordem política que resulta de seu exercício.

1.2.2. Entre a legitimidade do poder constituinte e a legitimidade da constituição

Como indicado acima, Kalyvas concebe o poder constituinte como fundamento exclusivo de legitimidade de uma ordem política e, de maneira correlata, argumenta que uma ordem criada de maneira incompatível com as prescrições de sua teoria seria “inválida”:

se uma pessoa ou grupo se apropriar do poder para constituir uma ordem jurídica, excluindo todas as pessoas que serão a ela sujeitas, o documento constitucional resultante deve ser considerado inválido, não-autorizado, resultado de um ato arbitrário de usurpação que viola a prescrição normativa do ato constituinte. (Kalyvas, 2005, p. 239)

Esse tipo de perspectiva pode ser referido como a “tese do vício de origem”: uma ordem política criada de maneira não justificada normativamente teria um defeito intrínseco que a tornaria ilegítima. Essa é uma tese sobre a relação entre poder constituinte e constituição, ou, mais precisamente, entre a legitimidade de um e de outra. Segundo essa tese, há sempre uma sobreposição total entre a legitimidade do poder constituinte e a legitimidade da constituição. À primeira vista, a tese parece plausível, mas ela não resiste a um escrutínio mais detalhado.

Antes de passar a essa análise, porém, é importante mencionar brevemente o critério de legitimidade adotado por este trabalho, que buscarei fundamentar na sequência desta seção e, posteriormente, no capítulo 3.⁶⁵ Formulado de maneira genérica ele corresponde a: são legítimas as leis respaldadas por um poder popular gerado por uma comunicação razoavelmente desimpedida. Em outras palavras, a legitimidade depende de processos argumentativos que

⁶⁵ Especialmente importante é definir o que se entende por “poder popular” e “comunicação razoavelmente desimpedida”. O primeiro termo é analisado, especialmente, nas seções 3.1.2 e 3.2.1. Sua conexão com a tomada de decisões vinculantes é objeto da seção 3.2.3. O segundo termo é analisado na seção 3.3.1.

permitam a formação de entendimentos comuns sobre as decisões da comunidade política. Esse critério pode ser especificado e complexificado de inúmeras maneiras se considerarmos as dimensões institucional e “extra-institucional” desses processos e a interação entre essas esferas, por exemplo, por meio de mecanismos representativos.

Em um primeiro momento, esse critério parece sugerir que a legitimidade de uma ordem política deve ser conectada à ideia de poder constituinte. O restante desta seção busca mostrar, em diálogo crítico com a perspectiva de Kalyvas, que este não é o caso. O ponto de partida desse argumento é a constatação da estabilidade e aparente legitimidade⁶⁶ de constituições instituídas em desacordo com exigências normativas básicas associadas por Kalyvas ao conceito de poder constituinte. Esse é um primeiro indício de que tal conceito pode não ser tão central como parâmetro de legitimidade de ordens estabelecidas. Os dois exemplos mais conhecidos e discutidos são os do Japão, cuja Constituição foi imposta após a Segunda Guerra Mundial pelas forças militares dos EUA, e da Alemanha, onde a Constituição – em um primeiro momento, idealizada como provisória – foi redigida por uma assembleia formada por pessoas que não foram eleitas diretamente pelo povo.

Esses dois casos orientam parte da discussão sobre a relevância do conceito de poder constituinte. Críticos, como David Dyzenhaus (2012), os mobilizam para exemplificar a prescindibilidade do conceito em argumentos de justificação. De outro lado, Andrew Arato (2017, p. 21), por exemplo, argumenta que, em momentos críticos, o fato de essas constituições não terem sido criadas por um poder constituinte popular gera instabilidade e tensões, que demonstrariam que o déficit democrático de origem não teria sido totalmente superado.

Não está claro, porém, qual é a natureza da relação entre “momentos críticos” e a origem da constituição vigente. O caso alemão discutido por Arato, que trata do processo de reunificação, ajuda a ilustrar o ponto. Segundo Arato, as controvérsias a respeito da necessidade de criar uma nova constituição para a Alemanha unificada teria fundamento no fato, mencionado acima, de que a Lei Fundamental vigente na República Federal da Alemanha não fora criada por meio de procedimentos particularmente democráticos e, ademais, por razões óbvias, excluía de sua formulação o povo da República Democrática Alemã. Não é evidente, entretanto, que esse seja o (único) fundamento da controvérsia. Para além do problema de legitimidade, havia, também, uma questão jurídica.

Como observado acima, a Constituição alemã de 1949 foi pensada, originalmente, como uma lei provisória. A ideia de fundo era que, em algum momento futuro, as duas repúblicas

⁶⁶ Ou percepção de legitimidade por parte das pessoas sujeitas a ela.

alemães voltariam a se reunir em um único país. Para dar conta dessa expectativa, o artigo final da constituição (art. 146) foi redigido da seguinte maneira: “Esta lei fundamental perderá sua validade no dia em que entrar em vigor uma Constituição adotada pelo povo alemão por meio de uma decisão livre”. Esse artigo era interpretado como o caminho a ser seguido no momento da reunificação, no qual o “povo alemão” – sem qualificativos e, assim, contrastando com o preâmbulo do texto de 1949 em que a decisão constituinte era imputada ao povo alemão nos estados que integravam a República Federal da Alemanha naquele momento – teria a oportunidade de estabelecer sua ordem constitucional.

Em síntese, a própria existência desse dispositivo no texto constitucional colocava o problema da estruturação de uma ordem política para a Alemanha unificada. Ao problema da legitimidade acrescentava-se um problema de interpretação jurídica: ao deparar-se com a situação que constituía a hipótese de incidência da norma do art. 146, era preciso determinar se esta correspondia a uma obrigação ou a uma permissão – i.e., se ela impunha o estabelecimento de uma nova constituição ou apenas o autorizava.

Para além dessa discussão, porém, havia outro elemento em jogo: a própria constituição continha um outro dispositivo que poderia ser empregado para fins da reunificação, nomeadamente, seu art. 23, segundo o qual: “Esta Lei Fundamental vale, a princípio, nos territórios dos Estados de Baden, Baviera, grande Berlim, Hamburgo, Hessen, Baixa Saxônia, Renânia do Norte-Vestefália, Schleswig-Holstein, Württemberg-Baden e Württemberg-Hohenzollern. Em outras partes da Alemanha, ela será aplicável a partir de sua incorporação [à República Federal da Alemanha]”. Em outras palavras, esse artigo abria a possibilidade para que outros territórios entendidos como parte da “Alemanha” fossem incorporados à República Federal e, assim, à sua Constituição. No fim, foi exatamente isso o que ocorreu: os territórios da República Democrática Alemã foram incorporados, como novos estados-membros, à República Federal, cuja Constituição passou, com isso, a ser aplicável também nesses estados do leste.⁶⁷

Ou seja, a possibilidade de instituir uma nova constituição para a Alemanha unificada foi juridicamente contornada. Isso, porém, não esgotou a discussão – nem política, nem jurídica –, na medida em que o Tratado de Unificação continha, em seu art. 5º, uma recomendação para que o corpo legislativo da Alemanha unificada se engajasse, dentro de dois anos, com algumas

⁶⁷ De acordo com o art. 1º do Tratado de Unificação: “Com a efetivação da incorporação da República Democrática Alemã à República Federal da Alemanha, de acordo com o art. 23 da Lei Fundamental, no dia 3 de outubro de 1990 os estados de Brandemburgo, Mecklemburgo-Pomerânia Ocidental, Saxônia, Saxônia-Anhalt e Turíngia tornam-se estados da República Federal da Alemanha (...)”.

questões a respeito de mudanças constitucionais, dentre elas a da “aplicação do art. 146 da Lei Fundamental e da realização de uma consulta popular nesse contexto”.⁶⁸ No cenário da Reunificação, ademais, esse artigo foi emendado para que nele constasse que, com esse evento, a Constituição passou a se aplicar a “todo o povo alemão”.⁶⁹

Seria possível interpretar esse momento como uma situação em que a legalidade foi privilegiada em detrimento da legitimidade. Sendo correta essa leitura, seria de se esperar que a suposta instabilidade mencionada por Arato se perpetuasse e continuasse ameaçando a Constituição até o presente – mas esse não parece ser o caso. Por outro lado, segundo o critério de legitimidade adotado neste trabalho e mencionado brevemente acima, a incorporação dos territórios da Alemanha Oriental à República Federal da Alemanha parece representar um caso problemático ao menos para os habitantes dos territórios orientais: eles passam, em 1990, a estar sujeitos a uma estrutura política cuja criação não tiveram possibilidade de influenciar. Como dar sentido a essa aparente incoerência?

Entendo que isso depende da compreensão de que, com a passagem do tempo, uma ordem política pode passar a ser compreendida como legítima e pode estabilizar-se a despeito de sua origem questionável. Do ponto de vista do critério normativo mencionado acima, isso dependeria de sua capacidade para, com o desenrolar da vida política da comunidade, estruturar um sistema funcional de autogoverno. Antes de retomar essa ideia, é preciso explicitar por que e em que sentido a origem de uma ordem política perde importância ao longo do tempo.

Em primeiro lugar, é de se notar que, em “momentos críticos” mesmo constituições criadas por procedimentos amplamente democráticos podem ser postas em xeque. Na verdade, isso é da essência de qualquer proposta constituinte⁷⁰ apresentada em um país cuja constituição foi criada democraticamente, como o Brasil hoje. Momentos considerados “críticos” tendem, por sua própria natureza, a levar algumas pessoas a proporem a reconstituição da ordem vigente. Não parece haver uma relação necessária entre esse tipo de proposta e a origem não democrática de uma constituição.

Mesmo no caso de países cujas constituições foram impostas e nos quais, no contexto de uma grande crise, passam a circular propostas constituintes, esse vínculo não parece ser necessário – e talvez nem seja particularmente relevante. Na verdade, parece que, mesmo nesse

⁶⁸ Cf. Badura (1991), argumentando que a reunificação não esgotou a possibilidade de recorrer ao art. 146, mas defendendo que esse não seria o caminho adequado para instituir as mudanças constitucionais que ele considerava necessárias na época à luz do debate público sobre o tema.

⁶⁹ Uma análise das complexidades criadas por essa mudança e dos argumentos apresentados a seu respeito (por exemplo, sobre possível inconstitucionalidade da mudança e sobre a possibilidade de sua aplicação estar sujeita a limites substantivos ou temporais), pode ser encontrada em Wiederin (1992).

⁷⁰ Sobre esse conceito, ver seção 3.1.1 abaixo.

tipo de caso, identificar o “poder constituinte” que deu origem à constituição vigente representa apenas um fim subordinado dentro de uma proposta maior. Mais especificamente, essa identificação é parte de um movimento para *estabelecer uma nova ordem constitucional*, essa sim, fundada em um poder popular.

Em outras palavras, até mesmo nesses casos de constituições criadas de maneira insuficientemente democrática, é possível que a consideração sobre a origem do texto constitucional existente – sobre seu autor histórico – não seja determinante nas demandas por mudança. É possível que se queira instituir uma nova constituição, porque a atual é considerada injusta, ineficiente ou antidemocrática e isso pode independe dos meios pelos quais ela foi criada. O autor histórico pode ter certo peso simbólico, mas são as condições presentes – conformadas pela constituição – que determinam mais claramente e ajudam a articular a pretensão de mudança. Em outras palavras, não parece ser o caso que um “déficit democrático de origem” seja causa de crises constitucionais, nem que ele tenda a potencializá-las significativamente.⁷¹

O processo constituinte chileno desencadeado em 2019 ilustra esse ponto: a Constituição vigente foi, de fato, criada de maneira unilateral no âmbito de um regime autoritário. As propostas de substituição constitucional articuladas ao longo dos anos e os protestos que culminaram em um processo constituinte consideraram esse ponto.⁷² Apesar disso, ele apareceu diluído em meio a demandas muito mais concretas, por melhores condições de vida – associadas à exigência de garantia de direitos sociais e de atuação do estado para suprir essas demandas – e a uma insatisfação que parece estar ligada à própria arquitetura da Constituição de 1980.⁷³ Esta incluía – na versão reformulada para a transição democrática – diversos mecanismos voltados a limitar a expressão e institucionalização da “vontade majoritária”. Essa arquitetura colaborou para desconectar – ou, ao menos, afastar – as decisões políticas das demandas e necessidades sociais e, conseqüentemente, deslegitimar a ordem estabelecida.

Isso sugere que a percepção de legitimidade de uma constituição depende de fatores *presentes*. O problema com que pessoas se deparam em sua atividade política é saber se a constituição é legítima hoje; se elas estão sujeitas, atualmente, a um regime legítimo. Considerações sobre se o regime – ordenado pela mesma constituição que ainda vige no

⁷¹ Ao contrário, portanto, do que argumenta Arato.

⁷² Sobre as diversas propostas constituintes apresentadas desde a redemocratização, cf. Escudero (2021). Sobre o atual processo constituinte, cf. Heiss (2021), Tschorne (2020) e Atria (2020).

⁷³ Cf. Suarez-Cao (2021).

presente –, era legítimo no passado são relevantes apenas para ter em vista as diversas possibilidades de conformação das relações políticas e as tendências de cada uma a promover ou frustrar a realização da liberdade.⁷⁴ Essas considerações são importantes para orientar a ação política, mas não para julgar o regime no presente.

Evidentemente, leis criadas no passado estruturam regimes presentes. Se essas leis não tiverem sido criadas por meio de um procedimento que faça valer a pressuposição de autonomia – de que elas foram criadas pelas pessoas a elas sujeitas –, o regime será construído como uma relação de dominação, não de liberdade. Com a passagem do tempo, porém, constituições criadas por exercícios ilegítimos de um poder constituinte podem passar a ser entendidas como legítimas se forem capazes de estruturar um sistema funcional de autogoverno. Em outras palavras, elas passam a ser legítimas na medida em que compreendem mecanismos que permitem que as novas leis (constitucionais e ordinárias) sejam fundadas em um poder verdadeiramente popular.⁷⁵ O conteúdo específico desse critério de legitimidade será elaborado mais extensamente no capítulo 3.

Essa ideia parece sugerir que, mesmo em contextos nos quais o estabelecimento de uma nova constituição é uma possibilidade real ou um evento do passado imediato, o problema do poder constituinte não é tão relevante. Mas essa sugestão é enganosa. Na verdade, o mesmo critério de legitimidade que permite entender esse problema como menos relevante, no contexto de uma constituição estabelecida há longo tempo, o torna central em contextos constituintes. Para entender por que, basta refletir sobre a situação de pessoas que se encontram em um tal contexto ou frente à possibilidade de instituir uma nova constituição.

Para elas, um exercício não justificado do poder constituinte representa submissão a um regime arbitrário e, como tal, deve ser denunciado e condenado. Mesmo que uma comissão de especialistas, por exemplo, fosse capaz de desenhar uma constituição que se estabilizasse ao longo do tempo e, no médio prazo, conseguisse institucionalizar a liberdade de cidadãos e cidadãs, isso só poderia ser feito ao custo da liberdade presente. No momento constituinte e no período imediatamente posterior, as pessoas que integram a comunidade em questão estariam sujeitas a leis que lhes foram impostas – uma situação que, no quadro teórico deste trabalho, seria inadmissível. Em outras palavras, a perda de relevância, ao longo do tempo, do

⁷⁴ Isso equivale, talvez, ao que Franz Neumann (2013) chamou de “elemento cognitivo” na liberdade.

⁷⁵ É justamente para garantir a autolegislação *inclusive no nível constitucional* que Markus Patberg, em sua reelaboração do sistema de direitos implicado pela estrutura do estado constitucional, acrescenta às categorias de direitos elaboradas por Habermas (2001), uma quinta categoria, nomeadamente, “direitos fundamentais (qualquer que seja seu conteúdo concreto) que resultem da elaboração politicamente autônoma do direito a uma igual oportunidade de participar em revisões da constituição que estejam de acordo com o sistema de direitos” Patberg (2017, 58). Sobre o sistema de direitos em Habermas, ver nota 262 abaixo.

processo constituinte para fins de legitimação da constituição não implica que, em um momento constituinte, seja justificável desviar-se da exigência normativa de que o exercício de um poder constituinte deve ser respaldado por um poder popular.⁷⁶

Essa análise esclarece por que o critério de legitimidade mencionado acima, nomeadamente, “são legítimas as leis respaldadas por um poder popular gerado por uma comunicação razoavelmente desimpedida”, quando aplicado a ordens constitucionais, não deve ser especificado como “criação por um poder constituinte autêntico”. Especificá-lo dessa maneira acaba por incorporar uma compreensão inadequada da relação entre ordem constitucional e tempo. Com isso, perde-se de vista que a liberdade diz respeito à possibilidade presente de intervir sobre a formação das leis e a estruturação da comunidade política.

Nesse sentido, é mais adequado formular o critério de legitimidade aplicável a uma ordem constitucional como “ser estruturada por leis que garantam as condições para que as decisões coletivas sejam tomadas de maneira autônoma, i.e., sejam fundadas em um poder popular e que estejam, ao mesmo tempo, ao alcance desse poder.”⁷⁷ Em contextos nos quais uma nova constituição é proposta ou redigida ou foi recentemente estabelecida – e apenas nesses contextos –, tal critério confunde-se com o exercício de um poder constituinte legítimo, cujos contornos serão abordados na seção 3.3.1.

1.3. Conclusão

Teorias do poder constituinte soberano como as analisadas neste capítulo ainda têm grande influência sobre tentativas de compreender processos constituintes e a legitimidade de ordens político-jurídicas. Contudo, elas enfrentam problemas sérios que parecem torná-las inviáveis como teorias da legitimidade. Em alguns casos, isso ocorre porque elas dependem de conceber um sujeito unificado e anterior à constituição, o qual, porém, só pode existir com referência a algum tipo de normatividade. Com isso, gera-se uma espécie de circularidade que, para ser resolvida, leva a uma concepção inadequada de comunidade política, fundada em algum tipo de identidade previamente compartilhada e que é, então, expressa em uma constituição. Com isso, porém, a constituição não precisa ser justificada às pessoas que compartilham essa identidade e, de outro lado, não pode ser justificada às pessoas que são dela

⁷⁶ Para além disso, pode-se perguntar se a legitimidade de um processo constituinte não está ligada às possibilidades de estabilização da nova ordem. Mais especificamente, é possível supor que constituições elaboradas por processos legítimos tenham mais chances de perdurar. Essa, porém, é uma questão empírica que se encontra fora do escopo deste trabalho.

⁷⁷ Esse critério é formulado em um nível bastante abstrato, de modo que seu conteúdo e implicações concretas podem variar a depender da maneira como se concebe, por exemplo, a representação política, o papel da participação popular no governo e as relações entre povo e instituições políticas.

excluídas. Além disso, e em um plano mais geral, vincular a legitimidade de uma ordem política a um momento/ evento específico gera dificuldades explicativas – na medida em que parece contrariar a prática constitucional presente – e normativas, já que não oferece uma justificação adequada para por que uma constituição deve ser obedecida no presente.

Por outro lado, contribuições como as de Ernst-Wolfgang Böckenförde e Andreas Kalyvas trazem à tona alguns elementos importantes para compreender processos de criação constitucional e o conceito de poder constituinte. Ambos identificam, por exemplo, uma face jurídica do poder constituinte – nas palavras de Böckenförde, um elemento de “constitucionalidade” que lhe é inerente – e que impede que ele seja concebido como puramente arbitrário ou aleatório, ou seja, como uma “exceção”. Além disso, ambos os autores, ainda que de maneira hesitante e, às vezes, contraditória, sugerem que o poder constituinte precisa ser ancorado em algum tipo de substrato normativo – sejam “convicções políticas e jurídicas”⁷⁸ compartilhadas em dada comunidade, sejam princípios imanentes à prática constituinte – para ser legítimo. Böckenförde, ademais, aproxima-se da percepção, posteriormente explicitada e analisada em mais detalhes por autores como Martin Loughlin e Hans Lindahl, de que o poder constituinte depende de formas constituídas para se manifestar.

Esses elementos podem ser úteis na tentativa de construir uma interpretação mais adequada da criação constitucional e do papel a ser desempenhado pelo conceito de poder constituinte nesse contexto. É preciso, porém, ir além da teoria do poder constituinte soberano para avançar nessa tarefa. O próximo capítulo, portanto, analisa alternativas teóricas que se fundam em premissas diversas e que buscam superar algumas das dificuldades expostas até aqui.

⁷⁸ Böckenförde menciona, também, com fundamento em Hermann Heller, a ideia de princípios “ético-jurídicos”.

Capítulo 2. Domesticando o poder constituinte? Alternativas às teorias soberanas

Este capítulo analisa algumas concepções de criação constitucional correntes na literatura contemporânea que não compartilham dos pressupostos teóricos examinados e criticados no capítulo anterior, nomeadamente, tendências decisionistas e concepções fortes de soberania popular. O ponto de partida é a proposta de compreender conceitualmente a prática político-jurídica de uma ordem constitucional sem recurso ao conceito de poder constituinte. Essa é a proposta, por exemplo, de David Dyzenhaus, que a sugere no contexto de uma discussão sobre os fundamentos da legitimidade do direito e da inadequação de concepções de poder constituinte como aquelas analisadas no capítulo anterior.

Essa interpretação, à qual atribuo o nome de “absorção jurídica do poder constituinte” – na medida em que ela busca incorporar ao próprio direito os elementos legitimadores atribuídos, por outras teorias, ao poder constituinte – é analisada na seção 2.1. Nesse tópico, argumento que tal interpretação fracassa, no plano descritivo, por não ser capaz de explicar adequadamente fenômenos de criação constitucional e, no plano normativo, por ser insuficientemente democrática ou até mesmo compatível com um governo abertamente antidemocrático.

A seção 2.2 analisa uma tentativa diversa de absorção jurídica do poder constituinte que é formulada com recurso explícito a esse conceito. Essa proposta, articulada de maneira mais explícita por juristas como Hans Lindahl e Mattias Kumm, sugere que, na medida em que o “sujeito” constituinte – o povo – só é propriamente constituído por meio de uma lei constitucional, a autoria dessa lei só pode ser-lhe imputada, por meio do conceito de poder constituinte, retrospectivamente.⁷⁹ Trata-se de um processo reflexivo, no qual um povo, criado e unido por uma constituição, reconhecendo-se nessa constituição e apropriando-se dela, pode passar a ser considerado seu autor.

Essa perspectiva, ao contrário da anterior, tem ferramentas para dar conta, descritivamente, da criação constitucional – mas apenas quando esta é um evento passado. Ela não tem nada a dizer sobre a possibilidade presente e futura de criação de uma ordem política ou reconstituição de uma ordem existente. Argumento, ainda, que ela não oferece boas razões para adotar o conceito de poder constituinte, que parece estar vinculado à ação e à tomada de decisão. Se a referência normativa é o povo – sua soberania ou autonomia – seria de se esperar que o uso do conceito de poder constituinte estivesse ligado à ação popular efetiva, não em um plano meramente fictício. O recurso ao poder constituinte, aqui, é vazio.

⁷⁹ A contribuição de Jürgen Habermas (2017) para a discussão sobre o poder constituinte na União Europeia segue uma linha similar – em aparente contradição com seus trabalhos anteriores.

A última posição analisada neste capítulo (tópico 2.3) enfatiza justamente a conexão entre poder constituinte e ação política. Essa é a proposta de teóricos políticos como Markus Patberg, Peter Niesen e, em menor medida, Ingeborg Maus.⁸⁰ Parte de propostas e narrativas constituintes concretas apresentadas por agentes políticos reais em ordens existentes e busca definir como o conceito de poder constituinte pode ser relevante para a articulação dessas propostas de maneira normativamente consistente e factualmente eficaz. Uma abordagem ligeiramente diversa – focada não em discursos, mas em processos constituintes concretos –, que parece compatível com essa terceira perspectiva foi desenvolvida extensamente por Andrew Arato, em diálogo crítico com boa parte das demais teorias analisadas aqui.

Considero que, dentre as opções teóricas analisadas, essa última é a mais promissora para formular adequadamente o conceito de poder constituinte hoje. Neste capítulo, ela é apresentada, primeiro com referência a exemplos concretos de contextos em que discursos constituintes são formulados e, em seguida, buscando esclarecer o papel que o conceito de poder constituinte pode desempenhar nessas situações. O próximo capítulo busca formular essa interpretação de maneira mais abstrata e dar-lhe maior densidade teórica.

2.1. A absorção jurídica do poder constituinte

Dadas as dificuldades enfrentadas por teorias tradicionais do poder constituinte para fundamentar a legitimidade de ordens constitucionais e os problemas estruturais associados a esse conceito, que geram incoerências e contradições, uma alternativa plausível parece ser a de abandonar o conceito de poder constituinte. Se ele é apresentado como resposta ao problema da legitimidade da ordem política, mas, na verdade, é incapaz de funcionar adequadamente como tal, talvez o conceito seja supérfluo e devemos buscar tal resposta em outro lugar. Em linhas gerais, esse é o argumento de David Dyzenhaus (2007; 2012), possivelmente o crítico mais agudo do conceito de poder constituinte no presente.

Sua crítica é desenvolvida em dois artigos, primeiro, como uma crítica à teoria constitucional de Carl Schmitt e seus herdeiros contemporâneos e, posteriormente, em uma polêmica com a tese de que processos atuais de esmorecimento das fronteiras interno-externo (nacional-internacional) e público-privado representariam uma ameaça ao constitucionalismo. Em síntese, seu argumento é o seguinte: a adoção da perspectiva de uma pessoa participante da ordem jurídica, i.e., de alguém que aceita o direito como normativo, como um conjunto de razões para agir, implica que o fundamento último dessa normatividade não pode ser

⁸⁰ De certa forma, essa abordagem também parece ter bastante afinidade com as ideias de Andrew Arato, embora ele não as formule exatamente nesses termos.

desprovido de conteúdo normativo. O poder constituinte não seria um conceito dessa natureza: ele buscaria explicar o direito e a constituição apontando para um fato, nomeadamente, o fato de que alguém (o “povo”) tomou uma decisão eficaz que resultou em um documento nomeado “constituição” (Dyzenhaus, 2012, p. 230–231). Na medida em que fatos, em si mesmos, não correspondem a razões, i.e., não têm conteúdo normativo, o poder constituinte seria inapto a fundamentar a normatividade do direito (Duke, 2020b).

Nesse sentido, esse conceito seria uma mera distração para a empreitada de buscar compreender a legitimidade de ordens políticas. Alternativamente, ele poderia fazer parte de teorias que, como a de Schmitt (ao menos na interpretação de Dyzenhaus),⁸¹ negam a normatividade do direito, subordinando-a a uma decisão. Fora de uma teoria desse tipo, a questão do poder constituinte nem mesmo seria levantada – daí sua irrelevância.

Com isso, resta a pergunta: se não em um poder constituinte, onde se encontra o fundamento de autoridade de uma ordem política? A resposta de Dyzenhaus (2012, p. 255–256) é: no ideal de estado de direito. Nessa leitura, o exercício do poder político seria justificado pelo fato de que é exercido com recurso ao direito, o qual, por suas características estruturais, expressaria a ideia de que todas as pessoas sujeitas à ordem política são tratadas com igual consideração e respeito e têm seus interesses considerados de maneira imparcial. A premissa de fundo é que o direito, mesmo quando falha em concretizar esse ideal, oferece recursos para que o tratamento desleal seja denunciado e questionado publicamente. Em outras palavras, o problema da legitimidade é referido à própria ordem jurídica e à sua lógica de funcionamento, que assumem o espaço ocupado, em teorias alternativas, pelo conceito de poder constituinte. Por essa razão, qualifico esse argumento como uma “absorção jurídica do poder constituinte” – o papel anteriormente atribuído a esse conceito passa a ser desempenhado pelas próprias estruturas do estado de direito.

Ordens jurídicas podem, nessa interpretação, aproximar-se mais ou menos do ideal. Podemos supor que, quando mais próximas dele, mais legítimas serão.⁸² Por outro lado, a mera existência de uma organização do poder inteligível como uma ordem jurídica já implica um nível básico de legitimidade, porque significa que não há mais um arbítrio total – existem ao menos alguns parâmetros públicos e constantes aos quais o governo deve fazer referência para justificar suas ações e aos quais os indivíduos podem recorrer para proteger-se da ação estatal. Dyzenhaus formula essa ideia como um argumento de que a mera existência de uma ordem

⁸¹ Cf. Dyzenhaus (2007, p. 130–134).

⁸² Cf. Dyzenhaus (2006, p. 6 ss., 201 ss.).

jurídica implica o reconhecimento de certos direitos, mesmo que eles não estejam expressos em uma lei constitucional.⁸³

Em uma formulação ligeiramente diversa, esse argumento está presente também no trabalho de Habermas (1996, 82-131): o direito moderno opera, por razões estruturais, i.e., como decorrência de sua própria forma, por meio da atribuição de direitos subjetivos aos indivíduos – direitos que criam uma esfera de autonomia, um espaço no qual os indivíduos não precisam justificar suas ações e sobre o qual o Estado não pode intervir sem uma justificação especial. À luz dessa interpretação, poderíamos argumentar, com Lon Fuller (1969, 33-94), que essa estrutura formal corresponde a uma “moralidade interna” do direito, algo que lhe confere valor moral, que o dignifica, que permite compreendê-lo como um conjunto de razões para agir, na perspectiva dos indivíduos a ele sujeitos.⁸⁴

O problema, aqui, é definir se essas implicações do governo por meio do direito são suficientes para atender às demandas de legitimação do poder político na modernidade. Dyzenhaus parece acreditar que sim, mas, em sua argumentação, ele negligencia os processos que levam à formação das leis que estruturam esse estado de direito. É nesse campo que, no plano constitucional, surgiria o conceito de poder constituinte. Nesse plano, a ausência de uma investigação adequada leva a um cenário em que

[s]em o poder constituinte do povo, o vocabulário do estado de direito pode tornar-se um truque que encobre o exercício de hegemonia externa ou internamente. Poderes externos podem impor arranjos constitucionais, desconsiderar os desejos das populações envolvidas, suspender a tomada de decisão democrática, tudo em nome do ideal do estado de direito, em que aqueles lesados no presente seriam convidados a redimir sua ‘igual consideração’ em um momento indeterminado do futuro [...]. Internamente, o governo pode justificar a lentidão rastejante do empoderamento social e político indicando a legitimidade das limitações procedimentais e substantivas que se colocam no caminho de uma busca mais enérgica de objetivos social e politicamente valorizados. (Oklopcic, 2014, p. 226–227)

O argumento de Oklopcic está orientado às consequências práticas que a rejeição da linguagem do poder constituinte pode ter em contextos políticos concretos, mas a ideia de fundo pode ser formulada de maneira mais abstrata com referência ao quadro teórico deste trabalho. O argumento de Oklopcic indica que a supressão do conceito de poder constituinte cria a possibilidade de justificar a ausência de responsividade do governo frente a demandas populares – i.e., cria um déficit democrático – e, mais que isso, bloqueia um caminho possível para argumentar contra esse tipo de prática (o conceito de poder constituinte). Conceitualmente,

⁸³ Cf. Dyzenhaus (2006, p. 4-5 e passim, 2016).

⁸⁴ Em Dyzenhaus (2016), essa ideia é formulada em termos de uma “moralidade constitucional”, associada ao argumento de que toda ordem jurídica conteria uma “constituição” – um conjunto de princípios substantivos fundamentais – independente da existência de uma lei constitucional formal.

essa ideia pode ser formula da seguinte maneira: a argumentação de Dyzenhaus falha em reconhecer a dimensão *pública* da autonomia, a qual também desempenha um papel central na legitimação do poder político.

Isso fica claro em um trecho no qual Dyzenhaus recorre a algumas ideias de Ronald Dworkin (1989, 1996, p. 21–26) para embasar seu argumento e explicar como o direito seria capaz de criar uma “comunidade genuína”. Segundo Dworkin, isso depende de garantir às pessoas três condições: i) igual consideração e respeito por suas posições e interesses no processo de tomada de decisão coletiva; ii) possibilidade de manter sua própria opinião sobre os temas a respeito dos quais a comunidade decide e de discordar dessas decisões; e iii) possibilidade de participar do processo de tomada de decisão coletiva. Segundo Dyzenhaus, apenas os dois primeiros são constitutivos da ideia de estado de direito, ainda que o terceiro possa ser também relevante para fins de legitimidade – mas apenas como uma espécie de “bônus”. A legitimidade inerente à legalidade – ao governo por meio do direito – seria independente da participação de cidadãos e cidadãs no processo decisório:

Que a legislatura tenha decidido X ou que este seja o texto da constituição decidido em uma convenção constitucional são eventos que, com certeza, têm um grande impacto na prática de oferecer razões. Mas, ainda assim, o que foi decidido tem de ser apresentado ao sujeito de direito como uma justificação aceitável para uma pessoa que tem direito a ser tratada com igual respeito e é capaz de fazer esse julgamento por si mesma, i.e., como uma pessoa dotada tanto de “igual consideração pelo Estado” quanto de “independência”. *Que a pessoa também tenha direitos políticos que lhe dão a oportunidade de participar na tomada de decisão coletiva – o que Dworkin chama de “participação” – apresenta-lhe uma razão adicional, mas uma razão que não me parece interna à prática da autoridade jurídica da mesma maneira que “igual consideração” e “independência” são.* Na medida em que as exigências do governo por meio da lei estabelecem as condições mínimas para a igual consideração dos indivíduos, são essas exigências que formam a moralidade constitucional não-escrita da ordem jurídica. (Dyzenhaus, 2012, p. 258-9, sem destaques no original).⁸⁵

Ao introduzir esse ponto, Dyzenhaus menciona Jürgen Habermas – a meu ver, de modo parcialmente enganoso, na medida em que, para Habermas, o envolvimento das pessoas sujeitas à lei é intrínseco à ideia de estado de direito legítimo, o que se expressa em sua tese sobre a “cooriginariedade” entre autonomia pública e autonomia privada.⁸⁶ Os dois elementos introduzidos por Dworkin e mencionados por Dyzenhaus como inerentes à legalidade garantem

⁸⁵ As locuções “igual consideração pelo Estado”, “igual consideração” e “igual consideração dos indivíduos” foram utilizadas para traduzir o termo “stake”, empregado por Dworkin para sintetizar a ideia de que “Em uma democracia entendida em termos comunais, as decisões coletivas devem refletir uma igual consideração pelos interesses de seus membros” (Dworkin, 1989, p. 339).

⁸⁶ Cf. Habermas (1995a, 1996, cap. 3). “Não é a forma do direito enquanto tal que legitima o exercício do poder estatal, mas apenas o vínculo com o direito *instituído legitimamente*. No nível de justificação pós-tradicional, o único direito que conta como legítimo é aquele que poderia ser racionalmente aceito por todos os cidadãos em um processo discursivo de formação de opinião e de vontade.” (Habermas, 1996, p. 135).

apenas uma espécie de autonomia privada. Parece que, nessa abordagem, os mecanismos de criação do direito são irrelevantes e que este pode ser vinculante mesmo que não tenha sido instituído por mecanismos democráticos.

Ao contrário da proposta de Habermas, em que o governo por meio do direito (legítimo) é entendido como uma prática em que pessoas livres e iguais decidem, em processos públicos de deliberação, sobre as leis que regem sua vida comum,⁸⁷ o modelo de Dyzenhaus parece compatível com a concessão paternalista de um espaço de liberdade estritamente privado e, além disso, não responsivo às demandas das pessoas sujeitas à lei – como denunciado por Oklopčic no trecho citado anteriormente.⁸⁸ A teoria de Lon Fuller padece do mesmo problema. Embora seus “princípios de legalidade” descrevam de maneira apropriada a forma do direito⁸⁹ e essa forma, de fato, garanta alguma proteção contra o arbítrio e reconheça a capacidade das pessoas para compreender regras e agir de acordo com elas – garantindo-lhe certo valor moral –, o processo de criação do direito não é tematizado. A própria ideia de que um elemento constitutivo dessa prática é a “reciprocidade” entre legislador e pessoas sujeitas ao direito parece pressupor uma cisão rígida entre “autor” e “receptor” das leis.

No âmbito de uma tal teoria, o conceito de poder constituinte – que remete, como indicado acima, a um papel ativo das pessoas que estarão sujeitas às leis no processo legislativo – pode, de fato, não ter qualquer espaço. Se se entende, por outro lado, que essa não é uma maneira satisfatória de compatibilizar o caráter coercitivo do direito moderno com a autonomia de cada indivíduo, aquele conceito pode voltar a ter relevância. Nesse caso, a ideia de autonomia é entendida não apenas como a faculdade de recolher-se a um espaço “privado”, mas também como o direito de participar na criação das regras que garantem esse espaço.

⁸⁷ Esse processo discursivo de formação da opinião pública é promovido pelas estruturas institucionais do estado constitucional e pela abertura dessas às discussões que ocorrem na esfera pública mais ampla (Vitale; Melo, 2008, p. 228–229, 242–243).

⁸⁸ Um ponto similar sobre a autonomia como ponto de referência para fundamentar a autoridade do direito – constante em uma crítica direcionada ao próprio Dyzenhaus – foi apresentado por Alexander Somek em sua resenha de *The Paradox of Constitutionalism: Constituent Power and Constitutional Form*, volume em que foi publicado o capítulo no qual Dyzenhaus apresenta sua crítica ao conceito de poder constituinte pela primeira vez, tendo como alvo mais específico Carl Schmitt. Cf. Dyzenhaus (2007) e Somek (2008). Cf., também, o comentário similar, embora em contexto diverso, de Richard Bellamy (2007, p. 96) sobre a teoria de Dworkin.

⁸⁹ Como uma prática organizada em torno de regras gerais, públicas, prospectivas, claras, não contraditórias, passíveis de serem cumpridas, relativamente constantes no tempo e associadas a uma atuação, por parte das autoridades públicas, que seja congruente com tais regras. Cf. Fuller (1969, cap. 2). Como observado acima, os procedimentos empregados para a criação de normas não são adequadamente tematizados. A despeito disso, o direito é considerado legítimo. Cf. Brunnée; Toope (2010, p. 27): “A fidelidade [ao direito] é gerada e, em nossa terminologia, a obrigação é sentida, porque a aderência aos oito critérios de legalidade (uma ‘prática de legalidade’) produz direito que é legítimo aos olhos das pessoas a quem ele é dirigido.” A despeito dessa limitação, a teoria de Jutta Brunée e Stephen Toope – inspirada por Lon Fuller e desenvolvida para dar conta do direito internacional – explicita alguns elementos constitutivos da legalidade e será retomada no ponto deste trabalho em que se busca analisar a conexão entre o conceito de poder constituinte e o direito (seção 3.2.2).

De outro lado, neste ponto, pode-se colocar o seguinte problema: uma constituição criada de maneira não democrática pode dar origem a um regime que compatibilize adequadamente coerção e autonomia – i.e., em que as pessoas sujeitas às leis possam ser, simultaneamente, entendidas como, em algum sentido, também suas autoras?

Aqui podemos retornar à menção de Dyzenhaus a Habermas e esclarecer por que ela é apenas *parcialmente* enganosa. A afirmação de Habermas citada por Dyzenhaus pode fundamentar uma tentativa de resposta à questão do parágrafo anterior. Trata-se do seguinte trecho: “com a ideia de Estado de direito é colocada em marcha uma espiral de autoaplicação do direito, a qual deve realçar a suposição internamente inevitável da autonomia política” (Habermas, 1996, p. 39).⁹⁰ À luz da proposta de Dyzenhaus, isso poderia significar que a origem empírica de uma ordem política é, afinal, irrelevante, desde que ela seja capaz de colocar em funcionamento os mecanismos do estado de direito democrático.⁹¹ Seus exemplos são as constituições japonesa de 1946, imposta pela ocupação militar estadunidense, e alemã de 1949, criada por uma assembleia não representativa.

Esse argumento se alinha a uma concepção de constituição como uma espécie de projeto em andamento – inacabado e possivelmente inacabável. Nessa leitura, democracia e estado de direito não são instituídos de uma vez por todas, em uma forma perfeita e não mais passível de aprimoramentos, mas como algo a ser sempre aprofundado ou radicalizado. Possivelmente, então, a perspectiva de Dyzenhaus – qualificada nesses termos – não é totalmente insatisfatória quando aplicada à origem de uma ordem constitucional entendida como evento passado.

Contudo, ela é incapaz de oferecer uma resposta satisfatória sobre a legitimidade de uma ordem política recém-criada: essa é a crítica de Oklopcic mencionada acima, que representa uma espécie de complemento à argumentação desenvolvida na seção 1.2.2 acima – onde procurei mostrar que, embora a questão do poder constituinte e de sua legitimidade perca relevância ao longo do tempo, ela é central em contextos constituintes. Busco mostrar, nas seções seguintes, que a inadequação da alternativa oferecida por Dyzenhaus manifesta-se especialmente nesse tipo de contexto. Embora plausível com referência a ordens constituídas e relativamente pouco questionadas, sua posição mostra-se insatisfatória quando a criação ou substituição constitucional é uma possibilidade real e futura, não mero evento passado. Ou seja, a crítica direcionada ao conceito de poder constituinte parece perder força à medida que o uso do conceito se afasta do problema da legitimidade de uma ordem constitucional como um todo

⁹⁰ Neste ponto, recorri à tradução de Felipe Gonçalves Silva e Rúrion Melo: Habermas (2020, p. 75).

⁹¹ Cf. Patberg (2017, p. 54–56), argumentando que, na medida em que Habermas entende o momento de fundação como um “evento metafórico”, ele não tem nada a dizer sobre requisitos procedimentais aplicáveis nesse contexto.

e se aproxima de outras discussões: a da legitimidade de processos constituintes, especificamente, e de demandas e aspirações pela substituição constitucional. Aqui, o conceito volta-se, principalmente, para o presente e o futuro – como parte de uma tentativa dar sentido a práticas políticas concretas e de tematizar suas aspirações e legitimação.⁹²

Na ausência do conceito de poder constituinte, não há uma alternativa capaz de oferecer critérios para distinguir entre o processo legislativo ordinário e um processo de substituição constitucional, que, em geral, não é regulado pela constituição vigente. Dessa forma, em situações nas quais uma mudança constitucional profunda e abrangente é entendida como necessária – i.e., quando parece não haver outra opção, senão reformular integralmente a ordem constitucional – a comunidade política parece se defrontar com um dilema.

De um lado, pode-se recorrer à violência, a uma ruptura revolucionária que corresponde à destruição total da ordem até então vigente ou à simples desconsideração dessa ordem, mesmo que sem violência. Tentar justificar esse tipo de movimento levaria uma interpretação com grande afinidade com concepções decisionistas como aquela a que este trabalho procura se opor – e é neste campo que o conceito de poder constituinte é, muitas vezes, localizado. De outro lado, se quiser manter-se dentro dos limites de uma prática normativamente justificada, e, assim, apta a gerar legitimidade, a comunidade política parece ficar presa à constituição existente, sem vias para substituí-la integralmente – um resultado incoerente para uma teoria que se propõe democrática.

A solução para esse dilema pode ser dada pelo conceito de poder constituinte, na medida em que ele faz referência exatamente à criação e substituição de ordens constitucionais. Entretanto, para que ele possa desempenhar essa função de maneira compatível com uma perspectiva normativa sobre a legalidade – que vê o direito como prática justificada – ele não pode ser formulado como nas teorias apresentadas até aqui: é necessário apresentar uma formulação alternativa. As próximas seções se dedicam a analisar alternativas possíveis.

2.2. Imputação retrospectiva do poder constituinte

2.2.1. Poder constituinte como ponto de imputação normativa

Na medida em que a “regra” na vida de uma comunidade política é percebida como sua existência como ordem constituída, parece fazer sentido compreender o poder constituinte à como um tema que não diz respeito às preocupações mais imediatas da teoria e da prática

⁹² Aqui é possível vislumbrar um elemento mais factual ou “operacional” do conceito de poder constituinte, que se contrapõe a posições excessivamente normativas, como a de Andreas Kalyvas (ver seção 1.2 acima).

política em um estado constitucional. Essa compreensão se reflete no tratamento que alguns autores – especialmente juristas – dão ao tema e que considera a ideia de poder constituinte, essencialmente, como algo que diz respeito ao passado: ao momento em que uma constituição hoje vigente foi criada ou ao período que culminou em sua estabilização.⁹³ O poder constituinte é entendido como a fonte dessa constituição e aquilo que lhe dá força normativa. Além disso, ele continuaria a legitimá-la a enquanto não houver uma nova decisão reconhecida como constituinte, que institua uma nova ordem, legitimada por esse novo poder constituinte.

Essa perspectiva tem alguma afinidade com uma posição que se define como “formalista” – que se propõe a identificar exercícios de um poder constituinte pelo critério “formal” da continuidade jurídica, i.e., ausência de mudança constitucional contrária à constituição positiva⁹⁴ –, na medida em que ela abstrai dos processos histórico-políticos que levam a determinada mudança constitucional. Distingue-se dela, porém, por colocar-se explicitamente no campo da justificação. Nessa leitura, “poder constituinte” não é meramente um conceito descritivo, mas (ao menos também) de justificação. Em outras palavras, não se trata de afirmar que todo processo de criação constitucional envolve o exercício de um poder constituinte, mas sim, que este poder é o que legitima tal processo.

Em sua forma mais simples, esse argumento é apresentado por Mattias Kumm (2016). Ele parte dessa premissa de que o “poder constituinte” deve ser concebido como um conceito normativo – que serve para legitimar ordens políticas –, não explicativo ou sociológico. Segundo ele, essa empreitada de justificação – que consiste em afirmar que a autoridade de uma constituição deriva do povo – pode ser bem-sucedida independentemente da realidade histórico-política do processo constituinte, justamente por causa da disjunção entre normatividade e descrição. Ou seja, para ele, pode-se derivar a autoridade de uma constituição do povo, mesmo que, historicamente, ela tenha sido redigida por uma pequena elite insulada da vontade popular (Kumm, 2016, p. 699).

Na interpretação de Kumm, o fato de que, após o estabelecimento de uma constituição, esta passa a ser obedecida pelas pessoas a elas sujeitas expressa uma espécie de “validação” dessa ordem constitucional, que, assim, poderia ser entendida como fundada no poder constituinte dessas pessoas que a aceitam. Esse argumento contém uma ideia importante que,

⁹³ A ideia de “estabilização” de uma constituição é desenvolvida por Cicero Araujo (2018), que, com ela, se propõe a analisar a Constituição brasileira de 1988.

⁹⁴ Essa posição é defendida por Mark Tushnet (2015, 2017, 2018) e não será analisada em maior detalhe aqui, porque não se trata de uma teoria sobre a legitimidade de uma constituição ou da ordem jurídica por ela estruturada, mas de uma teoria que se propõe “descritiva” de certos fenômenos jurídicos. Pela mesma razão, a interpretação funcionalista de Chris Thornhill (2012) não é abordada.

contudo, não é desenvolvida por Kumm e que, da maneira como aparece em sua contribuição, leva a resultados problemáticos. Trata-se da percepção de que a validade de uma ordem jurídica depende, em parte, de sua eficácia – i.e., de que haja uma convergência de comportamentos em torno dela por parte de uma quantidade suficiente de pessoas para torná-la viável.⁹⁵

Em outras palavras, a mera justificação de um conjunto de pretensas normas não é suficiente para que elas funcionem como uma ordem jurídica. Se elas não forem seguidas e aplicadas por uma quantidade significativa de pessoas, não se pode falar na existência de uma tal ordem. Por outro lado, a perspectiva de Kumm reduz a validade à eficácia: do fato de que existe um conjunto de normas seguidas e aplicadas em larga escala, ele deriva a conclusão de que o conjunto de tais normas corresponde a uma ordem justificada. Mas, do ponto de vista de uma pessoa que procura guiar seu comportamento a partir de tais regras ou aplicá-las a casos concretos, essa resposta é insuficiente: a mera convergência de comportamentos não é razão para agir de determinada maneira. Não fica claro por que essas pessoas devem considerar-se vinculadas por essas pretensas normas.

A despeito disso, chamar atenção para o problema da eficácia sugere que, ao menos em um sentido, a análise da criação constitucional – e, se este for mobilizado para compreendê-la, do conceito de poder constituinte – deve incluir um elemento retrospectivo. A eficácia de uma norma ou conjunto de normas não pode ser presumido ou determinado *a priori*. Ele depende da prática, da interação entre normas propostas por alguma agência e as ações das pessoas a quem elas se direcionam. Essa ideia será retomada mais à frente, na seção 3.2.2, em que se analisa o aspecto jurídico do poder constituinte.

Para além desse problema, é importante notar, neste ponto, que essa interpretação, além de encarar o poder constituinte como algo que existe no passado, permite que se impute ao povo decisões que não foram necessariamente tomadas por meios democráticos. Com isso, o conceito de poder constituinte parece perder sua função e seu potencial crítico. Afinal, qual o sentido de afirmar que a legitimidade de uma constituição depende de sua autoria, se esta é simplesmente imputada a um agente que pode ser diferente daquele que efetivamente a criou? Se a *aceitação* de um texto constitucional ou o *reconhecimento* desse texto como lei fundamental é definidor de sua legitimidade, por que formulá-la em termos de um poder constituinte, i.e., presumindo ação e decisão?

O recurso a esse tipo de argumento pode decorrer de um pressuposto oculto de que uma constituição pode ser legítima apenas se criada por um poder constituinte popular, i.e., de que

⁹⁵ Cf. MacCormick (2007, p. 14–18, 31–33, 39–46). Essa ideia subjaz, também, às contribuições de Mark Tushnet, referidas na nota anterior.

ela não pode derivar sua legitimidade de outras fontes – uma posição que pode ser herdada das teorias do poder constituinte soberano analisadas no capítulo anterior. Mas, visto nesses termos, na melhor das hipóteses, essa argumentação apenas obscurece os verdadeiros fundamentos da legitimidade de uma constituição – o fato de que ela institui um regime justo ou democrático, por exemplo.⁹⁶ Na pior, ele serve para atribuir uma aura de legitimidade (espúria) a constituições ilegítimas.⁹⁷

Se, por outro lado, se admite que a legitimidade de uma ordem constitucional não depende (ao menos não exclusivamente) de sua autoria ou do processo que levou à sua criação, o recurso ao conceito de poder constituinte formulado dessa maneira torna-se totalmente supérfluo. Embora, ostensivamente, ele faça parte do argumento, o trabalho de justificação é feito por outros elementos – por exemplo, a aceitação da ordem constitucional por parte do “povo”.⁹⁸

2.2.2. O poder constituinte “reflexivo”

Existem, porém, versões mais sofisticadas dessa teoria do poder constituinte formulado com recurso à ideia de imputação, que abordam de maneira mais direta os diversos problemas associados a teorias tradicionais do poder constituinte – analisados no capítulo anterior. Nessas versões, as ideias fundamentais, de que o poder constituinte funciona como conceito de justificação, mas só pode ser identificado/ atribuído retrospectivamente, são desenvolvidas com base na observação de que, no momento em que se constitui determinada ordem, não há um agente unificado – um “povo” – capaz de agir e decidir e, assim, estabelecer uma constituição.

⁹⁶ Cf. Duke (2020b). Outra possibilidade, mencionada brevemente acima, seria entender que a aceitação do “povo” como que “valida” a constituição, expressando seu poder constituinte. Essa perspectiva, porém, não parece levar a sério a dimensão pública da ideia de autonomia, como capacidade (e direito) de participar das decisões sobre as leis que regem a vida comum. As pessoas são entendidas como sujeitos passivos – não agentes – capazes meramente de aquiescer (ou não) a uma decisão tomada por outrem.

⁹⁷ Essa segunda hipótese parece ser o caso do AI-1, mencionado anteriormente (nota 4), que buscava legitimar a possibilidade de decisões contrárias à constituição vigente (de 1946), com fundamento em um poder constituinte que seria de titularidade do “povo”, mas exercido pelos “Chefes da revolução vitoriosa”, ao que tudo indica, de forma unilateral e sem controles democráticos. Não se busca concretizar um ideal de decisão popular, mas apenas invocar um apoio abstrato da “Nação” às decisões dos Chefes e ao movimento que destituiu o governo anterior. É interessante notar que, ainda que tal apoio fosse “inequívoco” como alardeado pelo Preâmbulo do Ato Institucional, essa invocação de poder constituinte expressaria uma noção extremamente pobre de democracia, que coloca, no lugar da decisão popular, uma liderança encarregada de interpretar a vontade popular – uma democracia tal como pensada por Carl Schmitt. Cf. Habermas (1997), McCormick (1997, p. 743) e Scheuerman (2018).

⁹⁸ Se se entende que o conceito de poder constituinte pode ser formulado independentemente de compromissos normativos, como sustenta Duke (2020a), a teoria de Joel Colón-Ríos chega a um problema similar: a justificação de uma ordem constitucional associa-se não ao conceito de poder constituinte, mas a uma teoria da democracia – e, mais especificamente, à criação e organização de uma ordem constitucional de acordo com seus ditames. Assim, a depender de como se concebe a discussão sobre o poder constituinte, essa teoria oscila entre, de um lado, o problema de empregar o conceito ostensivamente, mas recorrer a outros elementos legitimadores e, de outro, as dificuldades enfrentadas por teorias decisionistas ou inspiradas por uma concepção “forte” de soberania popular.

Em outras palavras, não é apenas possível que uma constituição seja criada por um agente que não corresponde ao “povo”: é necessário que seja assim, porque o “povo” não existe enquanto tal no momento constituinte. A decisão que estabelece uma ordem constitucional deve ser entendida como uma decisão tomada *em nome do povo* e que pode ser validada apenas em um momento posterior.

Por razões que ficarão claras mais à frente, essa versão mais sofisticada da teoria, que passo a analisar agora, parece, à primeira vista, escapar das críticas direcionadas à argumentação de Mattias Kumm. Seu principal representante é Hans Lindahl, que se propõe a construir sua interpretação do poder constituinte em torno de duas teses principais, defendidas a partir de um confronto entre ideias de Carl Schmitt e Hans Kelsen sobre a natureza do direito, do constitucionalismo e do Estado moderno. As duas teses são: i) a ideia de “identidade” é central para compreender a existência de uma comunidade política; e ii) a existência de um ente coletivo contém uma profunda ambiguidade, na medida em seu processo de autoconstituição é, simultaneamente, a constituição *por* e a constituição *de* um ente coletivo. Implícita nessas duas teses está a ideia de que o exercício de um poder constituinte corresponde à autoconstituição de um ente coletivo.

Sua análise parte de uma concepção específica de ação e intencionalidade coletivas, segundo a qual estas não são redutíveis a ações e intenções individuais, mas compartilhadas e formuladas na primeira pessoa do plural. A ação coletiva, nessa interpretação, não corresponde à mera soma ou mesmo sincronização de ações individuais. Ela depende de um senso de coletividade e retira seu sentido de uma intenção coletiva de realizar algo conjuntamente. Nesse modo de ação, a intenção de um indivíduo de agir de determinada maneira existe e tem sentido apenas como parte da intenção de agir como um coletivo.⁹⁹

Disso decorre, segundo Lindahl (2007a, p. 9–10), que o autogoverno coletivo deve ser entendido como uma empreitada que ocorre na primeira pessoa do plural, tal como elaborado acima. A questão a ser respondida, então, é: quem é o sujeito desse autogoverno coletivo – quem é o “nós” que toma as decisões políticas? Lindahl supõe que essa questão surge com o exercício de um poder constituinte, momento no qual é necessário postular esse “nós”, definir sua identidade: quem faz (ou não) parte dessa comunidade que passa a se autogovernar por meio de uma constituição?

Para Lindahl, só é possível compreender adequadamente o sentido de uma invocação de um ente coletivo a partir de uma análise “das condições que governam o exercício do poder

⁹⁹ A principal referência aqui é Searle (1995, p. 23–26).

constituente” (Lindahl, 2007a, p. 10). Em outras palavras, o sujeito do autogoverno coletivo só pode ser compreendido na medida em que for esclarecido como é possível exercer um poder constituinte, que corresponde ao ato original desse sujeito, à sua autoconstituição, que define sua identidade.

Parte importante do argumento de Lindahl depende de uma diferenciação entre dois sentidos de identidade: identidade no sentido de “ser a mesma coisa” ($A = A$; $A \neq \text{não-A}$) (*identity as sameness*); e identidade no sentido de “individualidade” (*selfhood*). A primeira corresponderia à pergunta “o que eu sou?” e a segunda, à pergunta “quem eu sou?”. Esse segundo tipo de identidade seria reflexivo, no sentido de que depende das ações de uma pessoa e do sentido e implicações dessas ações. Segundo Lindahl (2007a, p. 15), o primeiro sentido de identidade é aplicável a coletividades com referência ao propósito ou interesse que une e orienta as pessoas que dela fazem parte. Nesse contexto, seria possível dizer que uma comunidade é “a mesma” ou que se alterou, respectivamente, com referência à manutenção ou alteração desses interesses e propósitos.

O sentido mais relevante para sua análise, porém, é o da identidade reflexiva, que decorre exatamente daquela intencionalidade referente à primeira pessoa do plural, mencionada no início desta seção. O elemento reflexivo estaria presente na medida em que a ação coletiva é interpretada como ação de um sujeito coletivo e, além disso, é realizada “por causa” ou “pelo bem” desse coletivo (Lindahl, 2007a, p. 15–16). Isso envolve a possibilidade de identificar certos atos como atos *do* sujeito coletivo – pertencentes ou vinculados a ele; dá-lhes um sentido de “posse” ou “pertencimento” (*ownership*).

Com base nisso, Lindahl (2007a, p. 16) formula algumas conclusões parciais, com referência ao trabalho de Carl Schmitt – com que concorda nesses pontos: i) na medida em que não se pode reduzir o autogoverno coletivo ao autogoverno individual, a unidade de uma ordem jurídica depende de um sujeito coletivo, que exerce um poder constituinte; ii) ao exercer esse poder, esse sujeito está atribuindo-o a si mesmo, i.e., a atribuição não decorre de uma norma que vincule sujeito e constituição, mas do próprio reconhecimento, por parte do sujeito, de que aquela é a *sua* constituição; e iii) “a perspectiva de primeira pessoa do plural de um coletivo como unidade em ação (constituente) é *concreta*, no sentido de que envolve a determinação daquilo que une os membros da comunidade em mutualidade e reciprocidade” (Lindahl, 2007a, p. 16).

Até este ponto, Lindahl não se distancia das teorias analisadas no primeiro capítulo deste trabalho: para ele, o poder constituinte é fundamento de uma ordem política, é sua origem e fonte de legitimidade; além disso, esse poder está vinculado a um sujeito que o exerce sem

referência a normas já existentes: ele não é autorizado a fazê-lo, mas atribui a si mesmo a capacidade para tanto. O que diferencia sua teoria daquelas analisadas anteriormente é uma perspectiva mais refinada sobre a natureza desse sujeito, baseada na distinção, já mencionada, entre dois sentidos de identidade. É com base nessa ideia que ele procura escapar dos problemas associados àquelas teorias, em um movimento que representa, também, uma tentativa de “domesticação” desse sujeito coletivo.¹⁰⁰

Nesse movimento, Lindahl (2007a, p. 17–18) passa a analisar de modo mais específico o processo por meio do qual um coletivo é constituído ou, em outras palavras, como se exerce um poder constituinte. Segundo ele, de um lado, faz-se necessária uma determinação ou decisão sobre quem faz parte desse coletivo e sobre quais interesses unem pessoas que, em um primeiro momento, são apenas parte de uma multidão, tornando-os, a partir daí, uma espécie unidade – uma comunidade política. De outro lado, porém, Lindahl observa que, nesse momento inicial, o sujeito coletivo que seria o autor dessa determinação não existe: ele mesmo é criado por tal ato, i.e., passa a existir em função dele.

Isso mostraria que, em atos fundantes, práticas representativas são interrompidas pela aparição de uma “presença”.¹⁰¹ Mas, de maneira algo confusa, Lindahl afirma, na sequência, que “essa ruptura não revela – nem pode relevar – um povo imediatamente presente para si mesmo como um sujeito coletivo” Lindahl (2007a, p. 18). O sentido dessa observação só se torna clara mais à frente no texto, quando Lindahl argumenta que esse ato de constituição de um sujeito coletivo é um ato de representação ou atribuição (Lindahl, 2007a, p. 23). Na prática, isso significa – como ele reconhece em outro texto – que alguém, um indivíduo, precisa assumir a iniciativa de postular um sujeito coletivo, mas essa empreitada apenas será bem-sucedida, i.e., representará um ato de constituição, se essa iniciativa encontrar eco nas percepções de outras pessoas, que, então, se unem àquela que deu início ao processo. Retrospectivamente, elas reconhecem o ato inicial como “seu” – como expressão de sua identidade coletiva (Lindahl, 2007b, p. 491–492). Esse reconhecimento corresponde ao exercício, por parte desses indivíduos, dos direitos que lhes são atribuídos pela constituição (Lindahl, 2007a, p. 19).

Assim como na perspectiva de Kumm, analisada anteriormente, a maior parte das pessoas sujeitas à constituição figuram, no exercício do poder constituinte, apenas passivamente. O ato de fundação apenas pode ser visto como um ato em que elas tomaram

¹⁰⁰ Cf. Arato (2016, p. 2 ss.).

¹⁰¹ Essa ideia tem afinidade com argumentos desenvolvidos por Roznai (2018). Note-se que, ao longo do tempo, Roznai também oscilou entre reconhecer a existência de uma tal “presença” ou considerar o “povo” como uma ficção ou um ponto de imputação do fundamento da ordem política. Cf. Roznai (2017, p. 25–27).

parte, um ato coletivo, retrospectivamente. Não há, portanto, uma realização de sua autonomia – ela é meramente postulada e, depois, dissolvida no fato de que as pessoas agem com referência à constituição.¹⁰² Mais amplamente, o Estado de direito também é subsumido a esse esquema: ele corresponderia a uma tentativa de determinar as condições mínimas sob as quais uma ação ou decisão poderia ser atribuída ao povo.

Uma análise mais detida da posição de Lindahl indica, portanto, que as objeções direcionadas anteriormente ao argumento de Kumm parecem aplicáveis também a essa interpretação mais sofisticada. É de se notar, porém, que a análise de Lindahl sobre o poder constituinte é parte de uma concepção sobre o autogoverno coletivo e a política organizada pelo direito. Segundo essa concepção, o autogoverno só é possível nos moldes expostos acima, i.e., por meio da atribuição de ações e decisões a um sujeito coletivo por meio de práticas de representação. Lindahl, então, poderia argumentar que a democracia, no nível mais fundamental da ordem política, corresponde exatamente à postulação de decisões ou vontades coletivas que são posteriormente validadas (e, assim, como que “apropriadas”) pelo “povo” por meio da aquiescência.¹⁰³ O povo, como coletivo, não é capaz de agir; pode apenas ser representado.

Outra questão a ser respondida, aqui, é: em que medida essa interpretação é efetivamente distinta daquelas apresentadas no capítulo 1 deste trabalho? Também aqui supõe-se a existência de uma entidade coletiva, que seria o sujeito da ordem constitucional. Nas teorias analisadas anteriormente, um dos problemas associados a essa perspectiva era a possibilidade sempre presente de uma manifestação desse soberano, que representaria uma “exceção”, uma ruptura do estado de direito democrático e, simultaneamente, a abertura de um espaço para a tomada de decisões não regidas ou conformadas por parâmetros normativos. De maneira associada, na crítica a essas teorias, indiquei que, na medida em que esse sujeito coletivo não é capaz de agir por si mesmo – i.e., depende de uma agência institucionalizada – isso abriria espaço para que autoridades e órgãos constituídos atribuíssem a si mesmos esse poder constituinte soberano, a fim de liberar-se dos controles jurídicos e institucionais impostos a eles pela constituição vigente.

O argumento de Hans Lindahl consiste, exatamente, em uma tentativa deliberada de absorver essa crítica: ele reconhece que o soberano constituinte não é capaz de agir, senão por meio de mecanismos institucionais representativos e, com base nisso, se propõe a esclarecer a

¹⁰² E, assim, o paradoxo associado ao poder constituinte – o que Loughlin e Walker (2007) chamam de “paradoxo do constitucionalismo” seria que ação política *de* um sujeito coletivo é, sempre, ação *em nome desse sujeito*.

¹⁰³ Nos demais planos a atribuição de decisões tomadas por indivíduos específicos ao sujeito coletivo é regulada por normas de direito positivo: como expliquei acima, o estado de direito corresponderia à institucionalização das condições para reconhecer certas decisões como decisões “do povo”.

forma como isso ocorre. No fundo, Lindahl não abandona a ideia de um soberano extraconstitucional que não está, propriamente, sujeito aos limites impostos pela constituição.

Como observa Andrew Arato:

combinada a ideias populistas sobre o povo unitário incorporado em uma de suas partes, um grupo ou indivíduo, a noção de um poder constituinte imputado [ao povo] leva ao resultado de que o povo extraconstitucional, mesmo que não existisse antes da constituição, é, sob ou ao lado de um regime constitucional, ilimitado. Suas ações expressam a mais elevada forma de autodeterminação democrática e, assim, prescindem de justificação. (Arato, 2016, p. 3)

O próprio Lindahl admite esse resultado na parte final de seu artigo: “há uma forma de poder constituinte – uma inovação e ruptura normativas – que provém de um espaço externo radical que nenhuma comunidade política consegue domesticar” (Lindahl, 2007a, p. 24). Assim, fica aberta a porta para a exceção – que, como vimos, para Andreas Kalyvas (assim como para Carl Schmitt), corresponde ao próprio sentido da criação constitucional –, um vácuo normativo a partir do qual poderia, supostamente, emergir uma nova normatividade.

Se o argumento fosse apenas uma constatação a respeito da possibilidade de rupturas, em que uma ordem política é rompida – contrariando as normas que a estruturam – e outra é arbitrariamente colocada em seu lugar, ele seria trivial. Seria apenas outra forma de dizer que golpes de estado acontecem e constituições autoritárias existem e que, nesses casos, a normatividade é simplesmente destruída pelos fatos. No confronto direto entre força e direito, este não tem como prevalecer. O argumento, contudo, não se limita a essas constatações: ele propõe que rupturas desse tipo podem ser fonte de normatividade, que podem dar origem a uma ordem política legítima estruturada por uma constituição válida. Em última instância, isso depende de que a ruptura seja realizada “em nome do povo” e que este “povo”, posteriormente conforme-se em ampla medida à nova ordem. Parece que, mais uma vez, a validade acaba reduzida a eficácia.

É verdade que, para Lindahl, esse não é necessariamente o caso de todos os processos de criação constitucional. Mas a abertura para essas rupturas excepcionais, em que uma ordem política passa a existir a partir de um vácuo normativo nos deixa sem um critério para definir por que uma modalidade de criação constitucional seria preferível à outra. Não é possível distinguir entre elas, na medida em que qualquer uma pode ser válida ou “legítima”.

Também é de se reconhecer que existem complexidades temporais envolvidas no problema da legitimidade. Não é inconcebível que uma constituição criada por meio de uma decisão não democrática venha, no futuro, a ser compreendida como legítima. Essas complexidades serão retomadas no capítulo 3. Neste ponto, é relevante notar que, no momento constituinte e no período imediatamente subsequente, uma constituição instituída dessa maneira

será ilegítima e, portanto, imporá às pessoas a ela sujeitas uma dominação arbitrária, não justificada.¹⁰⁴

Em síntese, interpretações do poder constituinte que o concebem como fonte de legitimidade da ordem política, mas o identificam a partir de uma imputação retrospectiva da constituição ao povo, são deficientes na medida em que não oferecem parâmetros normativos para orientar processos constituintes e estabelecer constituições legítimas e, além disso, se prestam a obscurecer suas reais fontes de legitimidade ou, eventualmente, considerar legítimas constituições criadas por mecanismos não democráticos. A versão mais sofisticada desse tipo de interpretação, oferecida por Hans Lindahl, especificamente, consiste em uma tentativa de “domesticar” a concepção soberana de poder constituinte, por meio de conceitos como imputação e representação, mas não é bem-sucedida nessa tarefa e, assim, recai nos mesmos problemas identificados nas teorias que adotam aquela perspectiva.¹⁰⁵

2.3. Poder constituinte e ação política

2.3.1. A busca pela reconstituição da ordem política

As deficiências das interpretações do poder constituinte analisadas acima, de um lado, e da tentativa de dar sentido à criação constitucional sem esse conceito, de outro, sugerem que ele pode ter um lugar mais específico a ocupar na teoria constitucional do que aquele que lhe é usualmente atribuído: não como fonte de legitimidade de uma ordem política, mas como critério relevante em momentos constituintes e na tentativa de dar início a esse tipo de situação. Há duas maneiras interrelacionadas de elaborar o conceito de poder constituinte com base nessa ideia: perguntando-se, de um lado, como ele pode funcionar em discursos e mobilizações políticas e, de outro, como pode ajudar a orientar processos de criação constitucional.

Esta seção foca na primeira abordagem e o capítulo seguinte é destinado a conectá-la com a segunda. No que diz respeito à associação com mobilizações políticas, o emprego do conceito de poder constituinte se deve, em parte, aos discursos e narrativas das próprias pessoas

¹⁰⁴ Ver seção 1.2.2 acima. Acredito que, em geral, o argumento dessa seção aplica-se, também, à concepção de poder constituinte defendida por Martin Loughlin – talvez até com mais razão, porque, para ele “o poder constituinte (...) nos lembra de que, em última instância, a norma depende da exceção” (Loughlin, 2003, p. 113). É de se notar, porém, que Loughlin tem uma interpretação algo diversa da ideia de “poder constituinte”, em que não fica evidente que ele corresponda a um poder para instituir uma constituição positiva. Para ele, esse conceito parece fazer referência mais a algo como um “poder social”, associado à mobilização e questionamento de decisões institucionais por parte da sociedade civil – que influencia a ordem política e, eventualmente, leva à mudança da constituição – do que a um poder para alterá-la de maneira direta. Cf. Loughlin (2010, p. 209–237, 2014, 2017).

¹⁰⁵ Ver capítulo 1.

e grupos envolvidos nesses movimentos. Neste tópico, apresento dois exemplos¹⁰⁶ de mobilizações e discussões políticas centradas em propostas de criação ou substituição constitucional e, em seguida, busco identificar alguns elementos que ajudam a compreendê-las e articulá-las teoricamente, sob a categoria de “discursos constituintes”. Essa exposição tem como base um modelo normativo de democracia deliberativa, segundo a qual as ações de diferentes atores políticos podem ser entendidas, em um contexto regulado pelo ideal de um estado de direito democrático, como a apresentação de propostas ou pretensões a serem testadas em um processo de contestação pública, orientado para o consenso.¹⁰⁷

A parte final deste tópico é dedicada a relacionar essa ideia com a discussão sobre poder constituinte propriamente, indicando como esse conceito pode ser útil no contexto de mobilizações pela substituição constitucional. Com base nisso, pode-se, no próximo capítulo, “formalizar” essa interpretação, buscando articular expressamente a forma assumida por pretensões constituintes e pelas decisões que as positivam, bem como a maneira como elas podem ser interpretadas nas perspectivas da política e do direito. Ao estruturar-se em torno do desacordo amplo e profundo inerente às sociedades plurais contemporâneas, essa proposta busca contrapor-se a modelos que identificam o núcleo da democracia e do poder constituinte democrático em um ator unificado e supostamente homogêneo – o “povo” – capaz de agir de maneira coerente para implementar sua vontade “verdadeira”.¹⁰⁸

O primeiro exemplo é o movimento *Democracia na Europa 2025* (DiEM25, acrônimo em inglês), que defende a convocação de uma assembleia constituinte representativa para reestruturar a União Europeia de modo a democratizá-la. Não se trata de criar uma nova ordem ou rejeitar o projeto europeu, a fim de retornar a um modelo estritamente nacional de

¹⁰⁶ Uma questão interessante, que ainda precisa ser mais explorada, diz respeito ao uso do conceito de poder constituinte em diferentes contextos: no Brasil, discussões sobre o tema, principalmente entre juristas, parecem ter acontecido especialmente antes da constituinte, envolvendo argumentos sobre a forma que ela deveria assumir, seus poderes, sua composição etc. No Chile, por outro lado, os eventos parecem ter precedido a discussão teórica, que vem acontecendo desde o Acordo para a Paz Social e a Nova Constituição, um pacto entre elites políticas que abriu caminho para a constituinte, mas, ao mesmo tempo, estabeleceu algumas balizas para o processo, definindo as opções que estariam disponíveis no plebiscito sobre o tema. O caso da União Europeia parece ter alguma similaridade com o do Brasil, já que envolve a articulação teórica do conceito de poder constituinte em vista de propostas constituintes apresentadas por certos grupos, mas, por outro lado, ocorre em um momento no qual a realização de uma constituinte europeia parece pouco provável e em que a ilegitimidade da ordem política europeia é mais controversa do que a do regime brasileiro na década de 1980 – parece haver muito menos consenso sobre a necessidade de mudança ou, ao menos, sobre os termos da mudança (i.e., se deve ou não envolver um processo constituinte). Note-se, porém, que no Brasil, os adeptos de uma “constituinte instituída”, como Afonso Arinos de Melo Franco (1982), defendiam uma espécie de transição por vias políticas “ordinárias”.

¹⁰⁷ Cf. Habermas (1998).

¹⁰⁸ Esse tipo de posição, no contexto da teoria do poder constituinte, é defendido por Joel Colón-Ríos (2012). Para uma crítica, cf. Arato (2016, p. 269–298). O recurso a essa figura unificada e homogênea, com vontade própria, corresponde ao que alguns autores, Arato e Colón-Ríos inclusive, chamam de populismo. Cf., também, Lynch e Cassimiro (2022, 14-7) e as notas 34 e 58 acima.

organização, mas sim, de reconstituir a União Europeia, para “afastar[-se] de ‘Nós somos os governos’ e ‘Nós somos os tecnocratas’ para uma Europa de ‘Nós, os povos da Europa’” (DiEM25, 2016, p. 9).

Para compreender de modo mais adequado essa reivindicação e o projeto do DiEM25, é importante ter em vista que a União Europeia é uma ordem política – ainda que composta por outras ordens menores – que é organizada por algumas leis fundamentais, mais notadamente, o Tratado sobre a União Europeia, o Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia e a Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia.¹⁰⁹ Os dois primeiros foram adotados na forma de um tratado de direito internacional – Tratado de Lisboa, 2007, em vigor a partir de 2009 – e a última, por uma proclamação das principais instituições da UE: Parlamento Europeu, Conselho da UE e Comissão Europeia. Formalmente, esses documentos não correspondem a uma “constituição”. O Tratado de Lisboa, na verdade, é uma versão reformulada de uma proposta de constituição que foi rejeitada em referendos na França e na Holanda (ambos em 2005), depois de já ter sido confirmada em 13 dos então 25 estados membros. Não obstante, tais documentos são estruturantes da ordem política europeia¹¹⁰ – mas não foram criados de maneira particularmente democrática. É essa situação que a proposta mencionada visa a corrigir.

A composição da assembleia proposta pelo DiEM25 seria definida por uma eleição com listas transnacionais, que teriam de ser compostas por candidatos(as) da maioria dos países europeus. A ideia de fundo é empregar um mecanismo democrático e propriamente europeu – não mais ancorado nos estados membros – para reavaliar e substituir uma estrutura decisória predominantemente técnica e tida como pouco transparente e distante da população. É interessante notar que os valores propugnados pelo grupo – democracia, igualdade, solidariedade –, são também alguns daqueles já presentes no Tratado da União Europeia, especificamente, em seu art. 2º. Nesse sentido, parece possível dizer que o grupo se propõe a reclamar esses valores e promover sua implementação de maneira distinta da atual.

Atualmente, como indica o trecho do manifesto transcrito acima, entende-se que tais valores estão impregnados por uma forma tecnocrática de exercício de poder. A ideia de passar a uma União estruturada por “Nós, os povos da Europa” expressa uma aspiração a uma ordem política que possa ser entendida em termos de autodeterminação democrática – como uma

¹⁰⁹ A análise que se segue baseia-se, parcialmente, em Patberg (2018a).

¹¹⁰ O que impede que se diga que, funcionalmente, esses documentos equivalem a uma constituição é a exigência de unanimidade dos estados-membros para sua reforma. A passagem da regra de unanimidade para a de maioria é um dos marcadores da diferença entre um acordo entre estados independentes e a união de entidades que, até então eram independentes (ou “soberanas”) em uma única entidade. Cf. nota 14 acima.

escolha das pessoas efetivamente sujeitas a essa ordem, não como um conjunto de decisões governamentais nos planos nacionais e decisões burocráticas no plano supranacional. Propõe-se que uma reorganização ampla dessa ordem política é necessária e que as pessoas a ela sujeitas é que podem fazê-lo legitimamente.

O segundo exemplo refere-se a um movimento relativamente mais bem-sucedido que o DiEM25 – que ainda não alcançou o objetivo de uma constituinte europeia: os protestos que tomaram as ruas do Chile a partir do segundo semestre de 2019.¹¹¹ Estes começaram com uma mobilização, em 18 de outubro de 2019, que reagia a um aumento no preço das passagens de metrô em Santiago. Os protestos se intensificaram a ponto de que, em 19 de outubro, o então presidente Sebastián Piñera decretou estado de emergência. Em poucos dias, esse movimento inicial desencadeou grandes marchas que se espalharam por todo o país e que, em 25 de outubro, chegaram a reunir em torno de 3 milhões de pessoas – 1 milhão das quais em Santiago –, o que equivale a, aproximadamente, 1/6 da população do país (Heiss, 2021b, p. 38–39).

O objeto dos protestos iniciais acabou se diluindo em meio a demandas muito mais abrangentes, sintetizadas em uma demanda geral por “dignidade” e direitos sociais e no slogan “Não são 30 pesos, são 30 anos” (Heiss, 2021b, p. 39, 2021c, p. 74), em referência a todo o período posterior à ditadura de Augusto Pinochet, que deixou o poder em 1990.¹¹² Nesse período, permaneceu vigente a Constituição de 1980, instituída em meio à ditadura e que compreendia inúmeros mecanismos destinados a preservar interesses ligados àquele regime, como regras de reforma constitucional relativamente exigentes, leis orgânicas constitucionais – que exigem quórum mais elevado para mudança e que abrangem temas politicamente sensíveis – e, até 2005, uma parcela de senadores não eleitos, indicados por líderes militares. A abolição desse último mecanismo veio acompanhada do aumento de competências do Tribunal

¹¹¹ É de se notar que, ao contrário do DiEM25, que é um movimento relativamente recente, os protestos de 2019 no Chile podem ser encaixados em uma narrativa mais longa de tentativas e propostas de substituição constitucional que será descrita na sequência.

¹¹² A ideia também é articulada por Javiera Manzi, integrante da *Coordinadora Feminista 8M*: “Os povos levantaram essa voz que não expressa apenas um mal-estar presente, mas um mal-estar de muito tempo. Encarna uma crítica ao período de transição, a uma administração da precarização da nossa vida ao longo de todos esses anos, com as promessas não cumpridas do que foi o fim pactuado da ditadura [...]”. (Tinta Limón Ediciones, 2021, p. 61). Na sequência, Manzi argumenta que, com o andamento dos protestos, o lapso temporal identificado como relevante foi expandido: para 47 anos – desde o início do regime de Pinochet – e, depois, 500 anos, com referência ao período colonial. Essa ideia pode ter implicações relevantes para conceber e interpretar uma (ação) política “constituinte” ou “constitutiva” para além da política estruturada e mediada pelo direito positivo – tema que se encontra fora do escopo deste trabalho, mas que é importante e pode ser objeto de pesquisa futura. Essa ideia fica mais visível em uma fala subsequente de Javiera Manzi: “Nós lemos o processo constituinte de uma forma que extrapola a chave institucional através da qual se pensa a transformação da Constituição. Entendemos que está em jogo um sentido constituinte muito mais profundo e radical; que estamos nos constituindo como movimento, como povos; que estamos nos reconstituindo através da possibilidade de nos politizarmos, de imaginar outra vida” (*ibid*, p. 77).

Constitucional – outra instituição contramajoritária e capaz de bloquear mudanças relacionadas às aspirações populares (Heiss, 2021c, p. 73).

A manutenção do texto constitucional de 1980 – bastante reformado, mas ainda com muitos enclaves do regime de Pinochet – na transição para a democracia pode ser interpretada como resultado de um cenário em que nenhuma das principais forças políticas tinha força suficiente para impor claramente suas preferências.¹¹³ Apesar disso, propostas de substituição constitucional nunca estiveram totalmente ausentes (Escudero, 2021). Em alguns momentos específicos, como após protestos estudantis em 2006, que reforçaram críticas de movimentos sociais à Constituição – apontada por eles como principal causa das desigualdades sociais no país –, o tema ganhou certo destaque. Nas eleições presidenciais de 2013, sete dos nove candidatos tinham entre suas propostas a substituição constitucional.

Nesse contexto, uma iniciativa que ilustra a ideia de que discursos constituintes são construídos e buscam validar uma pretensão constituinte *dentro* de uma ordem política foi o movimento *Marca AC* ou *Marca su Voto*, que, nas eleições presidenciais de 2013, incentivava eleitores e eleitoras favoráveis à realização de uma assembleia constituinte a marcarem suas cédulas com as letras “AC” (de *asamblea constituyente*), a fim de identificar a adesão da população a esse projeto (Escudero, 2021, p. 7–8). Esse tipo de movimento pode, de um lado, ajudar a dar visibilidade a propostas constituintes – fazendo com que a possibilidade de substituir a constituição torne-se um tema de disputa na sociedade – e, de outro, a medir, ainda que de modo impreciso, a adesão a essa proposta. Isso, por sua vez, pode ajudar a formatar e reformular essas propostas e as estratégias das pessoas e grupos que as apresentam.

As pretensões constituintes ingressaram mais claramente na esfera da política institucionalizada durante o mandato da presidente eleita em 2013, Michelle Bachelet. Nesse período, foram realizados encontros em assembleias municipais para discutir preferências constituintes e, em 2017, a presidente finalmente propôs uma lei para desencadear um processo constituinte. Com isso, essa pretensão – que já existia na sociedade há muito tempo, que fora articulada e apresentada em público, com diferentes conteúdos e demandas concretas, e que foram também discutidas em espaços mais institucionalizados – foi formalmente apresentada a uma instância que, em tese, poderia conceder-lhe força coercitiva ao validá-la, desencadeando um processo constituinte. Contudo, esse projeto jamais foi votado.

Os protestos de 2019, como indicado acima, após um momento inicial de crítica a uma medida bastante específica, passaram a congregiar demandas por reformas amplas e a manifestar

¹¹³ Cf. Alberts, Warshaw e Weingast (2012).

uma insatisfação muito difundida com o texto constitucional vigente. Desse modo, eles assumiram um caráter diverso – de questionamento da ordem vigente como um todo e de aspiração a uma nova ordem. Por isso, podem ser encaixados nessa narrativa de sucessivas tentativas de mobilização pela substituição constitucional – as quais, dessa vez, tiveram sucesso em ativar um processo constituinte.¹¹⁴ A próxima seção analisa como o conceito de poder constituinte pode ser relevante nesse tipo de contexto.

2.3.2. *Propostas constituintes e o poder constituinte*

A linguagem mobilizada para articular e justificar movimentos como os referidos acima pode ser organizada a partir da categoria de “discursos constituintes”. Estes correspondem a manifestações públicas sobre a possibilidade de reconstituição da ordem política e podem ser subdivididos em, ao menos, duas espécies. De um lado, pode-se falar em “narrativas” (públicas) de poder constituinte como as analisadas por Patberg (2018a), as quais correspondem a construções coletivas articuladas na forma de “histórias”. De outro, mais genericamente, pode-se identificar “propostas” constituintes,¹¹⁵ que expressam a pretensão de reformular amplamente a própria estrutura da ordem política, i.e., as regras fundamentais que organizam a vida comum, determinando como e por quem as decisões políticas são tomadas e distribuindo vantagens e ônus entre integrantes da comunidade.¹¹⁶

A categoria “propostas constituintes” é suficientemente ampla para incluir não apenas as propostas de movimentos políticos e protestos como os descritos acima, mas também pretensões de mudança articuladas pelos mais diversos grupos políticos e sociais e mesmo por indivíduos isolados – desde que apresentadas em público.¹¹⁷ As sugestões, mencionadas na introdução deste trabalho, do jurista Fábio Konder Comparato (2008), em artigo publicado no jornal *Folha de S. Paulo*, do então candidato à vice-presidência da República, Hamilton Mourão, em 2018,¹¹⁸ e do líder do governo de Jair Bolsonaro na Câmara dos Deputados, Ricardo Barros, em 2020 e 2021, são abrangidas pela categoria.¹¹⁹

¹¹⁴ Sobre a distinção entre “ativação” e “exercício” do poder constituinte, ver Niesen (2019) e seção 3.2.3 abaixo. Cf., também, Colón-Ríos (2012, cap. 9).

¹¹⁵ “Propostas” são unidades menores que “narrativas”, de modo que aquelas podem estar contidas nestas, mas o contrário não é possível.

¹¹⁶ Aqui, essa ideia está associada à criação ou substituição constitucional, mas isso não significa excluir a possibilidade de aplicá-la, também, a processos mais restritos de reforma/ emenda constitucional em casos específicos. Deixo essa possibilidade em aberto.

¹¹⁷ Isso os distingue de “narrativas” (públicas) de poder constituinte como as analisadas por Patberg (2018a), as quais correspondem a construções *coletivas* e que, ademais, são articuladas na forma de “*histórias*”. Aqui, trata-se de *propostas* de mudança, independente de como sejam construídas.

¹¹⁸ Carazzai; Vizeu (2018).

¹¹⁹ Gomes; Castilhos (2020); Barros (2021).

Essas propostas contêm algumas características distintivas, que nos permitem separá-las de outras formas de manifestação política.¹²⁰ Em primeiro lugar, eles não correspondem a uma busca por restabelecer direitos – ou, eventualmente, privilégios – retirados por um regime opressor (1), como é o caso de movimentos estruturados em termos de “resistência”. Em segundo lugar, não se trata simplesmente de chamar atenção para um problema ou de se opor à ordem vigente ou a partes dela. Para além de um elemento crítico (destrutivo ou negativo), elas contêm um elemento propositivo ou construtivo, que não é apenas uma proposta de reforma, mas uma aspiração a mudanças amplas, que se concretiza na ideia de uma nova ordem (2).

Um terceiro aspecto refere-se a eventuais ilegalidades em que essas propostas e as práticas a elas vinculadas eventualmente incidem. Na medida em que buscam subverter a totalidade da ordem político-jurídica – diferentemente de movimentos de resistência civil –, elas não incluem a ideia de submeter-se às sanções cominadas àquelas ilegalidades (3). A ideia de fundo é que essas propostas não consideram a ordem estabelecida como, em geral, legítima, mas acometida por injustiças pontuais que podem ser corrigidas por meio de pequenos reparos; argumenta-se que ela está de tal forma comprometida – injusta, ilegítima, disfuncional – que precisa ser totalmente substituída. Isso se associa, ainda, à percepção de que os caminhos usuais ou legais de mudança estão bloqueados ou não são suficientes para o tipo de mudança que se defende (Patberg, 2019, p. 82–83).¹²¹

Essa descrição também mostra que movimentos articulados por propostas constituintes existem *dentro* de ordens político-jurídicas estabelecidas. Essas propostas são formuladas com referência a uma ordem específica – questionando-a e propondo mudanças.¹²² Essa ideia coloca em dúvida suposições amplamente difundidas sobre a “externalidade” do poder constituinte em relação a ordens constituídas.¹²³ A ideia de fundo aqui é que a subversão ou reconstituição de uma ordem política, embora contenha elementos de ruptura, contém, também, elementos de continuidade: ela não coloca (ao menos não necessariamente) as pessoas de volta a um “estado de natureza”, em que uma nova ordem é construída a partir do nada; na verdade, a nova ordem pode ser construída com apoio das estruturas já existentes, ainda que parcialmente reformadas: por exemplo, o recurso a uma emenda constitucional para convocar uma Constituinte; e a participação, nesse processo, de pessoas já dotadas de direitos (especialmente, direitos políticos) pela ordem anterior. Essa é uma forma de dar maior peso aos valores protegidos pelo

¹²⁰ Cf. Maus (1991).

¹²¹ Sobre essa ideia no contexto chileno, cf. Tschorne (2020, p. 87–88).

¹²² Cf. Celikates (2019).

¹²³ Cf. Colón-Ríos (2012, 47 ff.).

estado de direito (estabilidade, previsibilidade, garantia de direitos) e que entende a democracia como uma prática que depende, em grande medida, de estruturas institucionais para seu adequado funcionamento.

Pode-se argumentar, é claro, que conceituar o poder constituinte como “externo” à ordem política corresponde simplesmente à articulação da ideia de que ele é externo às *instituições constituídas*, na medida em que o povo não se confunde com elas. Essa ideia está correta até certo ponto. Mas o elemento que se quer salientar aqui é que as relações entre as estruturas institucionais e as pessoas a elas sujeitas é mais complexa do que apenas definir o que está de um lado ou de outro. Nesse ponto, a ideia de Martin Loughlin, de que há um importante elemento relacional no exercício do poder político pode ser útil: as pessoas que se mobilizam por uma reconstituição o fazem, muitas vezes, com apoio em recursos da ordem vigente (1) e com referência às instituições existentes (2).

Quanto ao primeiro ponto, podemos referir as liberdades de manifestação do pensamento, associação e reunião como mecanismos, criados pelo direito positivo, que são empregados para canalizar demandas constituintes.¹²⁴ Quanto ao segundo, na medida em que o poder constituinte depende, para seu exercício, de instituições constituídas, parece fazer sentido, como estratégia política, direcionar demandas a essas instituições para que elas desencadeiem um processo constituinte.¹²⁵

Em síntese, esses discursos podem catalisar mudanças constitucionais significativas na medida em que forem capazes de estabelecer algo como um consenso sobre a necessidade de uma reconstituição. E, aqui, o conceito de poder constituinte pode ser útil, por duas razões principais. Primeiro, ele sinaliza que a mudança proposta é tão ampla ou fundamental que não pode ser realizada dentro do paradigma existente. Se poder constituinte é, como argumentarei no capítulo 3 abaixo,¹²⁶ uma capacidade para instituir uma nova constituição entendida como lei positiva, recorrer a esse conceito indica exatamente que as mudanças almejadas só podem ser promovidas de modo efetivo por meio de uma nova constituição.

Esse parece ter sido o caso no atual processo constituinte chileno:¹²⁷ entendia-se que a Constituição de 1980 estava tão impregnada por elementos associados à ditadura de Pinochet,

¹²⁴ Evidentemente, esse exemplo se aplica apenas a casos em que haja uma ordem constitucional relativamente funcional que garanta tais direitos. Por essa razão, Andrew Arato argumenta que, caso não exista uma tal ordem, se deve recorrer a uma constituição provisória, que estabeleça algumas balizas desse tipo. Cf. Arato (2009).

¹²⁵ Ainda que não sejam elas a exercer esse poder efetivamente, o que é uma questão diversa.

¹²⁶ Ver, especialmente, seção 3.2.2.

¹²⁷ E também do Brasil na década de 1980, como argumentava Raymundo Faoro já à época: “Dentro do quadro autoritário, que se institucionalizou no país a partir de 1964, as reformas – a abertura, a liberalização, seja qual for o nome que se dê ao processo –, quantitativamente significativas, não conseguiram modificar a estrutura de poder. Os reflexos jurídicos, relevantes embora, repita-se, não alcançaram a dimensão da legitimidade. No seu lugar,

que ela não poderia ser reconfigurada da maneira como se desejava – ampliando a democracia e promovendo justiça social.¹²⁸ Isso se deve, em parte, ao fato de que, para além do texto escrito, com o tempo, um conjunto de práticas e “doutrinas” – fundadas especialmente em decisões judiciais e administrativas e nas interpretações que juristas dão às leis – passam a definir os contornos da constituição e da prática constitucional. Mudanças relativamente isoladas, como as que podem ser realizadas por meio de emendas, não são capazes de subverter ou invalidar todo esse *corpus*, que continua, então, a conformar a prática constitucional.¹²⁹

Em segundo lugar e como já mencionado acima,¹³⁰ esse conceito expressa a ideia de que a ordem política está à disposição das pessoas – no sentido de que não é uma ordem “natural” das coisas: ela pode ser alterada¹³¹ e é, em alguma medida, resultado de uma *decisão*. Essa decisão, por pretender vincular as pessoas – estabelecendo as regras de sua convivência –, deve ser passível de justificação. Isso exige instituir um processo decisório que reconheça os pontos de vista das diferentes pessoas potencialmente atingidas e permita que elas os expressem e busquem defendê-los. Ou seja, o conceito de poder constituinte leva à ideia de que o processo de criação constitucional deve ser democrático.

Esse segundo aspecto indica que o recurso a esse conceito ajuda a depurar discursos constituintes, na medida em que ele funciona como um indicador negativo de legitimidade: se o “povo” não for adequadamente integrado à proposta – i.e., se ela não envolver procedimentos democráticos –, ela não é legítima. A existência de discursos como o de Hamilton Mourão – baseado na premissa de que “uma constituição não precisa ser feita por eleitos pelo povo” (Carazzai; Vizeu, 2018) – indica que esse segundo elemento não é trivial como pode parecer à primeira vista.

Esses dois aspectos da noção de poder constituinte que parecem torná-lo uma categoria útil para estruturar propostas constituintes estão fundadas em uma interpretação desse conceito que se pretende razoavelmente incontroversa por razões já apresentadas acima e que serão mais

instalou-se apenas a legalidade, conduzida por meio de concessões, sem admitir, fora da tutela elitista, a soberania popular, projetada autonomamente pela sociedade civil. O poder, com sua legalidade específica, cedeu, nas suas mudanças, a todas as acomodações, sob o pressuposto de não perder o mando, o núcleo decisório fundamental. A autocracia continua pilotada por uma elite (...)” (Faoro, 1986, p. 69).

¹²⁸ Heiss (2021c, 2021a) e Suarez-Cao (2021).

¹²⁹ Cf. Tschorne (2020, p. 98–99). No caso chileno, o autor observa que parte importante dessas práticas pode ser inclusive fruto da transição para a democracia e das estratégias empregadas para criar e manter a *Concertación*, união de partidos que teve papel importante no plebiscito que levou à queda de Pinochet e que governou o país pelos vinte anos seguintes (p. 100-2).

¹³⁰ Ver introdução e capítulo 1.

¹³¹ Cf. Habermas (2020b).

desenvolvidas na próxima seção.¹³² Além disso, esses dois aspectos combinados às quatro características de discursos constituintes elaboradas acima identificam um tipo de ação política – que corresponde à *proposta de substituição constitucional democrática* – de maneira formal, i.e., sem pré-determinar o conteúdo específico dessa ação e dos discursos a ela associados. Ou seja, a argumentação desenvolvida até este ponto não faz recomendações sobre o conteúdo de uma constituição ou os mecanismos institucionais específicos a serem empregados para criá-la: ela dá margem para diferentes propostas, que são formuladas por pessoas e grupos concretos dentro de determinada ordem política.¹³³

À luz desses elementos, o próximo capítulo busca elaborar essa interpretação do conceito de poder constituinte de maneira mais abstrata e “formalizada”, articulando expressamente a estrutura assumida por pretensões constituintes e pelas decisões que as positivam e explicitando a maneira como esse conceito conecta política e direito.

¹³² Trata-se da associação entre poder constituinte, constituição como lei positiva e democracia. Cf. Introdução e seção 3.1.

¹³³ Cf. Patberg (2018a).

Capítulo 3. Da política ao direito: poder político e poder constituinte

O poder constituinte é, tradicionalmente, conceituado como um poder factual, que se encontra fora do direito e das instituições, mas que, a despeito disso, tem a capacidade de criá-las, moldá-las e destruí-las. Encontra-se em um “estado de natureza” e é, assim, a única fonte da lei positiva.¹³⁴ Como visto acima, em algumas interpretações, esse poder é compreendido como um “conceito limite” do direito constitucional:¹³⁵ um poder que é, simultaneamente, externo à ordem jurídica, porque não constrangido por ela, e interno a ela, por representar sua fonte de validade e legitimidade.

Teorias desse tipo criam algumas tensões com o projeto do constitucionalismo democrático e, no limite, parecem ameaçá-lo. Na medida em que o poder constituinte é externo – ou tem uma dimensão externa – à ordem jurídica e pode, a qualquer momento, irromper para destruí-la, sua presença gera instabilidade e insegurança, que minam a busca por previsibilidade inerente à regulação por meio do direito positivo. Consequência dessa existência externa à ordem constituída é a atribuição de um caráter ilimitado a esse poder. Compreende-se que a decisão tomada pelo poder constituinte é totalmente livre de constrangimentos substantivos e procedimentais e independe de parâmetros normativos prévios ou externos – sejam jurídicos ou morais. Essas duas características atribuídas ao poder constituinte implicam reconhecer que, a qualquer tempo, uma ordem constitucional democrática e garantidora de direitos pode ser substituída por uma ordem autoritária, se essa for a vontade do sujeito constituinte. Nessas interpretações, o poder constituinte soberano pende como uma espada de Dâmocles sobre o constitucionalismo democrático.¹³⁶

Para além disso, outros elementos presentes em teorias do poder constituinte criam dificuldades conceituais. Um deles diz respeito exatamente ao seu sujeito ou titular: a quem pertence ou quem é capaz de exercer o poder constituinte? Em geral, esse poder é associado ao povo, que seria o único agente legitimado a exercê-lo. O povo é compreendido como titular do poder constituinte, porque isso garantiria sua soberania ou liberdade: ele estaria decidindo sobre seus próprios rumos, não se sujeitando a uma decisão alheia. O problema aqui é: qual o critério definidor desse “povo” titular do poder constituinte? Além disso, como é possível identificar sua “vontade” e transformá-la em leis constitucionais? Ambas as perguntas parecem indicar que o exercício de um poder constituinte depende de normas preexistentes: normas que definam

¹³⁴ Schmitt (2017, p. 75-7); Sieyès (2003, p. 136-7).

¹³⁵ Ver seção 1.1. Como indicado naquele ponto, a expressão é, originalmente, de Böckenförde (2017). Posteriormente, ela foi retomada por Loughlin (2014). Bercovici (2013) parece oscilar entre essas duas interpretações (poder factual/ conceito limite).

¹³⁶ Arato (2016, p. 2, 291).

o povo e os mecanismos para determinar sua “vontade” e transformá-la em lei.¹³⁷ Assim, da mesma maneira que a constituição tem seu fundamento no povo, o povo depende da constituição, que o cria enquanto povo – há um problema de circularidade.

De maneira associada, surgem dificuldades para identificar aquilo que pode ser considerado o exercício de um poder constituinte. Costuma-se argumentar que isso só pode ser feito *ex post facto*, i.e., uma vez que uma nova constituição está em vigor ou que uma decisão incompatível com a ordem anterior foi tomada de maneira eficaz. Isso decorre das premissas anteriores (externalidade do poder constituinte em relação às formas constituídas, ausência de limitação e titularidade por um sujeito coletivo): se o poder constituinte não está adstrito a nenhuma forma, não tem conteúdo específico, nem um sujeito identificável *a priori*, não é possível identificar, em abstrato, seu exercício. O critério relevante para isso é o sucesso na implementação de uma nova ordem.

Esses problemas e especialmente suas implicações normativas estão na raiz de algumas críticas recentes dirigidas ao conceito de poder constituinte, apresentadas mais detalhadamente nos capítulos anteriores, especialmente no capítulo 1. Em síntese, essas críticas seguem dois caminhos parcialmente sobrepostos: de um lado, argumenta-se que, em contextos de questionamento da ordem vigente ou criação de uma ordem constitucional, o manejo do conceito de poder constituinte, concebido tal como exposto acima, tem implicações indesejadas e perigosas do ponto de vista do autogoverno democrático e dos direitos fundamentais;¹³⁸ de outro, esse conceito, por suas características estruturais ou por incoerências internas, seria incapaz de legitimar uma ordem constitucional.¹³⁹

Proponho que conceber o poder constituinte não mais como uma capacidade factual ou “sociológica” e desprovida (ou empobrecida) de elementos normativos, mas sim como uma competência jurídica – o mecanismo pelo qual o direito conceitua certas demandas e fenômenos – permite-nos encarar esses problemas de maneira nova e mais proveitosa.¹⁴⁰ Nessa

¹³⁷ Ou entender o “povo” como uma entidade existencial definida por algum tipo de homogeneidade substantiva e reconhecimento recíproco entre seus membros. Essa é a saída de Schmitt, adotada também por Böckenförde. Sobre isso, ver a seção 1.1 acima. Mais recentemente, essa dificuldade é concebida como um “paradoxo do constitucionalismo”, que, tal como apresentado por Loughlin e Walker (2007), associa-se à percepção de que o poder constituinte depende, para se expressar, de instituições constituídas. Tentativas de lidar com esse suposto paradoxo foram desenvolvidas por Loughlin (2003, p. 99-113; 2010, p. 221-8; 2014) e Lindahl (2007a; 2007b). Sobre a posição de Lindahl, ver seção 2.2.2 acima.

¹³⁸ Cf. Arato (2016; 2017), que se refere a essa concepção de poder constituinte como concepção “soberana”.

¹³⁹ Cf. Duke (2020); Dyzenhaus (2007; 2012); Vinx (2013; 2019).

¹⁴⁰ Permite, por exemplo, desconsiderar como exercícios de um poder constituinte movimentos fundados na força, que tomam o poder efetivamente, mas não instituem uma constituição ou um governo por meio do direito (como o regime nacional-socialista na Alemanha a partir de 1933 e o regime do Taliban no Afeganistão a partir de 2021). Essa reformulação também pode ajudar a refletir sobre a ditadura no Brasil a partir de 1964, em que o período de governo “extraconstitucional”, fundado em atos institucionais, se prolongou por quase 3 anos. Nesse caso, a

interpretação, o poder constituinte corresponde a uma forma empregada para traduzir certas demandas políticas para a linguagem do direito. Como tal, ele não é, em si, fonte de legitimidade, nem está vinculado a um agente específico. Seu exercício precisa ser justificado e isso exige analisar as práticas políticas que o sustentam.

Nessa interpretação, o conceito é relevante por três razões principais: em um plano argumentativo, da disputa política, ele representa uma espécie de “lugar comum” por meio do qual atores políticos podem articular um tipo específico de demanda política – pela criação ou reconstituição de uma ordem política – e sinalizar claramente essa aspiração; no plano da teoria jurídica, ele funciona como uma espécie de conceito operacional que reflete a estrutura escalonada do estado constitucional contemporâneo, em que há uma diferenciação formal de elementos estruturais da ordem política e discussões políticas substantivas, de modo que alterações estruturais estão sujeitas a demandas procedimentais e de justificação diferenciadas; e no plano da legitimidade, o conceito permite colocar de maneira mais clara as demandas de justificação envolvidas em mudanças estruturais da ordem política e indica o caminho a ser seguido para respondê-las de maneira satisfatória. Cada um desses pontos será abordado de maneira mais extensa na sequência deste trabalho.

Essa reformulação do conceito de poder constituinte – que, a meu ver, corresponde a uma articulação mais clara e direta de ideias já presentes na literatura mais recente sobre o tema¹⁴¹ – permite, também, evitar os problemas tradicionalmente associados a esse conceito já mencionados acima. Na medida em que não é uma força que existe no mundo e pertence a determinado sujeito, não é mais possível vê-lo como uma capacidade que pode ser exercida a qualquer momento sem mais. Em outras palavras, seu exercício precisa ser justificado. Por estar vinculado à forma jurídica, não se pode mais concebê-lo como estritamente ilimitado, porque ele deve se expressar em uma linguagem jurídica. Isso também implica concebê-lo como um poder “institucional”, não mais “existencial”, ligado a um sujeito supostamente existente na realidade. Com isso, nenhum grupo ou parcela da sociedade pode proclamar-se titular ou representante do poder constituinte, porque quem efetivamente o exerce são instituições estruturadas juridicamente e explicitamente autorizadas a fazê-lo.

tomada de poder e o governo com ela instituído não só eram ilegítimos como não exerceram um poder constituinte, a despeito do que proclamavam os atos institucionais.

¹⁴¹ Cf., especialmente, Arato (2016, 2017) e Patberg (2018b). Na medida em que essas ideias estão associadas a projetos teóricos e políticos específicos – como processos constituintes podem ser estruturados para dar origem a constituições estáveis e legítimas (Arato) e como o conceito de poder constituinte pode ser relevante na discussão sobre a legitimidade de instituições políticas supraestatais (Patberg) – e que não estão livres de contradições ou elementos teóricos que parecem problemáticos, este trabalho não corresponde meramente à apresentação desses argumentos e não culmina em uma concepção de poder constituinte idêntica à de algum desses autores.

Por não ser entendido como pertencente a um sujeito determinado, nesta interpretação, o poder constituinte não pressupõe um critério para determinar quem integra a comunidade política. Esse critério pode ser determinado ao longo do próprio processo constituinte, por exemplo, com fundamento em um princípio de inclusão inspirado pela teoria do discurso: se a validade de uma norma depende da possibilidade de assentimento racional por parte de todas as pessoas por ela potencialmente atingidas, parece possível supor que um processo constituinte deve ser tão aberto e inclusivo quanto possível (Arato, 2009, p. 435–436; Patberg, 2018b, p. 192–193).

Pode-se, até mesmo, cogitar o envolvimento de atores que são claramente externos à comunidade política (e.g., outros Estados ou organizações internacionais), desde que seu interesse em participar no processo seja justificado (Arato, 2015; Dann; Al-Ali, 2006). Além disso, o critério de inclusão não precisa, necessariamente, ser estabelecido de uma vez por todas, de modo que poderia apenas ser revisto por um novo exercício do poder constituinte. Assim, a inclusão de *outsiders* pode se dar ao longo do tempo por meio do processo político constitucionalmente estruturado, sem necessidade de reconstituir a ordem política como um todo – o que, em interpretações tradicionais é necessário, na medida em que o poder constituinte corresponde a uma espécie de expressão da identidade comunitária.¹⁴²

Essa forma de conceber o poder constituinte também coloca o elemento temporal da análise em outra perspectiva. “Poder constituinte” deixa de ser uma categoria empregada de maneira exclusiva ou predominantemente retrospectiva e passa a ser central para refletir sobre acontecimentos políticos presentes e projetar desdobramentos futuros. É uma categoria para dar sentido àquilo que um grupo de pessoas *está fazendo e se propõe a fazer*. É claro que isso não elimina a possibilidade de empregá-lo para refletir sobre eventos passados e conceituá-los como exercícios de um poder constituinte. Mas abre espaço para a reflexão presente – inclusive por parte dos atores efetivamente engajados em uma prática constituinte – sobre os problemas e parâmetros de legitimação dessa prática, seus problemas de operacionalização e princípios normativos que devem orientá-la.

Pode-se, com isso, abandonar interpretações inadequadas segundo as quais o critério relevante, em termos de legitimidade, é a capacidade para efetivamente expressar, no “ato constituinte” – ou, mais precisamente, na constituição – a “identidade” do povo, algo que só pode ser determinado *ex post facto* e que, assim, nos deixa sem critérios para orientar e julgar

¹⁴² Essa ideia contrapõe-se explicitamente a Böckenförde (2017). Ver seção 1.1 acima.

práticas constituintes presentes.¹⁴³ Outro problema dessas interpretações é que seu critério de legitimidade é essencialmente passivo: uma espécie de aquiescência, por parte das pessoas que vivem sob uma constituição, às regras por ela estabelecidas. Não há um elemento positivo, de agência, correspondente ao efetivo engajamento, por parte das pessoas sujeitas às leis, no processo que leva à sua criação. Esse elemento, que corresponde à ideia de “autonomia pública”, tem um papel central na concepção de legitimidade subjacente a este trabalho.

Para defender essa interpretação, este capítulo procede da seguinte maneira: primeiro, apresento alguns pressupostos da análise, que dizem respeito à natureza do poder constituinte (3.1.1). Em seguida, analiso a ideia de poder político e os processos que lhe dão origem (3.1.2). No tópico 3.2, apresento a relação entre poder político e poder constituinte, analisando a especificidade deste em relação àquele (3.2.1), o sentido em que se pode conceber o poder constituinte como um poder jurídico (3.2.2) e a maneira como poder político e poder constituinte podem ser articulados (3.2.3). Na seção 3.3, trato da justificação do poder constituinte e retomo sua relação com a legitimidade da ordem política¹⁴⁴ e, no tópico final (3.4), apresento algumas consequências jurídico-dogmáticas dessa análise para a criação e reforma constitucional.

3.1. A constituição do poder político

3.1.1. Nota metodológica: A natureza do poder constituinte

A condição da política é a pluralidade. Isso significa que vivemos em meio a seres que são, simultaneamente, iguais a nós – pessoas capazes de compartilhar um conjunto de sentidos – e diferentes de nós, já que cada uma é única e tem uma história de vida singular (Arendt, 1998, p. 8, 175–176). Institucionalizar uma ordem política é, em si, uma atividade política, porque conformada por essa pluralidade: trata-se de uma empreitada coletiva.¹⁴⁵ Implícita no

¹⁴³ Como visto no tópico 2.2, essa argumentação é desenvolvida mais explicitamente por Lindahl (2007a, 2007b) e Kumm (2016a, 2016b). Em sentido algo diverso, Loughlin (2014).

¹⁴⁴ Analisada na seção 1.2.2 acima.

¹⁴⁵ Alternativamente, seria possível conceber essa atividade como prerrogativa de um legislador que é externo à comunidade e estabelece suas leis fundamentais de maneira “pré-política”. Segundo Arendt (2006, p. 178 e ss., 300-1), era dessa maneira que a atividade de estabelecer as leis fundamentais da cidade era entendida na Grécia Antiga. Uma interpretação desse legislador “pré-político” é oferecida por Rousseau (Rousseau, 1999, p. 49–53). Uma associação entre as ideias de Rousseau sobre o tema e a teoria do poder constituinte – que o coloca nas mãos desse legislador – é proposta por Eoin Daly (2021).

É de se notar, ainda, que existe uma certa tensão no pensamento de Arendt no que diz respeito a esse tema. Ela emprega, recorrentemente, a ideia de que uma constituição política é uma espécie de “abrigo” para a ação política e o poder – uma estrutura artificial e objetiva, mais duradoura que as ações que ocorrem dentro dela. Essa imagem remete à atividade humana identificada por ela como “obra”, que corresponde a construir objetos materiais que formam o mundo artificial que os seres humanos criam para dar alguma estabilidade e permanência à sua vida que é essencialmente frágil, passageira e “fútil”. Por outro lado, criar uma constituição é, para ela, uma atividade essencialmente política – ela recorre às revoluções do século XVIII exatamente como momentos especiais em que

conceito de pluralidade está a ideia de desacordo: na medida em cada pessoa encontra-se em um lugar distinto no mundo, o vê a partir de um ponto diverso, cada uma tem sua própria opinião sobre o mundo e sobre como agir em relação a ele. Para levar a cabo uma empreitada coletiva, são necessários, portanto, processos de convencimento, que, por meio do confronto entre diferentes opiniões, permitam estabelecer algo como um entendimento comum – uma opinião mais objetiva e considerada – apto a fundamentar a ação coletiva.¹⁴⁶

Nesse sentido, também a busca pela organização da comunidade, na medida em que realizada coletivamente, corresponde a uma prática comunicativa e de convencimento. Pessoas que se encontram perante essa tarefa precisam buscar dar sentido àquilo que fazem e, simultaneamente, convencer as demais integrantes do grupo a adotar um ou outro curso de ação. Essa comunicação pode ser estruturada em termos conceituais, i.e., construindo abstrações que deem conta de apreender a situação e que recomendem certos encaminhamentos. É isso que se faz quando, por exemplo, se afirma que as pessoas encarregadas de estruturar uma nova ordem política manejam um “poder constituinte” que dará origem a “poderes constituídos” e que estes deverão, no futuro, atuar dentro dos limites estabelecidos por aquele.¹⁴⁷

Em outras palavras, ao mobilizar o termo “poder constituinte” não se está descrevendo uma realidade – não no sentido em que alguém descreve, por exemplo, uma árvore ou um prédio. Ao contrário do que ocorre nesses últimos casos, não é possível experimentar sensorialmente o poder constituinte. Esse termo refere-se a uma tentativa de identificar o sentido da prática de estruturar uma ordem política, não a uma força ou ator existente no mundo e capaz de influenciá-lo – ainda que uma tal força ou ator possam figurar como elementos dessa conceituação. Os debates sobre esse tema, contudo, são muitas vezes travados em termos que parecem desconsiderar esse fato – que, de outro modo, seria trivial – e se propõem, então, a identificar uma “essência” ou traços essenciais do poder constituinte.¹⁴⁸

os traços definidores da política estariam mais claramente visíveis (Lefort, 1988) – que, corresponde, portanto, ao campo da atividade humana denominada “ação” (que se distingue tanto da “obra” quanto do “labor”, a atividade voltada à satisfação de necessidades biológicas). Esse ponto também é salientado por Waldron (2000, p. 203–204).

¹⁴⁶ Obviamente, é possível conceber a ação de um grupo em termos da imposição, por parte de uma pessoa ou grupo de pessoas, de sua opinião ou vontade às demais que, então, se veem compelidas a agir e obedecer. Esse, porém, não parece ser o sentido central de “ação coletiva”, na medida em que nega a agência da maior parte dos sujeitos individuais envolvidos nesse processo. Essas pessoas funcionam, aqui, apenas como “instrumentos” do indivíduo ou grupo que as compele a agir. Essa diferenciação é abordada mais à frente em termos da diferenciação entre “poder” e “violência”.

¹⁴⁷ Foi exatamente em um cenário desse tipo que esses termos foram empregados pela primeira vez - por Emmanuel Sieyès no contexto da Revolução Francesa. Sobre isso e sobre alegações de que o conceito de poder constituinte seria mais antigo, cf. Rubinelli (2020, p. 1-32).

¹⁴⁸ Esse também é um problema de interpretações que concebem o poder constituinte (ou seu titular) como uma “entidade” concreta, por exemplo, como “o povo organizado politicamente”, que precede a constituição e continua a existir junto a ela. Cf. Böckenförde (2017).

Yaniv Roznai, por exemplo, afirma, reiteradamente, que o poder constituinte tem certas características “decorrentes de sua própria natureza”. Com esse argumento, ele busca se contrapor a certas propostas de limitar, institucionalizar e organizar procedimentalmente o exercício do poder constituinte, simplesmente descartando-as como impossíveis ou mesmo “bizarras”, porque supostamente contrárias à natureza de seu objeto de análise.¹⁴⁹ Afirmar que o poder constituinte pode ser institucionalizado ou limitado corresponderia a afirmar que a água dos oceanos se encontra em estado gasoso ou que os frutos de uma laranjeira são azuis – i.e., um erro descritivo básico. Por outro lado, algumas análises, como a de Lucia Rubinelli (2020), buscam exatamente contrapor-se a teorias formuladas dessa maneira, as quais, em sua visão, enganam-se sobre a natureza do debate.¹⁵⁰

É claro, contudo, que, ao empregar o termo “poder constituinte” para dar sentido a determinada realidade – à tarefa de estruturar uma nova ordem política –, é preciso, para que os argumentos mobilizados sejam plausíveis e convincentes, que o termo seja construído de modo a apreender ao menos alguns traços daquela realidade e organizá-los coerentemente. Então, por exemplo, quando pessoas se reúnem para estruturar uma nova ordem política, elas têm, em princípio, uma liberdade de escolha amplíssima: podem instituir qualquer ordem política imaginável – dentro do horizonte de possibilidades do momento histórico em que se encontram e sujeitos aos constrangimentos práticos eventualmente existentes.

É nesse sentido que se pode dizer que um poder constituinte é “ilimitado”: as pessoas que o exercem podem instituir a constituição que quiserem – ou, mais precisamente, a constituição com a qual forem capazes de concordar: não se trata de um ato de “vontade”, mas de uma espécie de acordo. Mas disso não decorre, necessariamente, que um poder constituinte deva ser sempre concebido como “ilimitado”, no sentido de que pode fazer qualquer coisa – como arrogar capacidades para legislar sobre qualquer matéria ou para exercer uma função executiva. Ainda menos plausível é supor que, sempre que esse conceito é invocado, essa ausência de limitação seja inevitável ou irresistível. A possibilidade de incorporar essas capacidades à ideia de poder constituinte depende de como o elemento de liberdade inerente a

¹⁴⁹ Cf., por exemplo, Roznai (2017, p. 32, 33; 2018, p. 314).

¹⁵⁰ Essa confusão foi também identificada, no contexto do último processo constituinte realizado no Brasil (1985-88), por Tércio Sampaio Ferraz Jr.: “[...] esta noção, tal como é elaborada pelos juristas, é obviamente uma abstração. O poder constituinte originário não existe. É impossível ser trazido a alguma forma de realidade. [...] muitos [juristas] acreditam estar trabalhando com uma realidade [, mas] [...] no fundo, isto é uma pura abstração, diria que é um conceito operacional.” (Ferraz Jr., 1987, p. 242).

um momento de criação ou reestruturação de uma ordem política é interpretado. Trata-se de uma construção argumentativa.¹⁵¹

Tendo reconhecido a amplitude da liberdade de que se dispõe em um cenário desse tipo, passa-se a um argumento normativo: considerando que dispomos dessa liberdade e vamos estruturar uma ordem política, qual a melhor maneira de fazê-lo? Perspectivas diversas sobre como agir podem ser apresentadas, contrastadas e debatidas. A concentração de todos os poderes estatais em um único órgão não é imposta por necessidade conceitual. Não é nem mesmo necessário que haja um único órgão: o poder pode ser exercido em conjunto – como ocorre quando um projeto de constituição é redigido por uma convenção e ratificado por meio de um referendo.

Na verdade, a melhor interpretação do argumento de que o poder constituinte é ilimitado é como um argumento normativo, segundo o qual “a ideia de um poder fundacional democrático parece incompatível com a predeterminação teórica da forma e conteúdo do processo constituinte” (Patberg, 2018b, p. 126). Isso não implica desconsiderar, de outro lado, que conceituar o poder constituinte pura e simplesmente como “ilimitado” acaba por igualá-lo à capacidade factual para impor efetivamente uma constituição, o que acaba por impedi-lo de funcionar adequadamente em um argumento normativo – ele não oferece um critério de legitimidade; é puramente arbitrário (Patberg, 2018b, p. 125–129). Ou seja, há uma tensão entre “abertura” e “limitação” – entre liberdade democrática e aquilo que pode ser justificado e não meramente imposto.

Com base nessas ideias, pode-se conceber mais adequadamente a situação em que se cria uma ordem política como um “processo” (constituinte) – algo que se estende no tempo e pode ser compartilhado por diversos agentes e instituições, que permite dividir tarefas e que não está vinculado a um “povo” que se apresenta como monolítico ou unitário, mas a uma pluralidade de pessoas que buscam organizar sua vida em comum.¹⁵² Posições alternativas, que tendem a ver essas situações como um “momento” ou uma “decisão” constituinte – associados,

¹⁵¹ Uma estratégia argumentativa comumente empregada por proponentes de um poder constituinte ilimitado consiste em afirmar que o poder constituinte é “soberano”, ou seja, em igualar os conceitos de “poder constituinte” e “soberania” – concebida, nesse caso, como uma espécie de vontade ilimitada e absoluta. Sobre esse tipo de posição, ver capítulo 1. Inversamente, proponentes de um poder constituinte centrado exclusivamente na tarefa de instituir uma constituição e (eventualmente) orientado por parâmetros jurídicos, tendem a distinguir entre os dois conceitos – às vezes, buscando excluir a soberania do campo da política. Cf. Rubinelli (2020, p. 16–32). Note-se que Kalyvas, embora proponha uma teoria do poder constituinte “soberano” aproxima-se mais desse segundo polo, por adotar uma concepção específica de soberania que a entende como poder para instituir uma ordem política. Na medida em que essa não é a interpretação mais corrente do conceito de soberania e que Kalyvas incorpora elementos do trabalho de Carl Schmitt em sua proposta, esta compreende algumas ambiguidades e tensões importantes.

¹⁵² Essa ideia será mais desenvolvida na seção 3.2.3.

muitas vezes, a uma “vontade” – tendem a mitificar esse momento – que passa a funcionar como condicionante ou “motor” para tudo o que se segue – ou uma agência – o soberano, cuja vontade subordina toda a realidade (especialmente institucional) subsequente. E com isso, surgem alguns dos problemas analisados ao longo deste trabalho e sintetizados na introdução deste capítulo.

Em síntese, a condição da pluralidade impõe que, ao buscarmos agir coletivamente, tenhamos que argumentar e convencer as outras pessoas que integram um grupo. A ação coletiva direcionada a um fim comum depende de uma convergência de opiniões entre as pessoas que o formam – de uma espécie de acordo, pressuposto por quem age em conjunto, ainda que não seja articulado expressamente. Parte desse acordo corresponde exatamente à definição de quem participa do grupo que age coletivamente, mas essa não é uma questão definida em um momento anterior a ou de maneira independente da própria prática argumentativa que culmina em certo entendimento comum. Um argumento inicial pode definir as pessoas a quem se direciona, mas algumas delas podem escolher excluir-se do diálogo e outras podem argumentar por sua própria inclusão.

Do ponto de vista moral, todas as pessoas potencialmente atingidas por uma ação ou decisão têm um direito a apresentar argumentos e vê-los adequadamente considerados. Ou seja, não é possível excluir ninguém *em princípio*. Processos constituintes, contudo, envolvem a definição de fronteiras e a atribuição de status – algumas pessoas são “membros” da comunidade, outras são *outsiders*. Critérios de inclusão e exclusão existem e são necessários para a ideia de uma comunidade política que governa a si própria – é preciso definir quem compõe tal comunidade (Benhabib, 2004, p. 43–48, 65–69; Habermas, 1998a).

Contudo, esses critérios precisam ser justificados, i.e., não podem ser tomados como dados da realidade ou como decorrentes da natureza. A possibilidade de efetivamente justificá-los é algo que se coloca além do escopo deste trabalho. Parece, porém, plausível supor que “há algumas práticas de fechamento democrático [definição de membros e *outsiders*] que são mais justificáveis que outras, mas [...] todas essas práticas estão sujeitas a crítica, ressignificação e desinstitucionalização” (Benhabib, 2004, p. 17). Ou seja, há sempre uma espécie de abertura ou indeterminação, a ser preenchida ou precisada por meio de processos argumentativos.

Por fim, é importante ter em vista que o conteúdo do entendimento que pode ser atingido pela argumentação é contingente: ele depende da dinâmica do processo comunicativo que leva à sua formação; das formas como as pessoas envolvidas manifestam suas opiniões; e das competências de cada uma e da interação entre os atos e palavras de todas elas. Assim, não pode ser conhecido antecipadamente – há um elemento inevitável de abertura e

imprevisibilidade, que aparece também em processos constituintes (Patberg, 2017). Além disso, esse entendimento ou acordo é instável, na medida em que não é fixado de uma vez por todas, mas permanece sujeito ao desenrolar dos processos comunicativos e às consequências desencadeadas pela ação imprevisível das pessoas que integram o grupo.¹⁵³

Por isso, a possibilidade de reiteração ou repetição da ação coletiva ao longo do tempo depende de complementar práticas argumentativas com algum mecanismo capaz de dar-lhes uma estrutura mais duradoura e estável.¹⁵⁴ Na modernidade, esse mecanismo corresponde ao direito positivo e, mais especificamente, a uma constituição. No quadro teórico aqui delineado, a mediação entre processos comunicativos associados à ação coletiva e a institucionalização de leis positivas é realizada por meio do conceito de “poder”, que é o objeto do próximo tópico.

3.1.2. *Pluralidade e poder*

A condição da pluralidade impõe que as pessoas se relacionem umas com as outras e ajam em conjunto.¹⁵⁵ A ação concertada de um grupo de indivíduos orientados a um fim comum permite-lhes realizar empreitadas muito maiores e demandantes do que aquilo que cada um poderia conseguir sozinho. Essa capacidade gerada pela ação coletiva articulada é o que Hannah Arendt denomina “poder”.¹⁵⁶ Segundo ela, este depende do “acordo pouco confiável e apenas temporário de muitas vontades e intenções” (Arendt, 1998, p. 201).

Poder, nesses termos, existe apenas em sua efetivação,¹⁵⁷ e esta ocorre apenas

onde palavra e ato não se separaram, onde palavras não são vazias e atos não são brutais, onde palavras não são empregadas para esconder intenções, mas para revelar realidades, e atos não são usados para violar e destruir, mas para estabelecer relações e criar novas realidades. (Arendt, 1998, p. 200)

Nessa interpretação, o poder é criado por meio do uso da palavra, é algo que surge da reunião de pessoas estruturada por uma comunicação que se apresenta como sincera¹⁵⁸ e por

¹⁵³ Sobre a imprevisibilidade da ação, ver Arendt (1998, p. 243 e ss.), sobre a fragilidade dos espaços públicos que ela constitui, Arendt (1998, p. 95, 192 e ss.).

¹⁵⁴ Cujas funções talvez consista em estabelecer mecanismos para que o poder não se dissipe completamente quando o grupo relevante não estiver reunido ou, em sentido diverso, de garantir que a geração de poder não dependa da reunião literal e constante desse grupo. Essa questão será retomada na seção 3.2.3.

¹⁵⁵ Cf. Arendt (1979, p. 304-5; 2006, p. 165).

¹⁵⁶ De maneira mais precisa, seria possível empregar o termo “poder *político*”, para conceber esse fenômeno como espécie de um gênero mais amplo. Com isso, é possível, por exemplo, reconhecer que o poder “econômico” (entendido, genericamente, como disponibilidade de recursos financeiros) também pode desempenhar um papel em uma análise mais ampla da política, que admita – contra Arendt – que o sistema político também é sensível a essa forma de poder. Isso permite, ainda, formular juízos normativos sobre a relação entre política e poder econômico e sobre estruturas institucionais destinadas a operacionalizar ou bloquear essa relação.

¹⁵⁷ Ou seja, não é algo que possa ser “acumulado” ou “estocado” como os instrumentos de violência e tampouco é inerente a um corpo como a força física.

¹⁵⁸ Isso não significa dizer que a comunicação deva ser, necessariamente, sincera. Apenas que, em geral, a comunicação efetiva depende do pressuposto de que o/a interlocutor(a) diz a verdade. Sem esse pressuposto, a linguagem dificilmente seria capaz de orientar a ação social.

meio da qual as pessoas procuram construir algo em comum. Isso se dá a partir da apresentação de diferentes opiniões, que buscam expor, contrastar e combinar pontos de vista diversos, para chegar a uma imagem mais completa das situações com que o grupo se depara; e agir, desencadeando processos inesperados e modificando outros já em curso e propondo diferentes cursos de ação coletiva.¹⁵⁹

De maneira mais específica, pode-se dizer que o poder se baseia em “uma opinião com a qual muitas pessoas concordaram publicamente” (Arendt, 2006, p. 66), o que envolve um processo de troca de opiniões na busca pelo convencimento. Nesse sentido, como capacidade humana para agir em conjunto de maneira concertada, “poder” não é propriedade de um indivíduo singular, mas de um grupo de pessoas que se reúne com algum propósito (Arendt, 1972, p. 143). Ele existe apenas enquanto o grupo se mantém unido. Assim, dizer que uma pessoa “tem poder” ou “é poderosa” significa dizer que ela foi encarregada, pelo grupo, de agir em seu nome.

Para Arendt, essa união se mantém apenas na medida em que o acordo entre opiniões existe. Como observado acima, este acordo é considerado, por ela, “pouco confiável”, instável. Na medida em que uma comunidade política corresponde a uma empreitada coletiva orientada por um objetivo comum, e o acordo que dá base para tal empreitada é instável, surge o problema de como estabilizá-lo, a fim de dar alguma permanência à comunidade (Avritzer, 2006). Essa questão é abordada, mais diretamente, no tópico 3.2.3 abaixo.

Neste ponto, é importante esclarecer que a ideia talvez não possa ser interpretada de maneira tão literal. Parece possível argumentar que “poder” pode existir, também, como uma espécie de “potencial” – não um ato ou evento que se realiza, mas a possibilidade de vir à tona, que, possivelmente, funda-se em entendimentos comuns não explicitados e (ao menos ordinariamente) não tematizados em público. Ele se torna “real”, “efetivo” ou “ativo” – capaz de efetivamente implementar decisões e mudanças – quando esses entendimentos são explicitados e, com isso, possivelmente questionados e reformulados. O argumento do tópico 3.2.3 é que uma constituição serve exatamente para conservar o poder nesse estado “potencial”: ela estrutura espaços em que, a todo momento, integrantes da comunidade podem buscar organizar empreitadas comuns, trazer à tona – efetivar – esse potencial. Em certo sentido, isso corresponde a manter os integrantes da comunidade “reunidos”: não em um sentido físico ou literal do termo, mas como um conjunto de pessoas livres e iguais que compartilham espaços comuns.

¹⁵⁹ Em outras palavras, o poder é gerado quando a ação tem um propósito *comunicativo*, não estratégico ou instrumental, i.e., quando ela busca persuadir as outras pessoas (D’Entrèves, 1989, p. 326).

Neste ponto, antes de entrar em uma análise mais específica sobre o fenômeno do poder, é importante fazer um esclarecimento. O trabalho de Hannah Arendt é analisado aqui não com objetivos exegéticos ou de construção de uma interpretação arendtiana do poder constituinte ou da criação constitucional. Recorro a essa autora por entender que seus conceitos interrelacionados de pluralidade, poder e liberdade capturam uma dimensão essencial da política – da discussão e busca pelo convencimento de pessoas que ocupam diferentes espaços no mundo –, que ajuda a esclarecer sua relação com o direito e com a estruturação de ordens políticas.

Em outras palavras, existe uma conexão entre poder político, poder constituinte e lei e as contribuições de Hannah Arendt ajudam a definir os termos dessa conexão e as posições relativas ocupadas por cada um desses conceitos.¹⁶⁰ Isso, porém, não significa importar toda a teoria política de Hannah Arendt e, nem mesmo, cada um desses conceitos exatamente da maneira como ela os emprega. O que se faz aqui é uma apropriação crítica dessas ideias, que envolve, também, algum grau de reelaboração desses conceitos. Essa tentativa é especialmente clara no caso do conceito de “poder constituinte”: embora Arendt tenha se debruçado especificamente sobre o problema da criação de ordens políticas e a tentativa de estabilizá-las em um contexto moderno, esse conceito não desempenha um papel importante em sua interpretação. Ele é mencionado apenas de passagem em *Sobre a Revolução*, em um contexto que não permite atribuir-lhe um sentido claro:

O grande e decisivo infortúnio da Revolução Francesa foi que nenhuma das assembleias constituintes dispunha de autoridade suficiente para estabelecer uma constituição [*law of the land*]; a crítica dirigida a elas era sempre a mesma: elas não possuíam, por definição, o poder para constituir; elas eram, elas mesmas, inconstitucionais. Teoricamente, o erro decisivo dos homens¹⁶¹ da Revolução Francesa consistiu em sua crença quase automática, acrítica, de que poder e direito surgem da mesma fonte. Por outro lado, a grande sorte da Revolução Americana foi que os povos das colônias, antes de seu conflito com a Inglaterra, estavam organizados em corpos que governavam a si mesmos e que a revolução [...] não colocou de volta em um estado de natureza; que o *pouvoir constituant* daqueles que criaram as constituições estaduais e, eventualmente, a Constituição dos Estados Unidos nunca foi questionado. [...] Os delegados dos congressos provinciais ou das convenções populares que esboçaram as constituições estaduais derivaram sua autoridade de diversos corpos subordinados e devidamente autorizados – distritos, condados e municipalidades; preservar o poder desses corpos intocado correspondia a preservar a própria fonte de sua [das convenções e delegados] autoridade. Se a

¹⁶⁰ A ideia fundamental é a de pluralidade, que corresponde, em certo sentido, ao desacordo e à busca por, a despeito deste, encontrar uma orientação comum para a ação – i.e., à necessidade de tomar decisões coletivas. Com base nessa ideia e na percepção de que o exercício de um poder constituinte corresponde a um exercício de *poder*, a interpretação de Arendt, que conecta essas duas ideias (pluralidade e poder) aparece como um caminho promissor para começar a investigar o problema do poder constituinte. Sobre a questão do desacordo e a necessidade de tomar decisões, cf. Waldron (1999).

¹⁶¹ É característico de Hannah Arendt empregar termos masculinos para se referir a conjuntos de pessoas e à humanidade como um todo. As traduções de trechos de sua obra atêm-se a essa prática.

Convenção Federal, em vez de ter criado e constituído o novo poder federal, tivesse escolhido restringir e abolir os poderes estaduais, os fundadores teriam, imediatamente, deparado com as perplexidades de seus colegas franceses; eles teriam perdido seu *pouvoir constituant* [...] (Arendt, 2006, p. 156–157).

Parece que, nesse trecho, o que Arendt tem em mente ao empregar o termo “*pouvoir constituant*” ou “poder para constituir” está mais próximo de uma concepção de autoridade, entendida com referência à ideia de autorização, do que de seu conceito de poder – ou seja, que não se trata, propriamente, de um *poder* constituinte, mas de uma “*autoridade*” constituinte.¹⁶² Não é possível, contudo, afirmar muito mais do que isso sobre o que Arendt entendia por “poder constituinte”, na medida em que, como observado, essa é a única passagem em que o termo figura de maneira relevante em sua análise da criação constitucional. Essa dicotomia entre “poder” e “autoridade” e a relação desses termos com ideias como “legitimidade” e “justificação” é, certamente, um elemento central deste trabalho – bem como de outras contribuições para o debate, notadamente, a de Andrew Arato, também bastante influenciada por Arendt –, mas isso não implica uma vinculação estrita à teoria de Hannah Arendt. Sua obra ajuda a elucidar certas ideias e enfrentar certos problemas, mas também encontra importantes dificuldades e contradições.

O próprio conceito de autoridade, tal como empregado por Arendt, é um desses elementos problemáticos que, a meu ver, não ajudam a elaborar o conceito de poder constituinte. Isso decorre da relevância aparentemente dúbia desse conceito para uma teoria democrática, na medida em que ele é apresentado como algo que se expressa na obediência sem questionamentos, sem a necessidade de coerção ou persuasão e que, portanto, parece ser irracional e injustificada (Arendt, 1972, p. 144). Além disso, o emprego desse conceito por Arendt expressa uma tensão ou ambiguidade importante em sua obra, já que ela afirma reiteradamente que a autoridade, como fundamento para ordens políticas, colapsou na modernidade – assim como a religião e a tradição.¹⁶³

¹⁶² Na edição alemã, os períodos iniciais dessa passagem são ligeiramente diversos e deixam mais clara a sobreposição entre a capacidade para manejar um poder constituinte e a ideia de autoridade como autorização (jurídica) para fazê-lo: “O grande infortúnio da Revolução Francesa foi que nenhuma Assembleia constituinte possuía autoridade suficiente para realmente dar à Nação uma Constituição, porque sempre se podia, com razão, objetar que elas mesmas não eram constituídas de acordo com uma constituição [*verfassungsmäßig konstituiert*]. Por outro lado, a fortuna excepcional das circunstâncias da Revolução Americana compreende os fatos de que as colônias, desde o início da colonização, constituíram-se com base no princípio da autogestão, de modo que a Revolução [...] não as colocou de volta em um estado de natureza, e que não se podia duvidar da juridicidade [compatibilidade com o direito, *Rechtmäßigkeit*] do *pouvoir constituant* daqueles que esboçaram as constituições estaduais, para finalmente dar aos Estados Unidos sua Constituição [federal]” (238). Note-se a ausência do termo “poder para constituir” em referência às assembleias francesas, bem como à ideia de que elas não eram “constitucionalmente constituídas” e, mais à frente, à ideia de que o poder constituinte, nos Estados Unidos, era “conforme ao direito” – autorizado juridicamente. A ideia de que processos constituintes envolvem um elemento de “autorização” jurídica será retomada nas seções 3.2.2, 3.2.3 e 3.3.1 abaixo.

¹⁶³ Cf. Arendt (1956, 1958, 2006, p. 108–109).

Tendo feito esse esclarecimento, pode-se retornar à elaboração de Arendt do conceito de poder. Sua análise mais específica desse fenômeno aparece em um trabalho no qual ela o insere em um quadro conceitual mais amplo, distinguindo-o de diversos outros fenômenos com os quais, muitas vezes, ele é confundido: força individual (i), força da natureza ou das circunstâncias (ii),¹⁶⁴ autoridade (iii) e violência (iv). Por razões de espaço e relevância, abordo na sequência apenas as relações entre poder e violência.¹⁶⁵

O principal objetivo teórico de Arendt nesse trabalho é ressaltar a distinção entre poder e violência, a fim de se contrapor a uma tese segundo a qual a violência seria a expressão máxima do poder, e argumentar que este, mas não aquela, é essencial a todo e qualquer governo. A posição que vê a violência como expressão máxima de poder entende que este se expressa em comandos e consiste na capacidade de alguém de impor sua própria vontade sobre outrem. Poder, aqui, é entendido em termos de dominação. Isso leva a uma concepção de política como uma espécie de relação entre pessoas que dominam e pessoas que são dominadas: aquelas emitem comandos, estas os obedecem (Arendt, 1972, p. 142). Trata-se de uma relação estritamente hierárquica.

Essa forma de organização estrutura-se em torno daquilo que Arendt denomina “violência”, a qual, para ela, é próxima da força individual, i.e., da capacidade para impor-se sobre outras pessoas. Ela se distingue da força humana, porém, por seu caráter instrumental: ela se concretiza com o uso de “meios”, ferramentas que servem para potencializar essa força. Um exemplo são as armas de fogo: elas correspondem a um meio eficiente para impor a vontade de alguém sobre a de outrem. No ápice de seu desenvolvimento, os instrumentos da violência substituem a força humana.

Para ela, porém, o poder não funciona dessa maneira. Assim, contra concepção que iguala esse conceito à violência, Arendt apresenta uma alternativa, associada à imagem de um espaço político em que o poder é gerado por meio de promessas, pactos e acordos e no qual a ideia de dominação parece fora de lugar (Arendt, 2006, p. 162). Esse espaço político constitui uma espécie de aliança entre as pessoas, fundada na ideia de reciprocidade e pressupondo uma relação de igualdade de status entre elas – i.e., todas têm direito a apresentar seus argumentos

¹⁶⁴ A primeira categoria é referida pelos termos “strength” e “Stärke” e a segunda, por “force” e “Kraft”. Cf. Arendt (1972, p. 143; 1975, p. 45-6).

¹⁶⁵ A questão da autoridade, relativa ao status especial atribuído a normas constitucionais, é essencial para este trabalho. Sobre isso, ver seções 1.2.2 e 3.3.1. Como observado acima, porém, o conceito de autoridade tal como elaborado por Hannah Arendt não parece satisfatório para lidar com essa questão.

e serem ouvidas.¹⁶⁶ Essa aliança faz com que cada indivíduo passe a compartilhar do poder que é gerado por esse agrupamento – um poder que não existiria se cada pessoa estivesse isolada.

Nessa caracterização,

o poder surge apenas se e quando homens se reúnem com o propósito de agir e desaparecerá quando, por qualquer razão, eles se dispersarem e abandonarem uns aos outros. Portanto, vincular-se e prometer, combinar e pactuar são os meios pelos quais o poder mantém sua existência; onde e quando homens têm sucesso em manter intacto o poder que surgiu entre eles durante qualquer ação ou feito em particular, eles já estão no processo de fundação, de constituir uma estrutura mundana estável para, por assim dizer, abrigar seu poder combinado de ação. (Arendt, 2006, p. 166)¹⁶⁷

O poder, portanto, está vinculado à existência de um espaço público em que as pessoas se reúnem para discutir e agir; o isolamento torna as pessoas impotentes e é nisso que se baseiam as tiranias.¹⁶⁸ Por outro lado, essa concepção de poder não identifica um grupo específico de pessoas que podem fazê-lo surgir, nem os propósitos para os quais ele pode ser mobilizado. Pode-se dizer, portanto, que a mobilização do poder não tem implicações normativas, apenas factuais.¹⁶⁹ Em outras palavras, embora esteja vinculado à condição de pluralidade, poder não é, necessariamente, poder *popular* ou *democrático* e não é sempre mobilizado para projetos emancipatórios ou moralmente bons. Poder, nessa concepção, pode surgir da reunião de uma minoria para oprimir uma maioria.¹⁷⁰

Nesse cenário específico, parece haver uma sobreposição entre poder e dominação: a maneira como se descreve tal situação depende da perspectiva adotada. Se se adota a perspectiva de uma pessoa que participa do grupo que age em conjunto, está-se no plano do poder e, assim, da liberdade e da persuasão. Se se adota a perspectiva de uma pessoa externa a esse grupo, o poder é experienciado como uma forma de imposição externa, i.e., de dominação. Essa ideia tem implicações importantes para conceber práticas constituintes, especialmente, quando estas são levadas a cabo por grupos minoritários dentro de uma sociedade e quando eles envolvem – por qualquer razão – a exclusão de certas pessoas que também estarão sujeitas à nova constituição.¹⁷¹ Esse tema será retomado na seção 3.3.2 abaixo.

¹⁶⁶ Essa forma de igualdade é criada pela lei. Cf. Waldron (2000).

¹⁶⁷ Sobre a ideia de construir uma estrutura para abrigar o poder, cf. a seção 3.2.3 abaixo.

¹⁶⁸ Cf. Arendt (1968, p. 474-9; 1998, p. 202).

¹⁶⁹ Como observa Arato (2016, p. 41), a existência de poder, para Arendt, não é capaz de fundamentar, por si mesma, “correção normativa, legitimidade ou autoridade”.

¹⁷⁰ “Um grupo comparativamente pequeno, mas bem-organizado, de homens pode governar quase indefinidamente impérios amplos e populosos. (...) O poder de alguns poucos pode ser maior que o poder de muitos.” (Arendt 1998, p. 200). A ideia, aqui é que organização e capacidade de coordenação – não a mera força dos números – é determinante no que diz respeito ao poder.

¹⁷¹ Que pode ser o caso, por exemplo, de integrantes e defensores de um regime derrotado, que passa a ser substituído – como os militares no Brasil da década de 1980 – ou de imigrantes que não possuem direitos políticos. Note-se que essa característica já estava presente naquela que pode ser considerada a “fonte” ou inspiração do conceito de poder de Arendt: a polis grega. Ali, um grupo extremamente restrito de cidadãos era livre, agia

A concepção comunicativa de poder desenvolvida por Hannah Arendt foi, posteriormente, apropriada e reelaborada por Jürgen Habermas,¹⁷² que buscou inseri-la em uma imagem distinta e mais ampla de política, considerando o fato de que a política moderna – intimamente vinculada ao estado¹⁷³ – não pode ser interpretada apenas em termos de discussões orientadas pelo consenso. Isso é especialmente visível nas disputas para obter e manter cargos que habilitam as pessoas a exercer autoridade pública. Estas são formatadas como uma competição na qual o objetivo de cada indivíduo ou grupo é obter um bem para si em detrimento dos concorrentes. Na terminologia de Habermas (1977, p. 16-8), esse segundo tipo de processo é estruturado pela ação “estratégica” – que se distingue da ação “comunicativa” do modelo de Arendt –, que, embora seja um tipo de interação social (e, portanto, possa ser compreendida como parte da política), não é orientada pelo consenso, mas pelo sucesso.

Nessa perspectiva, a prática de pessoas se reunindo para discutir e agir com base em uma opinião comum está vinculada apenas aos processos de *geração* do poder político, que estruturam e sustentam espaços públicos. A *competição* para atingir posições que autorizam alguém a manejá-lo e o próprio *uso* ou *mobilização* desse poder seguem lógicas diversas.¹⁷⁴ Esse terceiro momento – o uso desse poder político gerado comunicativamente – será analisado na próxima seção, em que este será conceituado de maneira diversa daquela sugerida por Habermas.¹⁷⁵ Ele mobiliza a expressão “emprego administrativo do poder” para referir-se à

politicamente e, com isso, gerava poder político o qual, por sua vez, era parte de uma estrutura social que implicava a dominação e heteronomia da maior parte da população – mulheres, estrangeiros e escravos.

¹⁷² Cf., porém, a crítica de Margaret Canovan (1983) a essa reelaboração, que ela considera uma interpretação errônea das ideias de Arendt, uma espécie de “apropriação criativa” de partes de suas ideias. Em sentido semelhante, Volk (2016), cujo argumento de que o conceito de poder desenvolvido por Hannah Arendt não seria intrinsecamente “positivo”, “emancipatório” ou “normativo” (como Habermas e uma parcela importante da literatura sobre Arendt entendem), busca identificar maneiras em que tal conceito poderia ser relevante para a teoria crítica e, especificamente, para tematizar situações em que o poder se manifesta como algo que se impõe sobre as pessoas e suprime ou reduz sua liberdade. Essa argumentação tem afinidade com a perspectiva de Andrew Arato mencionada na nota 169 acima.

¹⁷³ Wolin (1983) tem razão ao afirmar que a omissão de Arendt sobre o Estado, especialmente em *A Condição Humana*, é uma deficiência importante de sua teoria e sugere que ela é inadequada para compreender a política moderna. Contudo, como indicado por toda a argumentação desenvolvida acima, não acredito que sua concepção de política e as distinções conceituais que a compõem sejam irrelevantes. Em linha com a proposta de Habermas (que será elaborada na sequência do texto), entendo que ela ilumina certos aspectos fundamentais da política – relativos à comunicação, à busca por entendimento e às relações pressupostas entre pessoas que se engajam nessas práticas. Essa dissonância é expressa por Singer, Araujo e Belinelli (2021, p. 13 e ss.), em um recente trabalho introdutório à política, como uma tensão entre duas concepções de política: como “prática coletiva de liberdade” (inspirada em Arendt) e como “luta pela direção do Estado” (inspirada em Max Weber). Essa abordagem parece ter afinidade com a análise de Habermas (1977), que contrapõe exatamente esses dois autores (Arendt e Weber), embora com ênfase em diferentes concepções de poder e sua relação com diferentes tipos de ação. Sobre a concepção de política como “o conjunto de esforços voltados à conquista de uma parcela de poder ou à participação na distribuição de poder, seja entre estados ou entre o grupo de pessoas que fazem parte de um estado”, cf. Weber (1992).

¹⁷⁴ Cf., também, Habermas (2020b, p. 644-5).

¹⁷⁵ A competição por cargos, por sua vez, está fora do escopo deste trabalho.

implementação de políticas orientada exclusivamente por uma lógica instrumental que, portanto, desconsideraria as “razões normativas, que justificam na linguagem do direito as políticas escolhidas e as normas estabelecidas, [que] são consideradas na linguagem do poder administrativo racionalizações adicionais para decisões previamente induzidas.” (Habermas, 2020b, p. 645).

Essa ideia busca conceituar um fenômeno importante da política contemporânea, nomeadamente, a expansão das tarefas executivas e administrativas do Estado. Mas ela não é útil no contexto de uma análise sobre o poder constituinte, porque não corresponde à maneira como esse poder é exercido. Na próxima seção, portanto, argumento que, nesse contexto, o “uso” do poder político gerado comunicativamente corresponde ao exercício de uma competência jurídica para criar normas vinculantes. Antes de passar a esse tema, ainda é necessário esclarecer outro aspecto do processo de geração do poder político que foi apenas sugerido acima, nomeadamente, a possibilidade de que este surja de uma comunicação distorcida.

Arendt (1972, p. 140) considera que as instituições políticas se mantêm apenas na medida em que forem sustentadas por opiniões ou convicções compartilhadas pelas pessoas que vivem sob elas. Em outras palavras, elas se mantêm enquanto as pessoas – ou, ao menos, algumas pessoas¹⁷⁶ – as entenderem como legítimas.¹⁷⁷ Quando compreendida à luz dos demais elementos da interpretação de Arendt expostos acima, essa ideia parece vulnerável a um importante contraexemplo, fundado na observação de que, em uma multiplicidade de lugares, não é possível dizer que o poder político tenha se sustentado em uma opinião com a qual muitas pessoas concordaram publicamente.

Em outras palavras, nem todos os regimes políticos razoavelmente duradouros foram ou são democráticos e uma quantidade ainda menor incorporou elementos participativos e deliberativos. Para dar conta dessa observação sem abandonar completamente o quadro teórico delineado por Arendt, Habermas (1977, p. 21-2) sugere que a percepção de legitimidade que as pessoas têm de um sistema político pode se basear em convicções ilusórias, produzidas por processos comunicativos distorcidos.

De um ponto de vista subjetivo, essas convicções são “livres”, no sentido de que as pessoas efetivamente acreditam nelas e as percebem como resultado de sua própria reflexão. Objetivamente, porém, esse processo de reflexão em que se formam convicções está, nesses

¹⁷⁶ Essa ideia, de que ao menos *algumas pessoas* devem endossar a ordem existente, aparece na filosofia do direito como condição para a existência e manutenção de uma ordem jurídica. Cf. Hart (1994, p. 110-7).

¹⁷⁷ Cf. Habermas (1977, p. 21-2).

contextos, limitado e deformado por elementos externos. Um exemplo ao qual assistimos nos anos recentes diz respeito à ampla difusão de informações falsas, enganosas ou parcialmente verdadeiras. Se só se tem acesso a esse tipo de informação ou se se está em um cenário no qual não há possibilidade de distinguir entre o que é falso e o que é verídico, não é possível formar convicções objetivamente válidas.¹⁷⁸ Outro caso, mais próximo ao que Habermas tem em mente, é o de relações – organizadas em torno de ideias de raça, classe social, gênero, sexualidade, situação migratória, etnia e idade,¹⁷⁹ por exemplo – que introduzem e perpetuam hierarquias que excluem sistematicamente certos grupos do acesso a bens sociais e que, nesse processo, afetam e limitam a subjetividade das pessoas pertencentes a esses grupos.¹⁸⁰

Esse desdobramento cria outro problema: como identificar um parâmetro a partir do qual se pode dizer que uma convicção é “objetivamente válida”? Como distinguir ilusório de não-ilusório? Habermas (1977, p. 22-3) se propõe a resolver esse problema infundindo um conteúdo cognitivo na “opinião com a qual muitas pessoas concordaram publicamente” e no processo que leva à sua formação. Ele entende que essa opinião na qual se baseia o poder é *racional*, porque fundada em um processo público de argumentação, em “pretensões de validade podem ser discursivamente redimidadas e fundamentalmente criticadas” (Habermas, 1977, p. 23).

A racionalidade de uma convicção dependeria da observância de certas condições procedimentais que garantiriam a prevalência de argumentos racionalmente aceitáveis por todas as pessoas envolvidas. Se, em um processo comunicativo real, essas condições não forem razoavelmente atendidas, não seria possível dizer que uma convicção ou entendimento comum atingido a partir desse processo é racional e, portanto, não-ilusório. Essa tentativa de mostrar que juízos práticos podem ser racionais é essencial para Habermas, porque disso depende seu projeto de identificar normas que sejam *válidas* e não apenas “relativamente vinculantes”, i.e., vinculantes apenas para as pessoas que se comprometam com elas, como em um contrato – ou,

¹⁷⁸ A imensa capacidade de mobilização de certos grupos, fundada nesse tipo de informação mostra, claramente, que temos de levar a sério as distorções da comunicação e suas consequências para a política.

¹⁷⁹ Cf. Collins (2019, p. 521).

¹⁸⁰ Essa dimensão é, talvez, mais bem compreendida a partir de análises mais focalizadas em relações singulares (“micro”). Parte importante desse processo envolve o que Patricia Hill Collins chama de “domínio hegemônico do poder” (note-se que ela concebe “poder” de maneira diversa da elaborada neste trabalho), que corresponde à manipulação da ideologia e da cultura para articular a dominação que ocorre em instituições sociais, em suas práticas organizacionais e na interação social cotidiana. Segundo ela, “[p]ara manter o poder, os grupos dominantes criam e mantêm um sistema popular de ideias de ‘senso comum’ que sustentam seu direito de governar.” (Collins, 2019, p. 507). “A importância do domínio hegemônico do poder reside em sua capacidade de dar forma à consciência por meio da manipulação de ideias, imagens, símbolos e ideologias.” (Collins, 2019, p. 509). Cf. Fraser (1997, p. 95 nota 15).

mais genericamente, um “acordo”, figura recorrentemente empregada por Arendt e que parece ser o fundamento da normatividade em sua teoria.

Mesmo em arenas de discussão formalmente abertas a todas as pessoas e em que todas tem o mesmo status formal, desigualdades de fundo impactam a formação de opiniões comuns. A ideia de que se pode “suspender” essas desigualdades, de modo a permitir que as pessoas interajam *como se* fossem todas iguais apenas reproduz tais desigualdades, servindo aos grupos que se encontram em posições dominantes (Fraser, 1997, p. 77–80). Isso sugere cautela frente a perspectivas que adotam uma visão excessivamente moralizada dos processos discursivos que, eventualmente, culminam em decisões políticas.¹⁸¹ Mesmo quando há processos argumentativos de formação de opinião e vontade é importante analisar as relações sociais subjacentes, a fim de identificar potenciais bloqueios e vieses (e as possíveis estratégias para superá-los). Nessa perspectiva, decisões tomadas por meio desses processos merecem respeito *prima facie*, mas não são imunes a questionamentos.

3.2. Política e direito

3.2.1. Poder político e poder constituinte

Seria a concepção de poder elaborada acima uma concepção de poder *constituente*? Ela parece bastante compatível com algumas interpretações convencionais desse conceito, como a de Ernst-Wolfgang Böckenförde analisada anteriormente.¹⁸² Trata-se do poder gerado por uma reunião de pessoas e que, em princípio, existe fora das instituições e das leis: é algo que se encontra além delas – “acima” ou “ao lado” da constituição – e não se esgota em um processo constituinte, mas continua a sustentar a ordem política ao longo do tempo.¹⁸³ Além disso, ele se distingue de poderes “constituídos”, porque estes são, necessariamente, institucionais, exercidos nos termos estabelecidos pela lei e criados pela própria lei. Se esse for o caso, na perspectiva de uma pessoa participante desse grupo, o conceito seria formulado em termos autorreferenciais, para expressar que a própria prática de se reunir para discutir, deliberar e agir consistiria no poder constituinte.

Nesta seção, argumento que essa não é a melhor forma de entender esse conceito. Há duas razões para isso: primeiro, essa interpretação é incapaz de identificar a especificidade do poder “constituente” em relação ao fenômeno do poder político em geral; e, de modo relacionado, ela obscurece a conexão entre poder constituinte e direito positivo.

¹⁸¹ Uma crítica a posições “moralistas” é desenvolvida por Williams (2005). Cf., também, nota 216 abaixo.

¹⁸² Ver seção 1.1.

¹⁸³ Cf. Schmitt (2017, p. 76-7). Note-se que o elemento comunicativo não está presente em Schmitt.

Para analisar o primeiro problema, devemos retornar à concepção de “poder” elaborada acima. O termo é entendido como a capacidade de um grupo para agir em conjunto, orientado por uma opinião comum formada em um processo argumentativo. Como tal, é algo que pode existir *fora* das instituições do estado: ele emana, poderíamos dizer, da “sociedade civil”.¹⁸⁴ Ele não se confunde, portanto, com o “poder” de uma autoridade estatal, que consiste em uma autorização para agir com fundamento em uma lei, por exemplo, para impor cursos de ação às pessoas ou implementar sanções. Este é um poder “constituído” e “jurídico”, na medida em que criado e delimitado por normas de direito positivo e inteligível apenas com referência a essas normas. É uma competência jurídica.

O poder que emana da sociedade, por sua vez, é um poder “político”, no sentido de que é gerado pela mera organização de uma pluralidade de pessoas que se reúnem para agir em conjunto. Ele não tem a forma de uma competência jurídica e independe da existência de uma norma que o autorize. Essa distinção, quando lida à luz da observação de Arendt (1972, p. 140), de que “[t]odas as instituições políticas são manifestações e materializações de poder; elas petrificam e decaem assim que o poder vivo do povo deixa de sustentá-las”¹⁸⁵ parece nos reconduzir exatamente à posição que este trabalho se propôs a enfrentar, nomeadamente, a de que existe um poder constituinte “extrajurídico” que fundamenta as instituições do estado e independe delas e que, ademais, pode, a qualquer momento, surgir para destruí-las.

O problema é que essa caracterização se refere ao poder político em geral e este, como visto acima, não tem um objeto específico: ele pode surgir e ser mobilizado para qualquer empreitada que possa ser imaginada e colocada em prática por uma coletividade de pessoas e, assim, pode estar vinculado a diferentes tipos de ação política. O estabelecimento de instituições políticas é apenas uma empreitada dentre um número indefinido de outras possíveis.¹⁸⁶ E, ainda que sua estrutura de comunicação e agência seja a mesma que nos outros casos, ela tem um caráter especial, porque é reflexiva: volta-se justamente a criar um meio de “abrigar” o poder político e dar continuidade aos processos que permitem sua geração. Além disso, trata-se de um ato que ocorre apenas uma única vez – no momento constituinte –, mas cuja eficácia é

¹⁸⁴ Ele também pode, porém, ser gerado dentro de instituições políticas constituídas: onde quer que um grupo de pessoas se reúna para deliberar e decidir sobre um curso de ação comum. Cf. Flynn (2004). A distinção entre esses dois tipos de espaço é elaborada por Fraser (1997) como uma distinção entre públicos “fracos” (menos institucionalizados e, em geral, sem capacidade para tomar decisões vinculantes) e “fortes” (mais institucionalizados e com competência para tomar decisões vinculantes).

¹⁸⁵ Cf., também, Arendt (1968, p. 153).

¹⁸⁶ E que pode, talvez, ser articulado com referência a diferentes modos de ação política, como práticas de “contestação”, “resistência”, “desobediência civil”, para além da proposta de reconstituição da ordem política.

mantida pela prática subsequente, que se expressa em ações que têm por objeto outras empreitadas *diferentes da fundação*.

O ato de fundação visa exatamente a permitir que determinado grupo de pessoas – uma comunidade política – possa, ao longo do tempo, engajar-se em projetos diversos e definir os termos específicos de sua vida em comum para além do plano estritamente constitucional, i.e., das instituições e procedimentos básicos da comunidade. Apagar a especificidade do poder *constituente* implicaria reconhecer que não há algo específico ao ato de fundação ou – o mesmo resultado, apenas visto de ângulo diverso – que todo processo de organização coletiva que gera poder político é um ato de fundação.¹⁸⁷

Essa posição é insustentável. Cidadãs e cidadãos podem se mobilizar *dentro* de uma ordem política constituída para os mais diversos fins. Podem, por exemplo, mobilizar-se para descriminalizar certas condutas, que deixaram de ser vistas como socialmente danosas e passaram a ser entendidas como neutras ou até mesmo positivas. Podem buscar implementar novas formas de distribuir e administrar os bens socialmente produzidos, por exemplo, por meio de uma nova estrutura tributária ou de um novo regime de seguridade social. Podem, ainda, se mobilizar em um âmbito local – que existe com referência ao todo da comunidade – e em torno de medidas mais concretas, como políticas para proteger grupos específicos, tidos como mais necessitados ou vulneráveis.

As possibilidades são infinitas. Mas não parece correto afirmar que em toda e cada uma dessas ações há um elemento “constituente”, no sentido de que há uma alteração dos termos básicos da convivência do grupo – de suas instituições e direitos fundamentais. Formalmente, a estrutura da ação é a mesma: é aquela delineada no tópico anterior – uma articulação argumentativa orientada pelo consenso; mas, em termos de conteúdo, a diferença é clara. Para que o conceito seja útil e não redundante, é preciso que haja algo distintivo a respeito do poder *constituente*, que permita diferenciá-lo do poder político que se manifesta em cada um desses outros exemplos.

Isso não nos impede de reconhecer que todo poder tem uma dimensão *constitutiva*: as instituições dependem da efetivação e atualização dos vínculos que mantêm um grupo unido como comunidade política. Sem isso, o grupo se dissipa e pode, no máximo, representar um aglomerado de pessoas que vivem em um mesmo espaço. O sentido de uma constituição é

¹⁸⁷ Embora sem esse quadro teórico de fundo, as perspectivas de Stephen M. Griffin e Lucien Jaume, analisando a ideia de poder constituinte nos contextos estadunidense e francês, respectivamente, são marcadas por essa ausência de diferenciação entre poder constituinte e poder político ou poder “popular”. Cf. Griffin (2007); Jaume (2007).

justamente fornecer os mecanismos para que, na medida em que o poder comunicativo pode continuar a ser gerado, a comunidade política possa se manter enquanto comunidade.¹⁸⁸ Em um plano mais prático, ela se volta, também, a canalizar esse poder para a tomada de decisões vinculantes - i.e., além de permitir a geração reiterada de poder, uma constituição cria vias para que esse poder possa ter consequências institucionais.

E é com referência à constituição que podemos enfrentar o problema de maneira mais adequada. Um panorama completo dessa questão e a possibilidade de identificar a especificidade do poder constituinte dependem de analisar o mecanismo específico por meio do qual as estruturas que permitem a geração reiterada de poder são estabelecidas e as decisões coletivas subsequentes são implementadas. Esse mecanismo é o direito positivo; e a constituição é parte dele.

Em uma democracia, é o poder popular que fundamenta a adoção das leis: é isso que permite sustentar o ideal de que pessoas autônomas devem ser governadas apenas por leis que elas mesmas estabelecerem.¹⁸⁹ Em outras palavras, é o poder popular – cujos processos de geração foram expostos acima – que justifica a tomada de decisões vinculantes que passam a valer como direito e, assim, a ser respaldadas pela coerção estatal.¹⁹⁰ A questão que se coloca nesse ponto é: como o direito “traduz” para sua própria linguagem as opiniões comuns formadas pela comunidade política?

Dentro de uma ordem (juridicamente) constituída, a resposta é bastante direta: por meio do exercício de uma competência legislativa fundada na constituição. O exercício dessa competência autoriza as autoridades administrativas a implementarem o programa prescrito pela lei – o que, eventualmente, exigirá que especifiquem as disposições legais e exerçam outro tipo de competência jurídica, esta subordinada à própria lei. Esse procedimento pode ser permeável a novas demandas populares, as quais poderão ser institucionalizadas e receber força vinculante por meio desses atos jurídicos infralegais – desde que estejam em conformidade com as prescrições da lei relevante.

A depender do conteúdo da demanda popular, será necessário exercer, ainda, um terceiro tipo de competência jurídica, nomeadamente, a de reforma constitucional. Esta se encontra, também, ancorada na constituição, que prescreve procedimentos para sua própria

¹⁸⁸ Na presença de uma constituição funcional, esse poder existe potencialmente, na medida em que os integrantes da comunidade permanecem unidos por vínculos jurídicos e têm à sua disposição mecanismos para iniciar, promover e levar a cabo empreitadas coletivas. Cf. a seção 3.2.3 abaixo.

¹⁸⁹ Cf. Rousseau (1999, p. 26).

¹⁹⁰ “A esfera pública informal desempenha um papel essencial de ‘cultivar razões normativas’ e o processo legislativo pode ser visto como o procedimento para transformar argumentos e razões em leis.” (Flynn, 2004, p. 444).

alteração e tem de ser mobilizada caso a mudança desejada atinja certas decisões às quais foi conferido um status superior, independente das razões que fundamentam a atribuição desse status.

Esses três tipos de competência jurídica têm seu escopo delimitado pelo direito positivo e são, claramente, por ele determinadas. Elas permitem institucionalizar uma ampla variedade de decisões coletivas. Mas, por estarem subordinadas à constituição existente – na medida em que criadas por ela –, não podem servir para institucionalizar uma nova ordem constitucional. Paralelamente, em uma situação hipotética na qual inexistente uma ordem estabelecida pelo direito positivo, também essas competências são inexistentes.

Aqui surge espaço para o conceito de poder constituinte. É a ele que se recorre para dar sentido ao processo por meio do qual se institucionaliza juridicamente uma aspiração popular específica:¹⁹¹ a criação de uma ordem política. E é exatamente porque ele transcende a ordem existente (ou é mobilizado em face da inexistência de uma ordem) que se costuma vê-lo como um poder “extrajurídico” e, mais que isso, um poder “não-normativo”. Ele é, em algumas formulações, uma vontade, cuja decisão – por seu mero caráter de decisão, independente do processo decisório ou de sua conformidade com parâmetros morais – funda uma ordem político-jurídica e lhe confere validade.¹⁹²

Do ponto de vista de uma pessoa participante de uma ordem constitucional ou de um processo constituinte, porém, essa imagem de poder constituinte é incapaz de dar sentido a essas práticas. Em si, a decisão é um mero fato; ela não contém parâmetros que permitam julgar se deve ou não ser obedecida (Duke, 2020b). Se, em uma análise retrospectiva, consideramos que o critério relevante é o sucesso – a constituição é válida porque foi habitualmente obedecida –, ainda assim, temos uma resposta insatisfatória: o mero fato da obediência não é justificção para obedecer.

Por esse motivo é que teóricos do poder constituinte costumam acrescentar outros elementos à mera decisão constituinte: uma teoria democrática, por exemplo. Nesse caso, busca-se justificar o exercício do poder constituinte com base em *quem* toma a decisão – o “povo” identificado de uma ou outra maneira.¹⁹³ Mas, nesse caso, qual o sentido de mobilizar

¹⁹¹ Que, como sugere Arendt em trecho transcrito na página 89 acima, talvez esteja contida em algum grau em toda empreitada coletiva, mas que não é sempre levada a cabo ou mesmo tematizada explicitamente. Não está claro se isso se aplica, também, a empreitadas que são realizadas dentro de uma ordem já existente. A ideia poderia, talvez, ser interpretada com recurso ao argumento de Seyla Benhabib (2004, p. 19, 45) de que todo ato de autolegislação é, também, um ato de autoconstituição, i.e., determina as fronteiras (subjetivas) da comunidade política. Nesse sentido, a ação coletiva sempre conteria em si um potencial para a rediscussão de elementos constitutivos da ordem política.

¹⁹² Cf. Schmitt (2017, p. 75-6; 2006, p. 24).

¹⁹³ Cf., por exemplo, Colón-Ríos (2012).

o conceito de poder constituinte se a justificação do ato de estabelecer uma ordem constitucional depende de outro elemento?¹⁹⁴

Uma resposta a esse problema parece exigir que consideremos o poder constituinte não como uma fonte de justificação, mas sim como algo que precisa ser justificado (Köpcke, 2022). Nessa formulação, ele pode ser entendido como uma espécie de “instrumento” ou “técnica”, algo a que se recorre para responder a certo tipo de demanda – a de institucionalizar ou reconstituir uma ordem política – *por meio do direito positivo*. “Poder constituinte”, então, seria a competência jurídica à qual se deve recorrer quando se busca dar forma jurídica a esse tipo específico de demanda.

Isso gera algumas questões: em que sentido é possível conceber o poder constituinte como uma competência *jurídica*? Qual a relação entre demandas e processos políticos e o exercício de um poder constituinte jurídico? Se este poder não é, em si, fonte de justificação, como é possível justificá-lo e justificar seu produto, a constituição? As três próximas subseções (3.2.2, 3.2.3 e 3.3.1) dedicam-se, respectivamente, a esses problemas.

3.2.2. O poder constituinte como poder jurídico

Conceber o poder constituinte como algo externo ao direito parece fazer sentido à luz de uma concepção de validade jurídica entendida em termos de transmissão linear ou autorização. Nessa leitura, a juridicidade de uma norma depende da atribuição dessa característica por uma norma temporalmente anterior e hierarquicamente superior.¹⁹⁵ Para evitar um regresso ao infinito,¹⁹⁶ parece, então, necessário identificar como fundamento do direito algo que não é propriamente jurídico, na medida em que não atende ao critério de legalidade em questão. Em teorias do poder constituinte, em geral, é esse conceito que desempenha tal papel e, por essa razão, ele é conceituado como extrajurídico: para essas teorias, o fundamento do direito não poderia ser, ele mesmo, “jurídico”.¹⁹⁷

Mesmo nessa perspectiva, porém, pode não ser totalmente sem sentido perguntar-se se o exercício de um poder constituinte poderia ser “jurídico”. Andrew Arato, por exemplo,

¹⁹⁴ Cf. a discussão, no tópico 2.2 acima, de teorias do poder constituinte que o imputam a um sujeito popular independente das características do processo constituinte real.

¹⁹⁵ Alternativamente, pode-se conceber a validade jurídica em termos “circulares” (Walters, 2016).

¹⁹⁶ Que corresponderia a uma incapacidade de responder à questão sobre os fundamentos da normatividade do direito.

¹⁹⁷ Por outro lado, como vimos anteriormente (especialmente no capítulo 1), a compreensão de que normatividade não pode ser baseada em pura facticidade, muitas vezes, leva teóricos do poder constituinte a moderar essas asserções: diz-se, por exemplo, que o poder constituinte tem um “caráter jurídico” e é “uma categoria jurídica por excelência” (Kalyvas, 2005, p. 234), ou que ele necessariamente pressupõe “um certo grau de constitucionalidade” e é orientado por alguns “princípios ético-jurídicos” (Böckenförde, 2017, p. 182, 183 *italico* no original). Cf. Duke (2020a) e Dyzenahus (2012).

argumenta que em um paradigma “pós-soberano” de criação constitucional, é possível conceber um poder constituinte que mantenha a continuidade formal com a ordem jurídica anterior. Esse seria o caso, por exemplo, quando uma constituição é substituída com recurso ao procedimento que ela mesma prevê para sua reforma ou quando o processo constituinte é iniciado por meio de uma emenda constitucional, que o estrutura (ao menos em parte) juridicamente. Na medida em que a “legalidade” do processo seria capaz de conferir-lhe alguma legitimidade, em contextos desse tipo, seria justificado criar uma continuidade jurídica fictícia, aplicando regras constitucionais que, até então, haviam sido apenas parte de uma constituição de fachada, sem real eficácia (Arato, 2009, p. 432–433).¹⁹⁸

Nessa leitura, porém, o poder constituinte assume uma feição jurídica apenas de modo contingente: essa possibilidade depende da existência de algum tipo de legalidade anterior, algum conjunto de regras que seja apresentada como uma ordem jurídica ou uma constituição, ainda que, na prática, não funcione como tal. Em casos de criação constitucional “originária” – em que se estabelece a “primeira constituição histórica”, para empregar a terminologia de Kelsen –, essa alternativa não seria concebível. Além disso, esse caminho só pode ser seguido se as regras de reforma previstas por essa constituição anterior forem operacionalizáveis na prática, i.e., se for possível atender aos requisitos por ela estabelecidos. Se essas normas nunca tiverem sido usadas, só será possível definir se esse movimento é possível quando se recorrer, efetivamente, a essas normas. Se seus requisitos forem demasiado exigentes, é possível que a única alternativa prática seja uma ruptura.

Ao menos duas questões precisam ser consideradas neste ponto. A primeira é a objeção de que, se há algum tipo de continuidade jurídica, não se estaria diante de um poder “constituinte”, mas de um poder “constituído”.¹⁹⁹ Essa objeção funda-se em uma separação estrita entre essas duas categorias, que, na verdade, não é plausível. O problema, aqui, pode ser ilustrado com referência ao já mencionado “paradoxo do constitucionalismo”: o fato de que o mesmo poder que cria uma constituição apenas pode ser exercido por meio de formas constituídas. Ele só pode ser identificado com referência a alguma normatividade. A decisão constituinte tem que ser canalizada por algum tipo de procedimento pré-estabelecido. Assim, não se pode interpretar adequadamente processos de criação constitucional se o poder

¹⁹⁸ Arato argumenta que, empiricamente, esse, em geral, seria o caso em situações de transição de um regime autoritário para uma democracia.

¹⁹⁹ A implicação prática mais saliente dessa objeção refere-se às cláusulas pétreas. Se elas forem, em dado contexto, conceituadas como o produto de um poder “constituído”, seria plausível argumentar que outro poder desse mesmo tipo – o poder de reforma constitucional – estaria autorizado a alterá-las ou suprimi-las. Por outro lado, se criadas por um poder “constituinte”, elas estariam fora do alcance dos poderes “constituídos”. Cf. V.A. Silva (2004).

constituente for conceituado como estritamente “não-constituído” – uma força sem forma e livre de qualquer normatividade.

A partir do momento em que se admite que o poder constituinte só faz sentido com referência a algum conjunto de parâmetros que o definem e permitem identificar seu exercício, essa primeira objeção deixa de ser relevante. Surgem, então, novas questões, como: onde podemos encontrar esses parâmetros? Como eles devem ser formulados? Quem pode participar legitimamente de sua formulação? Esse parece ser o caminho seguido por Andrew Arato em sua rejeição de um paradigma focado em um sujeito unificado em favor de uma concepção procedimental baseada em princípios discursivamente justificados.²⁰⁰

O segundo ponto a ser considerado diz respeito à possibilidade de conceber o poder constituinte como um poder normativo – não uma mera capacidade factual de impor uma pretensa ordem – e, mais especificamente, *jurídico* em um contexto como o da criação constitucional “originária”. Para abordar essa questão, é preciso ter em vista que um poder normativo corresponde à capacidade para decidir sobre ou alterar os deveres, faculdades e poderes de uma pessoa, *no interior de uma ordem normativa* (MacCormick, 2007, p. 154). Em outras palavras, a ideia de poder normativo pressupõe um *ethos*, um quadro normativo subjacente em que ele está ancorado. Em uma ordem normativa institucionalizada, esse quadro normativo é estruturado por meio de um conjunto de autorizações, normas que conferem poderes normativos e os delimitam. Em um contexto constituinte, parece que essa normatividade de fundo está ausente e, por isso, não seria possível falar em um poder normativo. Seria necessário supor que um poder de fato é capaz, por sua própria capacidade de se impor, de criar normas.

Isso traz à tona um problema adicional, que pode ser descrito com base em um elemento presente, de formas ligeiramente diversas, em teorias tradicionais e em teorias reflexivas do poder constituinte – a ideia de que a validade de uma ordem jurídica depende, ao menos em parte, de sua eficácia. Ou, em outras palavras, de que o elemento “sucesso” na implementação de uma nova ordem político-jurídica – a capacidade para se impor – não é de todo irrelevante para o problema do poder constituinte. Embora a ênfase que teorias tradicionais e reflexivas colocam nesse ponto seja excessiva, ele não pode ser simplesmente descartado, porque a eficácia é um elemento constitutivo do direito.²⁰¹ Na medida em que a função de uma ordem

²⁰⁰ Como ele nota, o “paradoxo do constitucionalismo” surge apenas se se considera necessário postular um sujeito (unificado) como titular desse poder. Na medida em que tal sujeito pode apenas ser uma ficção – uma criatura do direito – adotar esse pressuposto leva à perplexidade sobre a natureza “constituída” de um sujeito “constituente”.

²⁰¹ Cf. Alexy (2010). Ver, também, a discussão no tópico 2.2.

jurídica é regular comportamentos, a incapacidade de desempenhar tal função em larga escala parece desqualificar um dado conjunto de regras como exemplo de uma ordem jurídica.

A dificuldade aparentemente criada por essa crítica consiste na constatação de que a eficácia de uma constituição ou de qualquer conjunto de normas positivas só pode ser verificada *após* sua instituição. Isto é, se a eficácia é elemento constitutivo da validade jurídica, esta só pode ser identificada em um momento posterior ao exercício de um poder constituinte. Este se coloca, necessariamente, em um momento anterior. Isso parece recomendar a adoção de uma teoria relacional ou reflexiva, como as analisadas e rejeitadas na seção 2.2: um pretense exercício de um poder constituinte consistiria na postulação de uma ordem jurídica que, porém, só se torna uma ordem jurídica real ou positiva a partir do momento em que reconhecida e “validada” pelas pessoas que ela se propõe a regular.

Assim, a questão a ser respondida para elucidar a relação entre poder constituinte e direito pode ser formulada como: em que sentido é possível conceber esse poder como um poder *normativo* (e, mais especificamente, *jurídico*) na ausência de uma ordem normativa em que ele esteja ancorado e em um cenário de incerteza sobre sua eficácia?

Duas ideias fundamentais serão mobilizadas para formular o argumento. Primeiro, embora uma ordem normativa institucional possa ser identificada apenas em casos concretos, noções como “direito” e “constitucionalismo” podem ser concebidas abstratamente e guiar a ação mesmo sem referência a uma ordem concreta. E, em segundo lugar, o sucesso na institucionalização de uma ordem normativa não é uma questão binária – não há um ponto claro a partir do qual se possa dizer “aqui existe uma ordem jurídica” –, mas gradual. Trata-se de uma empreitada que pode ser mais ou menos bem-sucedida e que depende tanto da colaboração reiterada de um conjunto de agentes quanto da aderência a certos requisitos formais, que se associam exatamente àquelas ideias de direito e constitucionalismo.

A primeira ideia subjaz à proposta de Andrew Arato de aplicar os princípios do constitucionalismo ao próprio processo que o institucionaliza em dada comunidade política. O constitucionalismo, enquanto um conjunto de conceitos e princípios, existe previamente a esse processo de institucionalização e, possivelmente, pode ser mobilizado para guiá-lo.²⁰² Nessa leitura, o ato de instituir legitimamente uma constituição já contém, *em si mesmo*, o conteúdo do estado constitucional.²⁰³ O núcleo dessa forma de organização política é a exigência de que o poder político seja exercido de acordo com o direito criado democraticamente. Há, então, um

²⁰² Arato busca demonstrar essa possibilidade a partir da análise processos constituintes concretos, dos quais o mais importante para seus fins é o processo sul-africano.

²⁰³ Habermas (1996, p. 453).

vínculo – que busquei explicitar na seção 3.2.1 e que será retomado em um plano mais concreto no próximo tópico – entre exercer um poder factual e manejar um poder normativo. Em um estado de direito, o primeiro depende do segundo, i.e., um poder de fato só pode ser legitimamente exercido se respaldado por um poder jurídico. Essa relação é identificada, também, por Neil MacCormick:

Poder jurídico como uma forma de poder normativo é a capacidade de uma pessoa ou agência para alterar a situação jurídica de certa pessoa ou agência, criando algum novo dever ou expansão de um dever existente; ou tornando errado aquilo que, anteriormente, não o era; ou atribuindo, expandindo, restringindo ou anulando algum outro poder. O poder político é mais bem conceituado como um poder-de-fato, não como um poder normativo. Aqui, não se trata de mudar aquilo que, de alguma maneira, as pessoas devem fazer, mas de mudar aquilo que elas realmente fazem. Mas, em um estado de direito, isso só pode ser atingido por meio de algo que é, também, um exercício de poder jurídico. (MacCormick, 2007, p. 183)

Orientar o processo de criação constitucional (e não apenas seu produto) pelos princípios do constitucionalismo significa, então, admitir a condição de que um poder de fato – o poder político gerado pelo entendimento de que uma nova constituição é necessária – deve ser canalizado por meio de um poder jurídico. Nessa perspectiva, o exercício de um poder constituinte, para propor-se legítimo, deve *apresentar-se como o exercício de uma competência jurídica*: respaldado por um poder factual e buscando implementar consequências fáticas, ele opera como uma tentativa de alterar a situação jurídica da comunidade política como um todo. Mas o que significa, nesse contexto, “apresentar-se como uma competência jurídica”?

Um argumento apresentado por Frank Michelman (1996) em sua defesa da tese de que o processo de legislação constitucional ocorre “*sempre sob o direito*” indica um caminho para articular essa ideia de modo mais claro. Em sua formulação, criar normas constitucionais – originariamente ou por meio de emendas – consistiria não em uma expressão de “vontade pura e arbitrária”, mas em um “juízo [realizado] sob uma ideia pré-existente de moralidade e direito políticos” (Michelman, 1996, p. 297). Esse processo, então, em certo sentido, apenas interpreta e institucionaliza parâmetros compartilhados pelas pessoas que integram a comunidade sobre sua vida em comum.

Mais especificamente, na perspectiva de Michelman (1996, 304-6), o que se interpreta é a própria identidade coletiva do povo. Entender o processo de legislação constitucional como uma espécie de interpretação seria necessário, porque, em uma democracia constitucional, deve ser possível ver o povo como autor das leis às quais ele mesmo está sujeito. Da perspectiva do povo que vive sob uma constituição estabelecida no passado, isso só seria possível se as pessoas que criaram essa constituição forem entendidas como membros da mesma coletividade que vive sob ela no presente. Para Michelman, isso seria concretizado pela percepção de que pessoas do

passado e do presente teriam como referência uma mesma ideia “político-regulativa” de justiça e direito, que corresponderia àquilo que está “por trás” da constituição positiva – algo como uma constituição “real”, que preexiste à constituição positiva.

Pode-se dizer, então, que, para Michelman, a identidade do povo – aquilo que, segundo ele, dá sentido à ideia de autogoverno – se expressa nesse engajamento, no passado e no presente, com o projeto de interpretar e expressar, por meio do direito positivo, essa referência comum. Por ocorrer à luz dessa ideia pré-existente, como uma interpretação ou juízo – e não, propriamente, criação – o processo de legislação constitucional teria de ser entendido como orientado e determinado pelo direito. Não é, em outras palavras, uma prática externa a uma compreensão de “legalidade” (ou constitucionalismo), mas a própria efetivação dessas ideias.

Na perspectiva de Michelman, a dimensão ética na legislação constitucional tem grande peso. Na verdade, ela parece representar quase a totalidade do processo, com apenas uma qualificação: esse processo seria “um exercício de juízo ético (ou autointerpretativo) realizado sob o pano de fundo de um compromisso moral autoatribuído” (Michelman, 1996, p. 305). Embora não se possa ignorar o elemento de autodefinição da comunidade inerente a processos constituintes,²⁰⁴ é preciso considerar adequadamente o outro elemento presente na constituição de uma “comunidade de direito” – mais relevante neste contexto –, que corresponde à atribuição recíproca de direitos ou, em outras palavras, ao reconhecimento recíproco do status de “sujeito de direitos”.

Esse segundo elemento – associado à ideia de que criar leis, inclusive em um nível constitucional, corresponde a interpretar ou especificar uma ideia pré-existente – abre espaço para pensar o poder constituinte como algo orientado por uma lógica jurídica. Isso pode ser feito se a “ideia pré-existente” à luz da qual se deve entender o processo de legislação constitucional for compreendida em termos estritamente formais, i.e., como uma ideia sobre o direito entendido como “forma” – um mecanismo de organização da vida social por meio de um conjunto de regras gerais, públicas, prospectivas etc. –, sem um conteúdo específico pré-determinado. Esse conteúdo é exatamente aquilo que será determinado em um processo constituinte concreto e, como tal, está sujeito à interação contingente das pessoas que dele participam. Ele pode ser “equivocado” somente no sentido de não atender ou atender apenas de

²⁰⁴ A constituição de uma ordem política sempre envolve definir critérios de pertencimento, i.e., determinar quem é e quem não é integrante da comunidade. Cf. Habermas (1998) e Benhabib (2004, p. 65-9). Existe, como observam Habermas e Benhabib, uma tensão entre esses dois elementos – uma tensão que talvez não possa ser totalmente resolvida. Na interpretação de Michelman, porém, o elemento ético, de autoconstituição, parece ter prioridade sobre o elemento moral (que se expressa na garantia de direitos que têm uma aspiração à universalidade).

maneira defeituosa aos requisitos impostos pela forma do direito²⁰⁵ – por exemplo, se contiver apenas normas retroativas – e, eventualmente, a demandas básicas de justiça.²⁰⁶

Como sugerido pela exemplificação da forma jurídica oferecida no parágrafo anterior, entendo que essa ideia pode ser especificada com auxílio do trabalho de Lon Fuller. Com um foco na figura de um legislador que procura instituir normas jurídicas, Fuller argumenta que essa empreitada é orientada por certos princípios que precisam ser, ao menos em alguma medida, preenchidos para que se possa, de fato, estabelecer uma ordem jurídica. Esses princípios têm uma natureza aspiracional – não se espera que possam ser plenamente realizados todo o tempo – e consistem nos requisitos de generalidade (i); publicidade/ promulgação (ii); irretroatividade (iii); clareza (iv); ausência de contradição (v); possibilidade de cumprimento das exigências legais (vi); estabilidade ao longo do tempo (vii); e congruência entre regras e ação das autoridades (viii).²⁰⁷

Esses parâmetros não são, na perspectiva de Fuller, meros mecanismos para garantir a efetividade do direito ou seu bom funcionamento. Um fracasso em atingi-los minimamente faz com que deixe de fazer sentido compreender determinada prática como “direito”. Isso decorre de sua percepção de que tais princípios são o fundamento daquilo que ele chama de “fidelidade ao direito” – da efetiva adesão às leis por parte das pessoas a quem elas se direcionam (Fuller, 1958). Não haveria sentido, por exemplo, em aderir a um conjunto de pretensas regras que fossem totalmente secretas ou retroativas ou exigissem apenas condutas impossíveis. O pano de fundo desse argumento é a tese de que o direito não corresponde uma mera “projeção unilateral de autoridade” ou a uma “organização gerencial”, mas a uma empreitada colaborativa, que depende da adesão das pessoas e, portanto, de que a prática se apresente como justificável para elas (Fuller, 1969, p. 162–163, 207–224).²⁰⁸

Mas a mera forma jurídica não garante essa adesão. E aqui chegamos à segunda ideia fundamental mencionada acima, nomeadamente, a de que a institucionalização de uma ordem jurídico-política pode ser mais ou menos bem-sucedida e sua consolidação é um processo que se estende no tempo. Para analisar essa ideia, podemos recorrer à teoria “interacional” do direito desenvolvida por Jutta Brunnée e Stephen Toope (2010; 2018), com fundamento em algumas

²⁰⁵ Cf. Fuller (1969, p. 33-44).

²⁰⁶ Ou seja, se for “intoleravelmente injusto”, o que, em algumas interpretações, o tornaria ininteligível como “direito”. Cf. Radbruch (1946); Alexy (2002, p. 40-68); Dworkin (1986, p. 101-8); Allan (2009); Dyzenhaus (2006, p. 223-33).

²⁰⁷ Fuller (1969, p. 33-94).

²⁰⁸ Cf. Rundle (2012, p. 8–11, 97–101).

das ideias de Fuller. Embora o foco de Brunnée e Toope seja o direito internacional,²⁰⁹ a ideia básica em que eles se propõem a fundá-lo é relevante também em contextos nacionais.²¹⁰ Trata-se da ideia de “práticas de legalidade”.

Estas correspondem às práticas de organização da vida comum por meio de regras, estruturadas em torno de padrões que atendam aos princípios de legalidade mencionados anteriormente. Para que tais práticas possam, efetivamente, se desenvolver, porém, não basta esse elemento formal: é necessário que as regras em questão sejam fundadas em entendimentos compartilhados pelas pessoas que as criam e que as empregam como orientação para suas condutas (Brunnée; Toope, 2010, p. 39, 51). Desse modo, tais regras tendem a gerar adesão por parte das pessoas, que passam a articular a justificação para suas ações e para suas demandas em relação às outras com base nessas regras, tornando a prática mais densa e fortalecendo aqueles entendimentos de fundo – ou, em certas situações, colocando-os em xeque e exigindo sua rearticulação, dentro, contudo, do quadro geral conformado por essa prática (Brunnée; Toope, 2010, p. 42–44).

Isso cria um senso de obrigação (jurídica), que depende de expectativas recíprocas ancoradas em parâmetros que atendam aos princípios de legalidade:

dentro de *todos* os sistemas de normatividade jurídica, mesmo sistemas jurídicos estatais, normas sociais são construídas por meio de atividade retórica [raciocínio e argumentação por meio de regras] e prática social, produzindo expectativas mútuas crescentemente influentes ou entendimentos compartilhados pelos atores. Em um segundo passo, se esses entendimentos compartilhados forem reforçados por meio da ação baseada nos critérios de legalidade propostos por Fuller, torna-se possível criar obrigações, ou fidelidade ao direito. (Brunnée; Toope, 2010, p. 34)

Essa ideia permite conectar diversos elementos da argumentação desenvolvida até aqui. Em primeiro lugar, o ato de propor regras jurídicas, para que possa ser bem-sucedido, precisa combinar dois elementos: a tentativa de expressar algum tipo de entendimento comum – o que tem afinidade com a análise do conceito de poder desenvolvida acima – e uma forma específica, *jurídica*, i.e., que atenda a certos princípios de legalidade – uma “ideia pré-existente” que orienta processos legislativos em todos os níveis. Em segundo lugar, pode-se observar que,

²⁰⁹ Uma aplicação sem qualificações de sua teoria a outros contextos poderia levar a resultados inadequados e incompatíveis com as premissas deste trabalho. Um ponto especialmente sensível diz respeito à ênfase que Brunnée e Toope dão à “horizontalidade” nos processos de criação e manutenção do direito, que parece fazer mais sentido no contexto do direito internacional do que em relação a ordens jurídicas estatais – em que as relações do Estado com cidadãos e cidadãs assumem, em geral, uma lógica vertical. Essa ênfase na horizontalidade já está presente em Fuller – o que é ressaltado por Brunnée e Toope. Neste ponto, é interessante notar que, no que diz respeito ao direito positivo, Fuller era especializado em direito privado – um campo em que o foco em relações horizontais estruturadas por um princípio de igualdade parece mais natural que no direito público em que, como mencionado, coerção e imposição aparecem mais frequentemente.

²¹⁰ E contém, inclusive, elementos que permitem dar sentido à participação de atores não estatais na criação de direito.

embora esse ato de propor regras jurídicas apresente-se como um exercício de poder normativo – jurídico²¹¹ – sua aptidão para estruturar uma prática de legalidade depende, em parte, de eventos subsequentes – de sua efetiva interação com a realidade. Esse ato corresponde a um exercício de poder jurídico no sentido de que se orienta pela forma do direito e só pode ser compreendido com referência à ideia de “prática de legalidade” – que corresponde a sua finalidade.

Em princípio, portanto, esse ato independe de uma “autorização” para apresentar-se como jurídico. Sua efetividade, contudo, depende de estar ancorado em um poder político, compreendido da maneira exposta na seção 3.1 acima. O problema da legitimidade, por sua vez, continua em aberto: ela depende de fatores que serão analisados no tópico 3.3. Antes disso, porém, a argumentação desenvolvida até aqui será mobilizada para estruturar um modelo mais concreto (ainda que idealizado) de criação constitucional, que permite mostrar a conexão entre poder político e o poder constituinte jurídico em um nível institucional. Esse é o objeto da próxima seção.

3.2.3. Da política ao direito

Como argumentei no tópico 3.1.1, empreitadas coletivas dependem da exposição e crítica pública de opiniões, em um processo orientado pela busca de um entendimento comum sobre como agir. Esse processo, como visto no tópico 3.1.2, gera um poder político. Este, porém, depende da manutenção da convergência de opiniões formada nesse processo argumentativo – uma convergência que é inerentemente instável e contingente. Coloca-se, com isso, o problema da estabilização – de como é possível estabelecer uma estrutura firme e duradoura que crie a possibilidade de que o poder gerado por esse grupo não se dissipe, mas continue a ser continuamente gerado e renovado. Trata-se de estabelecer um espaço público em que as pessoas que compõem aquele grupo possam sempre e a todo momento aparecer, discutir e agir.

Na modernidade – caracterizada pela ausência de uma uniformidade ética ou de tradições aptas a manter a comunidade unida –, a alternativa possível consiste em recorrer ao direito positivo.²¹² Isso significa instituir uma lei a qual, ao mesmo tempo que vincula todas as pessoas do grupo, estabelece as condições para que elas continuem a agir politicamente. É nesse sentido que se pode afirmar que, “[s]ob condições modernas, o ato de fundação é idêntico a

²¹¹ Na medida em que é conformado pela forma jurídica, propõe-se a alterar situações jurídicas e a dar início a uma prática de legalidade.

²¹² Cf. Arendt (1968, p. 463 e ss.): “Leis positivas (...) são primariamente desenhadas para funcionar como fatores estabilizadores dos movimentos sempre mutantes dos homens” (p. 463).

estabelecer uma constituição” (Arendt, 2006, p. 116). Note-se que criar as condições para que um grupo de pessoas (ou parcelas desse grupo) possa agir politicamente não implica a exigência de uma organização ou reunião permanente ou contínua. Trata-se, mais modestamente, de manter aberta a *possibilidade* de organizar-se, reunir-se e agir em conjunto. E aqui entra em cena a ideia de um “poder constituinte”.

Neste tópico, busco dar mais concretude à estrutura formal desse processo de formação coletiva de opinião que culmina na ativação e exercício de um poder jurídico – ou, em outras palavras, conectar os momentos político e jurídico desse processo. O objetivo é, ao explicitar seu modo (idealizado) de funcionamento, extrair algumas consequências para a interpretação de poder constituinte aqui proposta.²¹³ O ponto de partida é a ideia, exposta cima, de uma “proposta” constituinte, que consiste em apresentar, publicamente, argumentos em favor da institucionalização ou reconstituição de uma ordem política.²¹⁴ Entendo que uma tal proposta assumiria a seguinte forma:

Devemos, como comunidade, atribuir um poder constituinte à instituição *I* (ou às instituições *I*₁, *I*₂, ..., *I*_{*n*}) para reestruturar nossa ordem política.

Essa afirmação sintetiza uma proposta de ação coletiva apresentada em público, seja em arenas informais de discussão, seja em espaços mais (ou totalmente) institucionalizados, se estes existirem.²¹⁵ A partir do momento em que é apresentada, essa proposta pode engajar outras pessoas, que passam a discuti-la, criticá-la ou promovê-la, ou pode cair no esquecimento, caso não encontre pessoas ou grupos para os quais pareça atraente. Na primeira situação, a proposta desencadeia processos argumentativos orientados pela busca de um entendimento comum sobre como agir, ou, em outras palavras, de uma resposta à pergunta “devemos criar uma nova ordem política/ reformular nossa ordem política?”.²¹⁶

²¹³ Embora formulada de uma maneira que remete à tomada de decisão popular, o modelo se pretende aplicável também a outras situações (e.g., uma junta militar que decide instituir uma constituição). Como observado acima, o poder gerado por processos comunicativos não é necessariamente democrático ou emancipatório (ver nota 172 acima e o texto a que ela se refere). Definir se o exercício de um poder constituinte é “legítimo” depende de outros fatores, que serão abordados na seção 3.3.1.

²¹⁴ Ver seção 2.3.2 acima.

²¹⁵ Em um contexto no qual existem espaços institucionais, ou seja, em que a proposta diz respeito à reconstituição de uma ordem política, podemos supor que, idealmente, essas propostas se originam em espaços informais e, na medida em que são detectadas como temas relevantes pelas instituições políticas, passam a ser discutidas também nesses espaços. Cf. Flynn (2004) e Habermas (2020b, p. 645–646). A partir disso, poderíamos nos perguntar se propostas sem lastro na opinião pública podem prosperar em espaços institucionais ou quais são as condições para que isso aconteça. Ver, também, as notas 184 e 190 acima.

²¹⁶ Há maneiras mais ou menos exigentes de formular essa ideia. Uma posição mais pretensiosa é a de Habermas (2020b, p. 634-6). Mais modesto é o argumento de Manin (1987). Para os fins deste trabalho, não me parece necessário assumir uma posição a esse respeito.

A proposição apresentada acima, evidentemente, tem fins meramente analíticos: formulá-la dessa maneira não implica que propostas constituintes tenham de ser apresentadas exatamente dessa forma ou mesmo que tenham de invocar o conceito de “poder constituinte”. Significa apenas que elas podem ser interpretadas dessa maneira ou, em outras palavras, que esse é o conteúdo que se pode extrair delas. Empregar o conceito de poder constituinte ajuda a explicitar mais incisivamente as aspirações da proposta.

Essa proposta pode, em tese, ser apresentada por qualquer pessoa. O impacto que ela pode ter sobre a comunidade, porém, depende da capacidade que essa pessoa tiver para fazer-se ouvir e da predisposição de concidadãs e concidadãos a receberem tal proposta. Além disso, ela não precisa ser apresentada em um contexto democrático. Uma proposta constituinte pode ser concebida, também, como a declaração de um integrante de um regime autoritário comunicando à população que o governo pretende instituir uma nova ordem constitucional. A menos que os vínculos sociais tenham sido totalmente dissolvidos e os espaços públicos, suprimidos – como no modelo de totalitarismo de Arendt –, mesmo uma proposta desse tipo encontrará eco em espaços de discussão informais e, eventualmente, institucionais, se estes ainda existirem. E poderá ser apoiada por parte da população.

Dado que esses espaços públicos não correspondem a arenas ideais de discussão, mas a configurações reais, em que as pessoas têm oportunidades de interagir umas com as outras, podemos supor que elas contêm deficiências estruturais que tornam a comunicação em seu âmbito defeituosa. Essas deficiências correspondem a fatores como as relações de hierarquia e dominação orientadas por elementos como raça, gênero, orientação sexual, classe social – mencionadas na seção 3.1.2 –, bem como ideologias, relações de dependência econômica, entre outras características que afastam esses cenários de uma situação de comunicação ideal. Em um contexto orientado pelo ideal do estado democrático de direito (ou seja, uma democracia ou um regime em democratização), é de se supor que os agentes de mais relevo na vida política da comunidade buscarão corrigir e superar essas deficiências, para tornar o processo comunicativo mais livre e desimpedido. Esse é um primeiro cenário possível, que comporta duas variações: processos constituintes que ocorrem no interior de um estado democrático de direito já constituído e razoavelmente funcional; e processos constituintes em um contexto de democratização.

Um segundo cenário apresenta-se no caso de criação constitucional no âmbito de regimes autoritários. Aqui, podemos supor que agentes com recursos suficientes para tanto buscarão manipular essas arenas – por exemplo, pela difusão de sua própria ideologia –, a fim de deformar os processos comunicativos buscando favorecer seus próprios interesses. Esse

projeto pode ser implementado, por exemplo, por meio da violência: com recurso a grupos armados para intimidar opositores e dissolver reuniões de partidos tidos como indesejáveis. Com isso, fomenta-se o medo e suprimem-se as esferas de discussão que poderiam promover a dissidência à proposta. A supressão dessas esferas tende a potencializar a voz do grupo que defende a proposta constituinte em questão, na medida em que ela passa a ser, cada vez mais, o único curso de ação apresentado e defendido em público. O medo gerado pela violência tampouco é irrelevante, na medida em que pode levar, primeiro, a uma espécie de aquiescência resignada e, no limite, à reclusão total à esfera privada – o desligamento da política.

Para além dessas limitações estruturais e dos esforços do regime para enviesar a opinião pública, pode-se cogitar, teoricamente, de um terceiro tipo de cenário, correspondente a situações em que o processo de institucionalização de uma nova constituição envolve um público extremamente restrito e um mínimo de esforço de justificação pública. Ou seja, casos em que uma constituição é instituída estritamente entre elites. Mesmo nesses casos, porém, não me parece que o processo que culmina na positivação de uma ordem constitucional prescindir de uma iniciativa – uma proposta constituinte – e de uma convergência de opiniões entre atores relevantes. O público pode ser menor, mas existe; e, indiretamente, a manutenção da ordem ainda dependerá de algum tipo de apoio ou, ao menos, indiferença popular.²¹⁷

Essa interpretação encontra respaldo no argumento de que, mesmo em casos desse tipo, há razões para instituir e manter uma constituição – razões que expressam uma espécie de reconhecimento de que não se dispõe de poder absoluto e, portanto, é necessário conciliar e coordenar certos interesses (Ginsburg; Simpser, 2014). Desse argumento funcional – de que constituições têm razão de ser mesmo em regimes autoritários e que estão vinculadas, também, à pluralidade de atores relevantes para a estabilidade do regime –, decorre a percepção de que instituir uma constituição é, também, nesses casos, uma empreitada que depende, em certa medida, de uma orientação comum sobre como agir e do apoio associado a essa orientação. O grupo relevante, nesse contexto, pode ser menor, mas ainda é plural. Além disso, como nos casos anteriores, a pluralidade, em si, não indica uma igualdade de forças, uma comunicação desimpedida, nem a exclusão total da violência.

Essa parece ser uma maneira mais adequada de conceituar o fenômeno da criação constitucional autoritária no contexto de uma teoria do poder constituinte em comparação com interpretações fundadas na ideia de “usurpação”. Essa ideia pressupõe uma atribuição prévia

²¹⁷ Que pode estar baseada, por exemplo, em vínculos de lealdade ou clientela com integrantes das elites que, de fato, participam da criação constitucional e patrocinam ou “dignificam”, perante o público mais amplo (ou seus clientes), a ordem resultante.

do poder constituinte a alguma agência que se vê, então, privada dele por uma “usurpação” por parte de outrem. Embora esse termo possa ter efetividade em discursos políticos, na interpretação proposta aqui, ele tem aplicabilidade limitada. Na medida em que o poder constituinte não está dado de antemão nem conectado abstratamente a uma agência (o “povo”), mas é gerado pela interação entre as pessoas e, então, atribuído a uma instituição ou conjunto de instituições encarregado de exercê-lo, seria apenas nesse segundo momento – após sua atribuição – que ele poderia ser efetivamente “usurpado”.

Esse seria o caso, por exemplo, em um cenário no qual o poder constituinte foi atribuído para exercício conjunto por uma convenção seguida por um referendo, em que a convenção o reclamasse para si e se propusesse a estabelecer uma constituição independente de aprovação em referendo. O uso mais tradicional do termo “usurpação” para denunciar certos tipos de processo constituinte²¹⁸ pertence a teorias como as rejeitadas nos dois primeiros capítulos deste trabalho. Isso, porém, não significa que não haja parâmetros para avaliar diferentes casos de criação constitucional ou denunciar tentativas autoritárias de estabelecer uma constituição. Esse é o tema do tópico 3.3 abaixo.

Assim, o ponto de partida de análise é uma proposta constituinte, que tem potencial para desencadear um processo comunicativo em que ela será apreciada, escrutinada e criticada. Eventualmente, esse processo pode culminar em um entendimento comum de que é necessário instituir uma nova constituição. Afirmar que se chegou a um tal entendimento depende de um juízo político – que terá, necessariamente, de ser fundado na observação e na experiência – e que é, evidentemente, falível e contestável. Em geral, esse juízo terá relevância na medida em que for transformado em uma decisão vinculante por uma instituição dotada de poderes para tanto. A correção do juízo poderá ser apreciada pelos desdobramentos subsequentes.

Em um plano mais concreto, o juízo de que se alcançou um entendimento sobre a necessidade de uma nova constituição pode receber eficácia por meio de um ato legislativo, por exemplo, ou um decreto presidencial convocando eleições para uma convenção constitucional. Se o juízo estiver correto, a tendência é que o processo siga da maneira como projetada por esse ato normativo – ainda que com alguma contestação que, em geral, será inevitável. Se incorreto, enfrentará forte resistência, que pode significar, por exemplo, uma ampla mobilização popular contra sua institucionalização ou, de outro lado, um baixo comparecimento às eleições assim convocadas.

²¹⁸ Cf., por exemplo, V.A. Silva (2004; 2021 p. 45 ss.) e, em sentido diverso, Patberg (2018).

No modelo aqui proposto, se o processo comunicativo desencadeado por uma proposta constituinte culmina na decisão de substituir o texto constitucional, pode-se dizer que a comunidade (ou parte dela, no terceiro cenário delineado acima) atribui, por meio de sua ação concertada, articulada comunicativamente, um poder “constituinte” a determinado órgão (ou órgãos) que passa a ser autorizado a exercê-lo. O resultado, portanto, poderia ser expresso, para fins analíticos, na seguinte formulação:

Nós, como comunidade política, atribuímos à instituição *I* (ou às instituições *I*₁, *I*₂, ..., *I*_{*n*}) um poder constituinte para reestruturar nossa ordem política.

Nesse momento é que surge, propriamente, um poder constituinte. Até então, o embate de opiniões em torno da proposta constituinte representava apenas uma espécie de potencial – uma aspiração ou orientação constituinte –, mas não uma capacidade para fazer algo e, menos ainda, uma competência para criar normas jurídicas. Essa parece ser a melhor forma de interpretar a observação – mencionada repetidamente ao longo deste trabalho – de que o poder constituinte só pode se expressar por meio de formas constituídas. Ele depende dessas formas e só faz sentido com relação a elas. Ele não existe antes de uma delimitação formal – de sua institucionalização.

Isso evita também a necessidade de discutir a “delegação” do poder constituinte e dá um outro sentido à ideia de “representação” nesse contexto. Não há um sujeito titular de um poder que o delega a uma outra agência; há uma pluralidade de pessoas que chega a um entendimento comum que fundamenta o estabelecimento e posterior exercício de uma competência jurídica (constituinte).²¹⁹ A institucionalização desse entendimento depende de um juízo político que é, essencialmente, um ato de interpretação, isto é, um ato que, em certo sentido “representa” aquele entendimento comum e procura dar-lhe caráter vinculante e consequências jurídicas e políticas.

Na medida em que corresponde ao ponto em que passa a ser possível identificar, no sistema político, um poder constituinte passível de ser exercido, esse momento pode ser designado *ativação* do poder constituinte. Ele se segue a um processo de *articulação*, a discussão pública sobre a necessidade de recorrer a um poder constituinte, seus contornos e formas de exercício. Esse primeiro momento corresponde a uma tentativa de dar contornos mais concretos ao poder constituinte que será exercido em um espaço e tempo determinados.

²¹⁹ Aqui, a discussão ainda se encontra em um plano factual – não se assume uma perspectiva sobre se a institucionalização de uma ordem política é ou não *justificada*, apenas que há apoio por parte de um grupo de a esse movimento, seja esse apoio baseado em boas razões, validadas em um processo argumentativo adequadamente estruturado, ou em razões espúrias.

Essa interpretação do conceito expressa a ideia, apresentada acima, de que o conteúdo concreto do poder constituinte é necessariamente contextual.²²⁰ Ele não tem uma “natureza” ou “essência” a ser determinada filosoficamente e *a priori* – ao menos não no sentido de que seja parte da “essência” do poder constituinte ser “ilimitado”, “incondicionado” ou passível de ser exercido a qualquer momento. Ou seja, dessa formulação não decorre que sempre que se invoque um poder constituinte seja necessário aceitar, simplesmente, que ele tem tais atributos.²²¹ O poder constituinte não é uma força bruta que existe no mundo e pode ser descrita sem referência a compromissos normativos: é uma maneira de conceituar um fenômeno jurídico – a criação de normas jurídicas positivas – que, por sua vez, é informado e criado por práticas políticas.²²²

Isso não significa dizer que o termo “poder constituinte” possa assumir qualquer sentido: como observado no tópico anterior (3.2.2), a associação entre poder constituinte e direito positivo impõe alguns constrangimentos associados à lógica da prática jurídica. Na medida em que exercer um poder constituinte significa estabelecer uma constituição entendida como lei positiva, esse exercício deve ser inteligível como um ato legislativo, e seu produto, como uma constituição (Niesen, 2020).²²³ Ou seja, essa associação restringe os fenômenos aos quais podemos nos referir com esse conceito.

Nesse sentido, as próprias condições e limites de exercício de um poder constituinte podem, também, ser tematizados na esfera pública, durante o processo de articulação desse poder. Nesse momento, podem ser construídas propostas constituintes que, por exemplo, recomendem a vinculação dos órgãos ao quais se atribuirá um poder constituinte a uma forma de governo republicana ou aos compromissos assumidos internacionalmente pelo estado.²²⁴ Pode-se pensar, ainda, em condições procedimentais, como a exigência de que, caso se opte por uma assembleia constituinte, esta seja obrigada a decidir por uma maioria qualificada, seja

²²⁰ Ver seção 3.1.1 acima.

²²¹ Parece ser esse o argumento de Arato ao identificar “paradigmas” do poder constituinte – chamados por ele de “soberano” e “pós-soberano” –, que são mobilizados (muitas vezes, em partes e de maneira parcialmente incoerente, incorporando elementos de ambos os paradigmas) para justificar certas ações políticas, como a assunção de poderes supremos e ilimitados por uma assembleia.

²²² Ver seção 3.1.1 acima. Cf., também, Patberg (2020a).

²²³ Sobre isso, cf. Lopes (2021, p. 330-343) e Fuller (1969, p. 33-94).

²²⁴ Esse foi o caso no processo constituinte chileno desencadeado em 2019. Cf. Lei 10.200, de 23/12/2019.

composta a partir de uma eleição proporcional ou de um sorteio,²²⁵ ou que haja uma reserva de vagas para integrantes de certos grupos.²²⁶

Esses termos de exercício do poder constituinte, que emergem da disputa política em torno das propostas de substituir dada constituição, podem ser formalizados e há diferentes maneiras de fazê-lo. Pode-se, por exemplo, celebrar um acordo entre diferentes grupos políticos, em que estes se comprometem com tais limites.²²⁷ Ou recorrer às instituições estabelecidas, para institucionalizá-los por meio de uma lei ou mesmo uma emenda à constituição vigente.²²⁸ Justamente por definirem o escopo do poder que está sendo atribuído a determinado órgão, esses termos são vinculantes para ele: apenas o que estiver de acordo com eles pode ser considerado um exercício (válido) do poder constituinte.

Um mecanismo mais sofisticado para implementar e fazer valer essa lógica é o de uma constituição provisória, destinada a orientar o processo constituinte, a qual pode ser complementada pela indicação ou criação de um órgão destinado a interpretá-la e intervir sobre o processo constituinte caso os termos pré-estabelecidos sejam violados.²²⁹ O recurso a uma instituição de controle é, porém, independente da existência de uma constituição provisória e pode, em princípio, ser empregado em qualquer uma das situações mencionadas no parágrafo anterior. Note-se, ainda, que, em contextos nos quais está presente uma constituição razoavelmente funcional (como no Brasil em 1987-88 e no Chile, a partir de 2019), não parece fazer sentido instituir uma constituição provisória, na medida em que já existe um arranjo apto a desempenhar as funções que seriam atribuídas a esse mecanismo.

Em síntese, os termos em que um poder constituinte deve ser exercido, seus limites e capacidades, são estabelecidos pelo mesmo processo argumentativo que culmina na decisão de instituí-lo.²³⁰ Eles são fixados no momento de ativação do poder constituinte, que corresponde, como observado acima, ao momento em que esse poder recebe uma forma institucional e, com

²²⁵ O sorteio foi empregado em uma das fases do processo constituinte islandês, ocorrido entre 2010 e 2013. Cf. Bernal (2019, 235-40); Landmore (2020).

²²⁶ Eleição proporcional e reserva de vagas foram combinadas no processo constituinte chileno mencionado acima, que também estabeleceu a exigência de maiorias qualificadas para decisão. Sobre as exigências de maiorias qualificadas em processos constituintes cf., por exemplo, Elster (1995).

²²⁷ Esse acordo pode ser resultado de processos de “mesa redonda” tais como os utilizados em alguns países da Europa oriental e central após a queda da União Soviética. Cf. Arato (1995; 2012).

²²⁸ Cf., por exemplo, a emenda constitucional nº 26/1985 à Constituição brasileira de 1967.

²²⁹ Tal como ocorreu no processo constituinte sul-africano de 1992-97. Cf. Arato (2009; 2012).

²³⁰ Essa ideia parece compatível com a argumentação de Arato de que podemos identificar diferentes “paradigmas” de criação constitucional, mencionada na nota 221 acima, em que maneiras diversas de conceituar o poder constituinte são associadas a instituições, práticas e princípios específicos em uma espécie de “pacote” e também com sua observação de que, em processos constituintes concretos, usualmente há uma espécie de concorrência entre esses paradigmas, que, muitas vezes, leva à incorporação de elementos de uns e outros a um mesmo processo constituinte. Cf. Arato (2012; 2016, p. 1-15).

isso, passa a existir efetivamente – a fazer parte do sistema político. Assim, uma formulação mais específica da decisão de estabelecer um novo texto constitucional apresentada acima seria:

Nós, como comunidade política, atribuímos à instituição *I* (ou às instituições *I*₁, *I*₂, ..., *I*_{*n*}) um poder constituinte para reestruturar nossa ordem política nos termos *T*₁, *T*₂, ..., *T*_{*n*}.

Ao que pode ser acrescido, eventualmente:

Atribuímos à instituição *I'* (ou às instituições *I'*₁, *I'*₂, ... *I'*_{*n*}) competência para supervisionar o exercício desse poder constituinte e garantir o cumprimento desses termos.

Com isso, chega-se ao terceiro momento identificado pelo modelo, que corresponde ao *exercício* do poder constituinte. Este consiste na efetivação da competência jurídica elaborada no período de articulação e institucionalizada no momento de ativação. Ele corresponde à criação efetiva de uma nova ordem constitucional:

A instituição *I* (ou as instituições *I*₁, *I*₂, ... *I*_{*n*}), com fundamento na competência que lhes foi atribuída pela comunidade política, estabelece(m) a seguinte Constituição [...] ²³¹

Essa interpretação enfatiza a ideia de criação constitucional como uma sequência de estágios – um *processo* – e, com isso, abre espaço para refletirmos sobre arranjos institucionais e princípios normativos diferenciados, mais adequados a cada momento desse processo. No primeiro momento, de articulação, a partir de propostas constituintes e da crescente percepção de que a ordem estabelecida se encontra esgotada ou deslegitimada, a possibilidade de uma reconstituição se torna mais plausível e concreta. Aqui, propostas diversas sobre como conduzir o processo e sobre quais contornos dar ao poder constituinte são apresentadas, contrastadas e debatidas. Trata-se de um momento predominantemente informal e não institucionalizado, no qual estamos lidando com um “poder” político, uma capacidade ou um potencial de ação conjunta orientada por um objetivo comum.

Se uma ou algumas propostas obtiverem adesão suficiente a ponto de exercer uma pressão incontornável sobre instâncias capazes de tomar decisões coercitivas, passamos a uma segunda fase – que tende a se localizar em instâncias mais institucionalizadas – de *ativação* do

²³¹ Note-se que a formulação “com fundamento na competência que lhes foi atribuída” pressupõe o ancoramento do poder constituinte em alguma forma de legalidade – um princípio de uma prática de legalidade – e permite identificar um exercício do poder constituinte como “válido” ou “inválido”.

poder constituinte.²³² Nessa fase, encontra-se a decisão positiva que estabelece a forma e os termos de exercício do poder constituinte que passa, então, a existir como um poder jurídico, uma competência para criar normas de estatura constitucional. Isso nos traz ao terceiro momento, de *exercício*, que consiste na criação efetiva de uma nova ordem constitucional. Esse exercício, que confere consequências institucionais e vinculantes a determinada decisão, corresponde ao que foi referido na seção como “emprego” do poder político.

3.3. A Constituição entre passado e futuro

3.3.1. O exercício legítimo do poder constituinte

Argumentei na seção 1.2.2, ao criticar a teoria de Andreas Kalyvas, que os problemas da legitimidade de uma ordem política e da legitimidade do poder constituinte que lhe dá origem devem ser parcialmente dissociados. Apenas em contextos constituintes – que compreendem a articulação de propostas de reconstituição, o exercício de um poder constituinte e o período imediatamente subsequente – é que existe uma sobreposição entre uma e outra. Nesses momentos específicos da vida de uma comunidade política é que o conceito de poder constituinte tem relevância do ponto de vista da teoria normativa. Mesmo nesses contextos, no entanto, o poder constituinte não é, em si mesmo, uma fonte de legitimidade. Esta depende de outros fatores conceitualmente distintos. Em outras palavras, um exercício desse poder precisa ser justificado.

A sobreposição entre legitimidade da ordem política e legitimidade do poder constituinte, de um lado, e a exigência de que este seja justificado, de outro, decorrem da adoção de um critério de legitimidade mais abstrato, que se aplica não apenas a processos de criação constitucional, mas a toda a prática legislativa de uma comunidade política, nomeadamente, que as leis devem ser respaldadas por um poder popular gerado por uma comunicação razoavelmente desimpedida. Em contextos constituintes, esse critério implica que a legitimidade de uma ordem política depende de sua instituição por um poder constituinte exercido legitimamente. Fora desses contextos, ele exige a abertura da ordem política à mudança por meio de procedimentos democráticos, os quais, contudo, não devem ser compreendidos com referência a um poder constituinte.

Esse critério de legitimidade foi formulado de modo bastante abstrato e compreende termos cujo sentido não é autoevidente. A ideia de “poder popular” é uma variedade do poder

²³² A terminologia empregada é de Peter Niesen (2019). O termo “ativação”, porém, é utilizado em sentido mais próximo ao proposto por Markus Patberg (2020a). Para uma conceituação alternativa, cf. Colón-Ríos (2012, p. 175-85).

político analisado nas seções anteriores. Como observado acima, porém, a discussão sobre poder político encontra-se em um plano descritivo, factual. Nesse campo, trata-se de dar sentido a um conjunto de fatos:²³³ em que consiste o poder político e qual sua relação com o poder constituinte? Como identificar um exercício de poder constituinte? Na interpretação proposta aqui, essas questões são respondidas da seguinte maneira: um exercício de poder constituinte corresponde à estabilização do poder político por meio de sua institucionalização na forma de uma lei constitucional, o que é feito pelo exercício de uma competência jurídica. Esse é o argumento das seções 3.1.2 e 3.2.1, ilustrado de maneira mais concreta no modelo da seção 3.2.3.

“Poder popular”, por sua vez, é uma variedade desse poder político. Mas a qualificação “popular” acrescenta a ele um critério normativo, na medida em que exige *inclusão*: o poder político que ativa um poder constituinte não pode se restringir meramente a um pequeno grupo dentro de uma comunidade mais ampla, i.e., a uma elite. Ele deve abranger, tanto quanto possível, todas as pessoas potencialmente atingidas por aquela decisão. A esse primeiro parâmetro normativo acrescenta-se um segundo, que corresponde a um critério procedimental de racionalidade: o poder deve ser gerado por uma comunicação razoavelmente desimpedida. Isso permite fundamentar a validade de normas do ponto de vista de sujeitos autônomos.

O conteúdo mais específico dessa ideia pode ser esclarecido com referência a teorias do poder constituinte formuladas explicitamente com base na teoria do discurso. Para essas teorias, a legitimidade do exercício de um poder constituinte depende de condições que permitam compreendê-lo como uma “prática democrática de cidadãos livres e iguais”, que seria justificável, em um discurso racional, para todas as pessoas que dela participassem (Patberg 2017, 56). Essas condições correspondem a certos pressupostos “idealizantes” – que não são totalmente realizados na prática – ou, em alguns casos, contrafactuais – i.e., claramente não implementados na prática –, adotados pelos participantes para dar sentido à criação constitucional. Esses pressupostos podem ser reconstruídos a partir de alguns elementos presentes, de fato, nesses processos e nas constituições a que dão origem.

Alguns desses elementos seriam, de acordo com Patberg, declarações solenes em preâmbulos constitucionais atribuindo a decisão constituinte ao povo; o emprego de processos eleitorais e mecanismos participativos e de democracia direta em processos constituintes; e o comportamento de cidadãos e cidadãs em democracias constitucionais – respeitando resultados de processos legislativos, mesmo que deles discordem. Isso indica que uma constituição tem

²³³ Com as qualificações expostas na seção 3.1.1 acima sobre a aplicabilidade da ideia de “descrição” ao tipo de fenômeno analisado aqui.

que se apresentar como produto de uma decisão autônoma por parte das pessoas a ela sujeitas e que isso consiste em uma razão para obedecê-la e respeitar os procedimentos por ela instituídos (Patberg, 2017, p. 56–57). Haveria, ainda, uma expectativa, por parte das pessoas em geral, de que ordens políticas devem ser estruturadas com a participação das pessoas a elas sujeitas. Em síntese,

a forma como cidadãs e cidadãos se relacionam com suas constituições é baseada na autocompreensão de que essas são ordens que eles mesmos estabeleceram em processos democráticos [realizados] entre indivíduos livres e iguais e que podem, além disso, ser revisadas dessa mesma maneira. (Patberg, 2017, p. 57)

Tendo estabelecido que a prática de criação constitucional envolve, para os sujeitos que dela participam, expectativas normativas de que se trata de uma prática democrática de pessoas livres e iguais instituindo um sistema de autogoverno, Patberg então coloca a pergunta que organiza sua análise dos componentes de um exercício legítimo do poder constituinte:

Quais *pretensões* devemos conferir uns aos outros se quisermos estabelecer, em um processo de tomada de decisão democrático entre *pessoas* livres e iguais, a ordem jurídica básica de um sistema político que permita a autolegislação por *cidadãos* livres e iguais? (Patberg, 2017, p. 57, 2018b, p. 188)²³⁴

Essa questão se desdobra em duas: uma sobre os direitos que devem ser reciprocamente atribuídos para estruturar uma prática de autolegislação entre cidadãos livres e iguais – essa já colocada por Habermas (1996, p. 122; 2001, p. 772) – e outra sobre os princípios não-jurídicos que devem orientar o processo por meio do qual tais direitos são especificados. A primeira subquestão resulta, tal como em Habermas, em um sistema de direitos, mas, nesse caso, expandido, com uma quinta categoria que corresponde à elaboração autônoma do direito de, a qualquer tempo, participar de revisões da constituição, desde que essas sejam conformes ao sistema de direitos.²³⁵

Com isso, estabelece-se um critério de legitimidade relativo ao conteúdo da constituição a ser estabelecida: ela precisa instituir alguma versão especificada desse sistema de direitos e estruturas institucionais a ele associadas. O conteúdo específico desses direitos – que nas propostas de Habermas e Patberg são “insaturados” – só pode ser determinado por uma decisão concreta em processos constituintes reais. Não é algo dado de antemão – se fosse, seria contraditório, na medida em que fracassaria em garantir a autonomia das pessoas envolvidas nesses processos. Note-se, em especial, que a categoria introduzida por Patberg é especialmente

²³⁴ Patberg emprega itálico para distinguir sua pergunta daquela formulada por Habermas para reconstruir a prática de autolegislação no âmbito de um regime constituído. A ideia de fundo é que não seria possível falar em “direitos” ou “cidadãos”, como categorias jurídicas, em um momento constituinte, daí o uso dos termos “pretensão” (*Anspruch*; no texto em inglês: *entitlement*) e “pessoa”. Note-se que o termo “cidadãos” aparece como parte do resultado do processo constituinte, que consiste em instituir uma prática que lhes possibilite tomar decisões coletivas sob condições de liberdade e igualdade.

²³⁵ Sobre o sistema de direitos, cf. nota 262 abaixo.

importante nesse contexto, porque explicita que a constituição deve estar permanentemente aberta à revisão por meio de procedimentos especiais que não se confundem com a prática legislativa ordinária. Nenhuma decisão é imune à revisão por meio de procedimentos democráticos; e as decisões tomadas em um processo constituinte não têm, em princípio, um peso especial em face de possíveis decisões posteriores.²³⁶

A outra subquestão refere-se a parâmetros procedimentais de legitimidade, que correspondem às condições sob as quais uma constituição – como especificação do sistema de direitos e das instituições a ele associadas – pode ser legitimamente estabelecida por pessoas livres e iguais. Patberg considera que, aqui, é preciso identificar princípios não-jurídicos, na medida em que direitos (jurídicos) estariam disponíveis apenas após a institucionalização de uma ordem constitucional. Assim, diferentemente do que ocorre na formulação do sistema de direitos, a qual consiste na aplicação do princípio do discurso²³⁷ à forma do direito, nesse caso, teríamos a aplicação do princípio do discurso à situação “pré-jurídica” representada pela criação constitucional (Patberg, 2017, p. 58).

Segundo ele, isso levaria a quatro princípios que teriam de ser respeitados pelas pessoas que participam de um processo constituinte para que este possa ser compreendido, por elas, como uma prática justificável: não-violência (i), inclusão (ii), igualdade (iii) e discursividade (iv). Eles expressam a ideia de que a criação constitucional representa uma prática de pessoas livres e iguais que buscam, por meios argumentativos, instituir um sistema de autolegislação. Por isso, eles exigem que as decisões sejam fundadas em argumentos (i e iv), não em imposição das próprias opiniões por meio de ameaças e uso da força, ou em barganhas. Além disso, para que seu resultado possa ser considerado como a elaboração autônoma de um sistema de direitos, é necessário que todas as pessoas que estarão sujeitas à futura ordem política²³⁸ possam participar do processo que leva à sua criação (ii), em condições de igualdade formal em face das demais (iii). Um processo conformado por esses princípios e que resultasse em uma interpretação plausível do sistema de direitos consistiria, então, em um exercício legítimo do poder constituinte.

²³⁶ Esse tema é retomado na seção 3.4.2.

²³⁷ O princípio do discurso consiste em que “são válidas apenas aquelas normas com que todas as pessoas possivelmente afetadas poderiam concordar como participantes de discursos racionais” (Habermas, 1996, p. 107).

²³⁸ Patberg (2017, p. 59) entende que a exigência de inclusão assumiria a forma do princípio segundo o qual todas as pessoas (futuramente) *sujeitas* a uma ordem política teriam o direito de participar de sua estruturação. Essa ideia se distingue da interpretação, sugerida em alguns pontos deste trabalho, de que todas as pessoas *potencialmente afetadas* por tal ordem teriam esse direito. Definir qual é a melhor forma do princípio de inclusão analisado no texto é um problema importante da teoria do poder constituinte no presente, mas exigiria uma análise muito mais extensa do que é possível realizar aqui. Para fins deste trabalho, não parece ser necessário escolher entre as duas opções mencionadas – a interpretação de poder constituinte aqui proposta é, em princípio, compatível com ambas.

Embora a argumentação de Patberg seja plausível e os princípios por ele identificados e sistematizados, bem como a introdução de uma quinta categoria de direitos que teriam de ser especificados e positivados em uma constituição, sejam compatíveis com as premissas teóricas deste trabalho e com a interpretação do poder constituinte aqui desenvolvida, é necessário fazer algumas qualificações a essa perspectiva. Em primeiro lugar, como argumentei na seção 3.2.2, processos constituintes não ocorrem, necessariamente, em um “vácuo” jurídico.²³⁹ Patberg parece entender que a criação constitucional originária deveria ocorrer em um contexto desse tipo, na medida que a existência de parâmetros “jurídicos” anteriores parece ser entendida por ele como uma restrição à autonomia das pessoas que participam de um processo constituinte.²⁴⁰

Considerando que o poder constituinte é exercido por meio de mecanismos institucionais,²⁴¹ é ao menos plausível supor que os princípios “não-jurídicos” de Patberg teriam de ser operacionalizados como direitos. Ele mesmo coloca-se na posição ambígua de afirmar que uma constituição provisória pode ser um instrumento importante em processos constituintes, mas que esta estabeleceria um conjunto de parâmetros apenas “pretensamente” ou “como se” jurídicos para orientar tal processo. Ela funciona como equivalente funcional de “regimentos internos, leis e disposições constitucionais”, que no âmbito de um regime constituído, concretizam as exigências de uma política deliberativa. Constituições provisórias serviriam para dar conteúdo à ideia de que “o exercício do poder constituinte poderia ser procedimentalmente organizado sem ser institucionalizado por normas jurídicas vinculantes” (Patberg, 2018b, p. 207–208).

Não é claro o que Patberg quer dizer com isso. É possível que ele queira simplesmente negar que regras estabelecidas em uma constituição provisória possam ser aplicadas por um tribunal – por exemplo, para declarar inválidas decisões de uma assembleia constituinte. Dado o contexto em que essa afirmação aparece, também é possível que ele queira argumentar que processos constituintes só podem ser legítimos se houver uma ruptura jurídica total, i.e., que, no processo de institucionalizar uma nova ordem, não é legítimo recorrer às formas do regime que se quer superar. Em ambos os casos, Patberg estaria se contrapondo a posições defendidas por Andrew Arato. Há, ainda, uma terceira possibilidade, nomeadamente, a de que essa

²³⁹ A identificação de certos princípios constitutivos dessa prática por Patberg já indica que não se trata de um vácuo normativo, i.e., explicita que há certos parâmetros (ainda que não necessariamente jurídicos) que a orientam. Note-se, ademais, que isso não contradiz o argumento de que o poder constituinte se apresenta como uma forma jurídica – esse elemento corresponde à ideia, compartilhada por Patberg, de que seu exercício deve dar origem a um sistema de direitos estruturado por uma constituição jurídica.

²⁴⁰ Cf. Patberg (2018, p. 207-9), criticando o argumento de Arato de que constituições provisórias estabelecidas por instituições não autorizadas democraticamente poderiam regular processos constituintes legítimos.

²⁴¹ Cf. seção 3.2.3.

afirmação decorra do pressuposto teórico de que só se poderia falar em normas propriamente jurídicas após o exercício de um poder constituinte. Assim, para evitar conceber uma constituição provisória como resultado de um tal exercício, seria necessário entendê-la como uma espécie de normatividade não jurídica ou apenas defeituosamente jurídica.²⁴²

Essas três interpretações não excluem umas às outras – é possível que todas essas premissas fundamentem o argumento de Patberg. A dissonância entre suas propostas e aquelas defendidas por Andrew Arato se deve, em parte, ao fato de Patberg adotar uma posição estritamente normativa, enquanto Arato (2016, p. 69-74) – partindo de um referencial teórico similar, também influenciado pelo trabalho de Jürgen Habermas – busca “traduzir sociologicamente” seus princípios de legitimação. Ele o faz com base nas considerações interrelacionadas de que: 1) um modelo puramente normativo envolve um excesso de idealização que é incompatível com a prática de processos constituintes;²⁴³ 2) esses processos precisam ser capazes de gerar adesão às normas por ele produzidas – o que envolve elementos de *motivação*, além de princípios de justificação; e 3) o ancoramento de uma decisão constituinte em instituições pré-existentes tende a conferir estabilidade à nova constituição.

Além disso, Arato está preocupado com as consequências práticas de certas formas de conceber o poder constituinte e processos de criação constitucional. A ideia de recorrer a uma normatividade anterior e a uma constituição provisória para estruturar a nova ordem, por exemplo, responde não apenas ao problema da estabilização mencionado acima, mas a uma tentativa de institucionalizar o que ele chama de “dupla diferenciação” e, com isso, evitar a “soberania” de um órgão que pretensamente seria a corporificação do povo. A ideia de dupla diferenciação corresponde a separar o poder constituinte dos poderes constituídos em ambos os polos: nem o órgão ou órgãos encarregados de exercer um poder constituinte podem intervir sobre ou exercer outras atividades estatais, nem os poderes constituídos, cujas funções são

²⁴² A ambiguidade do argumento de Patberg sobre a qualidade jurídica de constituições provisórias fica especialmente visível na seguinte passagem: “No modelo deliberativo de política constitucional democrática, constituições provisórias devem servir ao objetivo de estabelecer assembleias constituintes provisórias e regular seu funcionamento. A contribuição específica das constituições provisórias poderia ser, em primeiro lugar, colocar à disposição um fundamento como que jurídico (*quasi-rechtlich*) para a realização de eleições livres e, com isso, para a autorização de um portador do poder constituinte. Dessa maneira, o *pouvoir constituant* poderia transformar-se em um ator real que se encontra na posição de, sob as condições de legitimidade democrática, gerar uma nova constituição. (...) Além disso, constituições interinas podem ser empregadas como substitutas de regimentos internos, leis e disposições constitucionais que, dentro de ordens constituídas, criam os pressupostos da política deliberativa. Assim, os processos decisórios de assembleias constituintes provisórias poderiam ser estruturados de maneira a estarem, analogamente a parlamentos regulares, na posição de assumir as funções de filtragem e transmissão dos sistemas de eclusas [em um modelo de política deliberativa].” (Patberg, 2018b, p. 208).

²⁴³ Cf., e.g., Elster (1995).

especificamente delimitadas pelo direito já vigente, podem clamar para si um poder constituinte.

Os princípios listados por Arato como fundamento de legitimidade de exercícios do poder constituinte, quando formulados em abstrato, não diferem radicalmente dos de Patberg. Eles correspondem a: pluralidade, inclusão, consenso, publicidade, legalidade e generosidade. Os dois primeiros podem ser lidos como próximos ao que Patberg denomina simplesmente “inclusão” e o terceiro e o quarto, como afins à “discursividade”. Os dois últimos princípios, por sua vez, representam um acréscimo. A legalidade não tem correspondente no quadro de Patberg pelas razões já analisadas acima, que decorrem de sua crítica ao recurso a formas constituídas para estruturar uma nova constituição. A generosidade, por sua vez, responde a um problema bastante concreto, que surge em contextos de transição de regime: como lidar com os agentes do sistema que está sendo superado e que, muitas vezes, foram responsáveis por múltiplas atrocidades e tiveram acesso a privilégios odiosos?²⁴⁴ A questão não surge para Patberg justamente porque ele reconstrói a criação constitucional em uma espécie de vácuo, sem contexto e sem história. Isso o leva, como observado acima, a uma concepção puramente normativa.

A empreitada de Arato, por sua vez, envolve identificar como princípios normativos orientaram e podem orientar a prática constituinte em diferentes contextos e quais instituições foram e podem ser empregadas para otimizá-los. Com isso, sua lista de princípios assume um sentido um pouco mais concreto e orientado pelas possibilidades factuais:

O modelo procedimental [desenvolvido por Jürgen Habermas, com apoio na ética comunicativa de Hannah Arendt] pode ser desenvolvido como desideratos sociológica e politicamente plausíveis. Em vez de mero pluralismo, pode-se insistir no *pluralismo inclusivo de participação*. Em vez de uma discussão social pública idealizada de todos os concernidos, pode-se exigir *abertura e participação por públicos parciais*. Em vez de consenso absoluto, pode-se atingir um *consenso relativo e compromisso justo*. Em vez de continuidade jurídica completa, em revoluções, pode-se tentar *restabelecer o império do direito o mais cedo possível*. Em vez de pressupor a igualdade moral dos antigos opressores e suas vítimas, pode-se *garantir àqueles o direito a participar por meio de atos de generosidade*. A factibilidade de todos esses princípios normativos realisticamente ponderados é demonstrada pelos processos de criação constitucional guiados por mesas redondas no fim dos anos 1980 e nos anos 1990. (Arato, 2016, p. 70, sem destaques no original)

Combinada a esses princípios, que Arato considera resultarem em uma imagem de política que dá ênfase excessiva ao consenso em detrimento do conflito, ele apresenta uma concepção de soberania popular contestada e dinâmica, em que pretensões de “representar” o povo e decidir em seu nome não são definitivas e permanecem abertas a questionamentos

²⁴⁴ Cf. a seção 3.3.2 abaixo.

subsequentes.²⁴⁵ Grupos que se apresentam com essa pretensão substituem uns aos outros na medida em que são capazes de apresentar argumentos mais convincentes e efetivos para justificá-la. Essa imagem é incorporada ao próprio desenho institucional do processo constituinte e da política constitucional em um sentido mais amplo – incluindo mudanças posteriores à constituição –, na forma de um modelo de múltiplos estágios, em que diferentes grupos, nenhum deles “soberano”, atuam para instituir (ou alterar) uma constituição.

Esse modelo estruturado em múltiplos estágios seria, ainda, uma maneira de responder aos déficits de autoridade e legitimidade que surgem quando se propõe criar uma nova ordem. Na visão de Arato (2016, p. 66-7), o problema da autoridade está ligado à autorização e o da legitimidade, à justificação. No contexto de uma ordem constituída, novas leis e decisões são autorizadas por uma estrutura pré-existente que determina as condições para que elas sejam tidas como válidas e os mecanismos para questionar aquelas que não atendam a tais critérios. Paralelamente, tais leis e decisões são tidas como justificadas com referência a essa estrutura subjacente – por exemplo, porque ela é estruturada como um conjunto de procedimentos democráticos ou por institucionalizar princípios normativos tidos como corretos ou bons.

Em um contexto constituinte, essa estrutura subjacente não está disponível – ao menos não da mesma maneira: ou ela simplesmente inexistente, por exemplo, por ter sido destruída por uma revolução violenta; ou não se pode recorrer a ela sem o risco de minar toda a empreitada constituinte, na medida em que esta consiste exatamente em um questionamento a essa ordem e na busca por sua superação. Assim, o início de um processo constituinte seria sempre instável, de um lado, por não ser autorizado e, de outro, por fundamentar-se em princípios de legitimidade ainda não (totalmente) institucionalizados ou normalizados no âmbito de dada comunidade.

O primeiro passo para a institucionalização de um poder constituinte, então, precisa ser dado por um grupo de pessoas que não têm competência para tanto. É o caso, por exemplo, de um parlamento que convoca uma convenção constitucional sem respaldo na constituição vigente. Retomando as categorias elaboradas na seção 3.2.3 acima, pode-se dizer que esse é o momento de ativação do poder constituinte, que, como observado naquele ponto, depende de um juízo político sobre a opinião prevalente na comunidade. É nesse sentido que se pode dizer, na linguagem de Arato, que esse ato inicial se pretende fundado na soberania popular.²⁴⁶

²⁴⁵ Sua principal referência, aqui, é Claude Lefort.

²⁴⁶ E essa me parece a chave para entender por que a perspectiva de Patberg, nesse ponto, é inferior à de Arato. Não basta a auto-organização popular: é necessário que alguém com capacidade para tomar decisões vinculantes assuma a causa e dê início formal a um processo constituinte. Em geral, essa decisão não será autorizada (mas cf.

Isso, porém, não pode obscurecer os déficits que lhe são inerentes. E, como nesse momento inicial não pode haver autorização – já que isso apenas deslocaria o problema para um nível anterior e acabaria culminando em um regresso infinito –, é necessário recorrer aos princípios de legitimidade mencionados, já que estes não dependem de algo que lhes é anterior, mas de sua própria aptidão para serem discursivamente justificados (Arato, 2016, p. 67). Nesse primeiro momento, são especialmente importantes os princípios do pluralismo e da generosidade – garantir que, tanto quanto possível, todos os grupos relevantes na comunidade, incluindo integrantes do antigo regime, estejam representados na tomada de decisão que conduz à ativação do poder constituinte²⁴⁷ –, a busca por um consenso razoável e compromissos justos e pelo restabelecimento do império da lei quando este tiver sido rompido ou for inexistente.

Na medida em que a observância desses princípios não é apta a compensar o fato de que o grupo que toma essa decisão coloca a si mesmo na posição de tomá-la, i.e., não é autorizado – não passa por um processo eleitoral estabelecido especificamente para escolher quem pode tomar essa decisão –, ele permanece em uma posição instável. Isso tem implicações para o tipo e escopo das decisões que podem ser tomadas nesse momento: não se pode, por exemplo, instituir imediatamente uma nova constituição (definitiva) nem restringir ou condicionar excessivamente o processo constituinte que se inicia.²⁴⁸ Fazê-lo colocaria em risco toda a empreitada de estabelecer, legitimamente, uma nova constituição.

É de se reconhecer, neste ponto, que a preocupação de Patberg de que um tal modelo comprometeria o elemento central desse tipo de empreitada – a autonomia²⁴⁹ – tem certa plausibilidade. Afinal, nesse estágio inicial, pessoas não eleitas (para esse fim) tomam decisões – procedimentais e substantivas – que determinam o andamento posterior do processo, esse sim, conduzido por grupos eleitos (por exemplo, uma convenção constitucional). Não está claro, porém, qual seria a alternativa. Como observado acima, o primeiro passo é sempre dado por pessoas ou instituições *não autorizadas*.²⁵⁰ Esse problema parece incontornável. De outro

nota 250 abaixo), mas isso não impede que seja, em alguma medida, legítima – se respaldada, de fato, por um poder popular e se orientada pelos princípios analisados ao longo desta seção.

²⁴⁷ O grau de inclusão, especialmente, no que diz respeito aos derrotados é algo que, em uma análise teórica, pode ficar em aberto. A concretização da autonomia das pessoas que se engajam em um processo constituinte envolve a tematização desse problema e a busca por uma resposta adequada, que, além disso, depende das circunstâncias concretas de dada comunidade.

²⁴⁸ “[...] mesmo juntos, os participantes de uma mesa redonda não são soberanos, porque não podem estabelecer, eles mesmos, uma constituição. Quanto mais legitimidade tiverem, mais longe podem ir na consolidação de seus resultados, como os 34 princípios [que guiaram o processo constituinte] da África do Sul mostram. Se forem longe demais, convidam ao repúdio de todo o processo como ilegítimo.” (Arato, 2016, p. 65).

²⁴⁹ Que, para ele, é realizada em um modelo de política deliberativa em que as instituições estatais são permeáveis ao poder comunicativo gerado na esfera pública. Cf. Patberg (2018, p. 199-216).

²⁵⁰ A menos que a constituição institucionalize um processo para sua própria substituição, como no caso da Bolívia e do Equador. Nesse caso, mobilizações populares podem ativar o poder constituinte segundo regras previamente

lado, seria possível argumentar que – justamente por essa razão –, nesse momento inicial, não deveriam ser tomadas decisões que constrangessem o andamento posterior do processo, i.e., tudo deveria ser deixado para as instâncias seguintes.

Arato resiste a essa alternativa por entender que ela deixa o caminho livre para que esse momento posterior – que, em geral, corresponde a alguma forma de assembleia com poderes constituintes – seja interpretado à luz do paradigma soberano de criação constitucional, i.e., que tal assembleia seja concebida (ou conceba a si mesma) como um poder supremo, ilimitado e que não precisa se restringir à tarefa de instituir uma constituição. A dissonância entre as posições de Arato e de Patberg se explica mais uma vez pela postura estritamente normativa deste em contraposição a uma perspectiva mais centrada em processos constituintes reais daquele. A única “garantia” contra a pretensão de uma assembleia a manejar poderes ilimitados e mesmo arbitrários oferecida por Patberg são as consequências normativas desse movimento: “[q]uando os participantes desconsideram essas regras [o sistema de direitos e os princípios não jurídicos analisados anteriormente], o ato de criação constitucional degenera em outro tipo de prática que não é discursivamente justificada.” (Patberg, 2017, p. 60). Ou seja, o processo deixa de ser legítimo.

O problema desse tipo de tese é que, ao colocar a legitimidade em um plano ideal, ele desconsidera a facticidade da criação constitucional – o que corresponde, na terminologia empregada acima, à relevância de fatores como poder e eficácia nesses contextos. Embora a argumentação estruturada por princípios discursivamente justificados tenha de estar presente para que a política possa ser interpretada como uma forma legítima de criação de normas, ela não se resume a isso. Processos constituintes, em especial, envolvem uma ampla gama de grupos buscando institucionalizar seus interesses particulares e obter vantagens sobre os demais. Assim, é necessário estruturá-los de modo a maximizar aquele primeiro modo de interação – para garantir sua legitimidade em um sentido mais fortemente normativo – e evitar que o segundo modo (negociação/ barganha) torne-se a totalidade do processo.²⁵¹ Além disso, o processo deve ser estruturado de modo a permitir que a barganha ocorra de maneira justa, i.e., garantindo que todos os grupos relevantes possam articular e defender seus interesses e tenham

estabelecidas (iniciativa popular respaldada por uma parcela do eleitorado: 20% na Bolívia, 12% no Equador). Note-se que, em ambos os casos, existem vias alternativas para a convocação de uma assembleia constituinte por instituições constituídas. Cf. art. 411 da Constituição Política do Estado da Bolívia e art. 444 da Constituição da República do Equador. Patberg (2018, p. 161-2, 210-1) endossa um modelo similar – que envolveria, contudo, uma assembleia constituinte permanente, responsável por todas as mudanças constitucionais –, mas na ausência de normas jurídicas que instituíam mecanismos desse tipo, voltamos à situação descrita no texto e que fundamenta o modelo da seção 3.3.2.

²⁵¹ Cf. Elster (1995).

chances de vê-los efetivados.²⁵² Assim, a perspectiva de Arato – que combina explicitamente elementos normativos e factuais – parece mais apta a justificar o exercício de um poder constituinte.

3.3.2. *Consenso, desacordo e justificação*

Se a ativação de um poder constituinte é concebida, tal como argumentei anteriormente, como o resultado de um processo argumentativo que culmina na decisão de reconstituir a ordem política, pode-se dizer que essa decisão corresponde a uma espécie de acordo, uma orientação comum sobre como agir. Isso não significa dizer que esse processo leva ao término ou à supressão do desacordo ou a algo como um consenso “universal” (ao menos dentro do grupo relevante) sobre o curso de ação a ser seguido. Em outras palavras, por mais “consensual” que possa ser a decisão de conduzir um processo constituinte, sempre haverá divergência; sempre pode haver setores da sociedade que não endossam essa decisão.

Em geral, essas pessoas serão aquelas que defendiam ou defendem o regime cuja superação se discute – em certo sentido, as pessoas “derrotadas” naquele momento histórico específico. Como lidar com essa divergência? O fato de que uma maioria endossa a reconstituição da ordem política é uma boa razão para impô-la a esses grupos que a repudiam? No fim, o que vale é a “vontade da maioria”?

Essa questão tem, ao menos, duas dimensões. A primeira delas, e mais importante para fins deste trabalho, é justamente a dimensão normativa, da justificação dessa nova ordem perante as pessoas que dela divergem. Uma segunda dimensão é mais pragmática e diz respeito à relevância de incluir essa divergência no acordo que sustenta a nova ordem política, por exemplo, a fim de evitar ou mitigar ressentimentos que podem explodir no futuro, desestabilizando essa nova ordem.

A dimensão normativa traz à tona o problema da autoridade ou validade *objetiva* de normas ou decisões. Não se trata, portanto, simplesmente de seguir uma norma ou aceitar uma decisão, porque se está de acordo com ela. A questão é: por que certas normas ou decisões devem ser obedecidas, mesmo que se discorde de seu conteúdo? Por que é justificado impor aos derrotados uma nova ordem e não adotar a solução por eles proposta? Casos mais extremos de transição de regime ajudam a visualizar o que está em jogo aqui.

Suponhamos um país que busca instituir um estado democrático de direito após algumas décadas de uma ditadura comandada por militares, que, a despeito de ter instituído sua própria

²⁵² Cf. Habermas (1996, p. 165 e ss.).

constituição, valeu-se abertamente de medidas extralegais, como prisões de opositores independente de decisões judiciais que as autorizassem, perseguição, tortura e assassinato de dissidentes. De outro lado, encontra-se uma proposta de ordem constitucional que coloca a dignidade e os direitos fundamentais em primeiro plano e propõe sua concretização por meio de instituições democráticas. A questão a ser respondida, então, é: qual a possibilidade de uma defesa do antigo regime ganhar a adesão de sujeitos autônomos e racionais em um processo público de troca de opiniões conformado por regras que garantam amplo acesso à informação, direito à participação e peso igual às opiniões das pessoas envolvidas? Formulado de maneira mais simples: pode a defesa do antigo regime sobreviver à contestação pública?

Os argumentos em favor dessa posição tendem a girar em torno de uma ideia de ordem – o regime é legítimo, na medida em que consegue manter uma situação estável em que ao menos a segurança física das pessoas está garantida, afinal, *alguma* ordem é melhor que nenhuma ordem – e, eventualmente, da indicação de benefícios que o regime propiciou a certas pessoas ou grupos. Esse segundo grupo de argumentos, evidentemente, não pode clamar validade objetiva, já que se refere a privilégios – que, por definição, não são generalizáveis. O primeiro argumento, por sua vez, tem de ser contrastado com a pretensão de legitimidade de ordens alternativas: a questão não é ordem *versus* desordem, mas diferentes concepções de ordem. Mais justificada é aquela ancorada em argumentos mais sólidos. O problema aqui, portanto, reconduz à análise da seção anterior.

Para além disso, o problema compreende, também, uma dimensão pragmática, que, na verdade, não é totalmente independente da dimensão normativa. O adequado processamento do passado, que pode envolver o esclarecimento de crimes perpetrados por agentes do regime, punição, compensação, perdão etc. pode ter implicações para a fundamentação normativa da nova ordem. Processar adequadamente o passado pode ser necessário para que a reconstituição da ordem política represente, efetivamente, um novo começo. De outro lado, porém, concessões a agentes do antigo regime e às suas estruturas institucionais, em geral, assumem a forma de compromissos, que podem implicar limitações à realização dos princípios normativos associados à criação constitucional legítima.

Demandas e decisões pragmáticas desse tipo exigem um tipo de justificação distinta daquela ligada aos princípios normativos mencionados. Ela é contextual e exige a consideração de situações concretas que, possivelmente, não podem ser subsumidas sob normas gerais. Isso não preclui, porém, o recurso a processos públicos de argumentação que tenham por objeto as condições e limites das concessões a serem feitas a um regime ilegítimo e a seus agentes. Idealmente, esse processo incluiria o esclarecimento e difusão de informações sobre as práticas

do antigo regime, a fim de que a posição de seus apoiadores fique clara e suas pretensões possam ser contextualizadas.

Esse é um tema que merece exame mais detalhado, mas que não poderá ser mais desenvolvido aqui exatamente em razão de sua complexidade. A consideração desses problemas pode, contudo, partir da interpretação de poder constituinte apresentada neste trabalho, como uma maneira de desenvolvê-la, aprimorá-la ou qualificá-la. Ou seja, trata-se de um problema a ser analisado com mais detalhe no futuro.²⁵³

3.4. Implicações jurídicas

Até este ponto, o conceito de poder constituinte foi analisado como parte de uma teoria da legitimidade, buscando definir até que ponto ele pode desempenhar um papel relevante nesse tipo de teoria. Argumentou-se que, compreendido como fonte de legitimidade de uma ordem político-jurídica, o conceito enfrenta dificuldades importantes e leva a uma imagem inadequada do direito e de suas relações com a política no âmbito de um estado constitucional. Por outro lado, se concebido como “técnica” jurídica para dar vazão institucional a um tipo específico de demanda política, o conceito ainda pode desempenhar um papel teórico importante, inclusive no que diz respeito ao problema da legitimidade, na medida em que ele ajuda a trazer à tona e esclarecer as demandas de legitimação envolvidas no processo de estabelecimento de um regime constitucional.

Esse conceito, no entanto, tem também uma outra face. Ele não figura apenas em argumentos normativos sobre a política, mas também em raciocínios conformados por ordens jurídicas positivas. Em outras palavras, “poder constituinte” é, também, um conceito da dogmática jurídica. Ele pode funcionar como parte de argumentos que buscam estabelecer o que é permitido, proibido ou obrigatório no contexto de ordens jurídicas concretas. Na medida em que a argumentação jurídica – embora estruturada e limitada por parâmetros próprios, correspondentes às normas que integram uma ordem jurídica específica – é permeável à argumentação política e moral, diferentes maneiras de conceber o poder constituinte em um nível mais abstrato podem ter diferentes implicações para sua aplicação em argumentos jurídicos.

Esta seção dedica-se a explicitar algumas possíveis consequências da interpretação de poder constituinte elaborada acima para seu emprego em argumentos propriamente jurídicos.

²⁵³ Inclusive de uma perspectiva normativa: pode haver uma fundamentação de princípio para a inclusão das autoridades e defensores do regime anterior e para o adequado processamento do passado, i.e., estes podem ser elementos relevantes também para a legitimação da nova ordem.

Trata-se apenas de uma análise inicial, que comporta muitos desenvolvimentos e especificações, mas a brevidade justifica-se por não ser esse o foco deste trabalho. De outro lado, na medida em que o conceito de poder constituinte é mobilizado em raciocínios jurídicos principalmente em questões sensíveis e politicamente salientes – por exemplo, o controle judicial de emendas constitucionais – é importante articular ao menos algumas ideias sobre o tema.

A exposição é dividida em duas partes: criação constitucional e reforma constitucional. Esses parecem ser os contextos em que o conceito de poder constituinte tem maior relevância – ou, ao menos, aqueles em que ele figura mais ostensivamente. Quanto à primeira, é de se notar que a possibilidade de construções dogmáticas no campo da criação constitucional é significativamente ampliada pela conceituação do poder constituinte como um poder jurídico. Quanto à segunda, argumentos sobre a limitação do poder de reforma constitucional dependem, sempre, de alguma concepção de poder constituinte (ou uma argumentação análoga à distinção entre este e “poderes constituídos”), ainda que ela não seja explicitamente formulada.

3.4.1. Criação constitucional

Os três aspectos da interpretação proposta acima que parecem ter consequências mais salientes do ponto de vista jurídico são a conceituação do poder constituinte como um poder jurídico; e o vínculo entre este poder e o que foi chamado acima de “poder político”, elaborado como um processo de “ativação”; e a possibilidade de estabelecer as condições ou termos para que o exercício de um poder constituinte seja “válido”.

Quanto ao primeiro ponto, conceber o poder constituinte como um poder normativo e especificamente jurídico permite submetê-lo a uma análise que busque elucidar seus componentes, tanto na fase de articulação quanto no momento de seu exercício – primeiro para dar-lhe forma e, em seguida, para identificar o que conta como um exercício válido desse poder. Segundo Neil MacCormick, essa análise compreende os seguintes aspectos:

(a) Qual pessoa ou pessoas, tendo **(b)** qual capacidade ativa ou qual competência fundada em algum cargo ou nomeação, **(c)** em quais circunstâncias, **(d)** na ausência de quais circunstâncias ou fatores que implicam vícios, **(e)** por quais procedimentos ou formalidades especiais e **(f)** por qual ato, **(g)** em relação a quais outras pessoas, **(h)** tendo qual capacidade geral, **(i)** podem validamente realizar uma certa mudança jurídica? (MacCormick, 2007, p. 156).²⁵⁴

²⁵⁴ No original: “(a) What person or persons, having (b) *either* what active capacity *or* what competence based on some position or appointment, (c) in what required circumstances, (d) in the absence of what vitiating circumstances or factors, (e) by what if any special procedures or formalities, and (f) by what act (g) in respect of what if any other persons (h) having what general capacity (i) can validly bring about a certain legal change?”

Em síntese, esses elementos correspondem à qualificação da pessoa ou pessoas autorizada(s) a exercer o poder em questão, o contexto e condições em que isso pode ser feito, as formalidades a serem seguidas e a eventual intervenção de terceiros. Esses elementos são delimitados pelo acordo que fundamenta o poder constituinte, naquilo que chamei, acima, de “ativação” desse poder.²⁵⁵ Como argumentei naquele ponto, o conteúdo específico do poder constituinte é contingente, na medida em que depende de processos comunicativos prévios que culminam em sua ativação. Portanto, o conteúdo desses requisitos não pode ser fixado em abstrato, mas apenas com referência a um processo constituinte concreto. Por outro lado, a explicitação desses componentes pode ser útil para guiar a discussão em torno de propostas constituinte e permite formular uma teoria normativa mais densa a respeito das condições para o exercício de um poder constituinte legítimo.²⁵⁶

Quanto ao segundo ponto, conceber o ato que convoca institucionalmente um processo constituinte como a “ativação” de um poder constituinte – i.e., como a institucionalização do resultado do processo comunicativo que culmina na decisão de recorrer a um poder constituinte – tem como consequência que tal ato é vinculante para o(s) órgão(s) encarregado(s) de exercer este poder. Em outras palavras, o poder constituinte é uma forma, cujo conteúdo é delimitado no processo de articulação e fixado em sua ativação.²⁵⁷ A decomposição de um poder normativo nos elementos mencionados acima, com referência ao trabalho de Neil MacCormick, permite conceituar de maneira mais precisa essa ideia. O que, até aqui, foi referido genericamente como “termos de exercício do poder constituinte” poderia ser analisado, ao menos, com referência aos itens *c*, *d*, *e* e *f* da lista apresentada acima. A definição clara dos requisitos impostos em cada um desses níveis permite julgar de maneira mais precisa o que é um exercício válido do poder constituinte e condenar aqueles que não o forem. Como observado acima, o conteúdo específico de cada um deles depende de decisões concretas. Mas estas podem ser formuladas tendo esse quadro teórico em mente, de modo a tornar a regulação do processo constituinte mais precisa e consistente.

Quanto ao terceiro ponto, a interpretação desenvolvida acima, ao abrir espaço para a delimitação vinculante dos termos de exercício do poder constituinte traz à tona a possibilidade

²⁵⁵ Ver seção 3.2.3 acima.

²⁵⁶ Ver seção 3.3.2 acima.

²⁵⁷ Isso sugere que é importante atentar para demandas e déficits de legitimação presentes nesse momento inicial. De modo geral, pode-se dizer que o ato convocatório deve ser expedido por um grupo tão representativo quanto possível das pessoas que a nova constituição pretende regular e que sua decisão seja precedida por processos amplos de contestação pública. É de se notar, neste ponto, que o *Acordo pela Paz Social e pela Nova Constituição*, que formalizou as demandas constituintes no Chile em 2019 foi denunciado por alguns movimentos sociais exatamente por ter sido firmado entre elites políticas sem uma deliberação prévia que incluísse tais movimentos. Cf. Tinta Limón Ediciones (2021, p. 88-9, 95-6).

de convocar uma “mini constituinte exclusiva” com a finalidade de reformular apenas uma parte específica de uma constituição. Esse é um tema com certa relevância no contexto brasileiro, já que propostas desse tipo já foram suscitadas em diversos momentos desde 1988. Em formulações mais tradicionais, essa possibilidade parece totalmente descabida, na medida em que se postula uma divisão rígida entre poderes constituídos e poder constituinte, de modo que um movimento desse tipo teria de ser conceituado como a convocação de um poder constituinte (porque extraconstitucional, no sentido de não ser previsto pela constituição). Como nessas formulações o poder constituinte é considerado “ilimitado” e “incondicionado”, uma vez convocada uma assembleia com poderes constituintes, sua atuação não poderia ser restringida por atores externos: ela mesma poderia decidir sobre suas atribuições.

O argumento desenvolvido aqui, por outro lado, não permite descartar essa hipótese imediatamente, na medida em que admite o condicionamento do poder constituinte, o qual, por conseguinte, não é uma força incontrolável e, de maneira associada, não é dotado de uma legitimidade “absoluta” ou superior à de poderes constituídos.²⁵⁸ Apesar disso, a possibilidade de uma “mini constituinte” parece reintroduzir exatamente um dos problemas para os quais essa interpretação do poder constituinte pretende apresentar-se como resposta: a possibilidade de justificar rupturas extraconstitucionais.

Uma solução para esse problema exige reconhecer que institucionalizar uma ordem constitucional implica um compromisso de ater-se àquela constituição; propor reformas fora das regras estabelecidas significa colocar em xeque a própria ordem constituída como um todo. A seletividade quanto a quais regras seriam ou não vinculantes denuncia a tentativa de se valer de um subterfúgio para tentar legitimar medidas ilegais. Esse tipo de situação envolve uma escolha de natureza tudo-ou-nada: ou se segue a constituição vigente e se a reforma de acordo com os procedimentos por ela previstos; ou se a rechaça e, com isso, abrem-se as portas para a rediscussão de sua totalidade. Todos os compromissos originalmente assumidos passam a poder ser revistos. Uma eventual renovação desses compromissos deve ser feita na etapa de exercício do poder constituinte, como a reafirmação de uma situação aceitável para todas as partes relevantes. Não se pode supor que *partes* da constituição anterior ainda vinculam se um de seus compromissos foi ilegalmente repudiado.

²⁵⁸ Ao menos não por sua própria “natureza”. Sobre a ideia de que o poder constituinte teria uma “natureza” a ser identificada por uma análise filosófica, cf. a seção 3.1.1.

3.4.2. Reforma constitucional

No campo da reforma constitucional e, especialmente, de seus limites, a principal consequência da interpretação proposta neste trabalho associa-se ao *status* atribuído ao poder constituinte e, como consequência, a seu produto – a constituição. Em teorias tradicionais, o poder constituinte é o fundamento exclusivo de legitimidade de uma ordem constitucional; ele tem uma espécie de densidade legitimadora absoluta, que subordina todo o sistema. Na interpretação proposta aqui, por outro lado, o poder constituinte é concebido como uma forma jurídica fundada em um poder político que não tem natureza diversa do poder que fundamenta e (e eventualmente legitima, se atendidos certos requisitos)²⁵⁹ quaisquer outras decisões em um contexto democrático.

Essa interpretação sugere que as decisões tomadas em um processo constituinte não têm um status especial ou “superior” – ao menos não em um sentido absoluto. Ela não permite supor que, em princípio, uma decisão tomada democraticamente em um momento t_1 seja qualitativamente diferente de ou possa clamar alguma preferência sobre outra decisão tomada democraticamente em um momento t_2 . Se o ponto de uma constituição é institucionalizar a política democrática²⁶⁰ – não um processo decisório menos democrático que aquele usado para criá-la – o autogoverno deve ser uma realidade constante, não algo episódico ou “extraordinário”.

Isso indica que não há razões para supor que as decisões cristalizadas em um texto constitucional em um momento específico do tempo – o processo constituinte – tenham alguma pretensão à imutabilidade. Elas estão abertas à discussão e rediscussão democráticas e podem, por isso, ser sempre revisadas por meio dos procedimentos de emenda estabelecidos para tanto. Não há uma “identidade” constitucional a ser preservada ou defendida: a identidade é a própria abertura à mudança e revisão, a possibilidade de iniciar e levar a cabo projetos coletivos que são expressão do autogoverno.

Isso não significa dizer, é claro, que mudanças constitucionais – especialmente mudanças de elementos importantes da ordem política – devem ser feitas levemente, sem reflexão e discussão adequadas. Tampouco significa dizer que não possa haver boas razões para manter as estruturas e normas instituídas no momento constituinte. Significa dizer apenas que *não é proibido alterá-las*. Elas não gozam de um status superior que as torna intangíveis. Existe sempre a possibilidade de retomar decisões passadas para rediscuti-las e reformulá-las.²⁶¹

²⁵⁹ Cf. a seção 3.3.2 acima.

²⁶⁰ Cf. as seções 3.2.3 e 3.3.1.

²⁶¹ Cf. Habermas (1995b).

Assim, todas as decisões políticas tomadas em uma comunidade podem, eventualmente, ser revistas – e isso pode ser feito *dentro dos limites* da ordem constitucional: a constituição é a institucionalização da liberdade política, i.e., das condições para a ação coletiva articulada comunicativamente. Nesse sentido, cláusulas pétreas podem ser consideradas legítimas apenas na medida em que protejam a própria existência de um estado de direito democrático – não decisões concretas tomadas em um momento determinado: como observei acima, nenhuma decisão tem um status superior às demais, no sentido de ser inatingível por elas. Mais especificamente, isso significa que esse tipo de cláusula pode ser legitimamente empregado apenas para garantir a autonomia pública e privada dos cidadãos – i.e., um conjunto de direitos concebidos abstratamente, cujo conteúdo concreto precisa ser especificado no processo político, e as estruturas institucionais implicadas por esse conjunto de direitos.²⁶² Esses direitos e instituições correspondem à garantia de que cidadãos e cidadãs permanecem aptos a tomar parte nos processos de decisão política e que há áreas que não podem ser legitimamente atingidas por essas decisões.²⁶³

Mesmo nesse caso, essas cláusulas apenas expressam um compromisso que já está implícito na institucionalização de um estado de direito democrático. Além disso, elas bloqueiam apenas medidas extremas, que, de fato, descaracterizariam essa forma de organização política ou distorceriam gravemente o processo decisório democrático²⁶⁴ – e, portanto, não devem levar ao estabelecimento da apreciação judicial de emendas constitucionais como uma prática corriqueira ou ordinária.

Seria possível colocar a questão sobre se cláusulas pétreas mais extensas poderiam ser consideradas legítimas se resultassem de um processo discursivo “ideal”. Nesse contexto, se fosse possível chegar, por meio de uma argumentação desimpedida, a um consenso

²⁶² Cf. Habermas (1996, p. 118-31). Os direitos em questão, referidos nas pp. 122-3, dividem-se em cinco categorias, que correspondem, grosseiramente a: liberdades individuais subjetivas; direitos que definem o status de membro da comunidade; garantias de proteção jurídica derivada da exigibilidade dos direitos; direitos à participação política; e direito a condições de vida social, econômica e ambientalmente adequadas. As quatro primeiras têm fundamentação “absoluta” e a última, fundamentação relativa, que depende da configuração concreta da sociedade que se busca regular legitimamente por meio do direito positivo. Uma elaboração posterior desse “sistema de direitos”, encontrada em Habermas (2001), não menciona essa quinta categoria.

²⁶³ Parece possível interpretar as cláusulas pétreas da Constituição de 1988 dessa maneira – com a possível exceção daquela contida no art. 60, §4º, II (voto direto, secreto, universal e periódico), que institucionaliza um modelo específico de organização da democracia (representação). Certas instituições e estruturas políticas, como federalismo, separação dos poderes, república e laicidade do estado, entre outras, também podem ser consideradas necessárias para a manutenção da autonomia e, por isso, poderiam ser protegidas dessa maneira. É possível supor que esse juízo varie a depender do contexto – por exemplo, pode-se supor que, em países com histórico de centralização de poderes pelo chefe do poder executivo, em movimentos que degeneram em ditaduras, a proteção absoluta de uma limitação ao número de mandatos presidenciais seja legítima. Contudo, essa é uma questão em aberto.

²⁶⁴ Esse parece ser o caso da emenda constitucional nº 123/2022, que buscava institucionalizar uma espécie de compra de votos em favor do governo do momento.

relativamente amplo sobre seu conteúdo, elas seriam justificadas. Considero que este não é o caso e que o argumento desenvolvido acima permanece válido. Em primeiro lugar, a ideia de um processo discursivo “ideal” é, exatamente, que tal processo não existe nem pode existir na realidade. Trata-se de uma hipótese. Ou seja, mesmo que se pudesse conceber, teoricamente, a ideia de cláusulas pétreas resultantes de um tal processo, jamais seria possível dar-lhes conteúdo concreto por meio de uma deliberação real.

Ainda que se adote uma concepção forte de discurso ou deliberação – o que não me parece necessário no contexto deste trabalho –, em que o resultado desses processos aspira à “correção” ou “verdade”, permanece sempre uma incerteza, em contextos discursivos reais, sobre se o resultado atingido merece tal status. Isso decorre dos constrangimentos inerentes a tais processos: bloqueios de comunicação, limitações de tempo etc. Não seria possível, portanto, fundamentar uma decisão imutável com base nesses processos.

Por fim, não se pode excluir a possibilidade de que, com o tempo, surjam novos argumentos relevantes para o debate em torno da temática que se cogita formular como uma cláusula pétrea. Impor um bloqueio definitivo à discussão dessa temática, portanto, pode levar à impossibilidade de reconsiderá-la em face de novos fatos e novos compromissos normativos, que poderiam indicar uma solução diversa. Entendo que é à luz dessa compreensão que Markus Patberg, em sua reconstrução da prática constituinte, argumenta que as pessoas nela envolvidas entenderiam ser necessário – para poderem compreender essa prática como discursivamente justificada – adotar e institucionalizar uma categoria de direitos correspondente a “direitos fundamentais (qualquer que seja seu conteúdo concreto), que resultem da elaboração autônoma do direito a uma participação igualitária em revisões da ordem constitucional conformes ao sistema de direitos” (Patberg, 2018b, p. 190). Em síntese, para desempenhar sua função de maneira legítima, uma constituição deve estar, sempre e em todas as suas decisões concretas, aberta à mudança por meio de procedimentos democráticos.

Conclusão

Este trabalho se propôs a reavaliar o potencial do conceito de poder constituinte para dar sentido à prática de criação e reconstituição de ordens políticas, em diálogo com críticas recentes dirigidas a esse conceito. Tais críticas, em síntese, colocam em dúvida a possibilidade de formular o poder constituinte como um conceito de legitimação e, de outro lado, expõem incoerências e paradoxos originados por algumas de suas formulações mais difundidas. Essas teorias convencionais foram apresentadas, por meio de dois exemplos paradigmáticos, no capítulo 1, que também se dedicou a identificar suas falhas e acertos. Apesar de seus problemas, essas teorias identificam aspectos importantes de momentos constituintes e das dificuldades a serem ali enfrentadas. Uma interpretação adequada do conceito de poder constituinte não pode perder esses elementos de vista.

No âmbito de teorias convencionais, esses elementos – a percepção de que o poder constituinte está associado a certa maneira de organizar o poder político (o constitucionalismo moderno e suas instituições), a complexidade das relações entre esse poder e as instituições constituídas, e a possibilidade de uma fundação não arbitrária para a ordem política – não são suficientemente explorados nem adequadamente compreendidos, porque colocam em xeque algumas de suas premissas. Isso sugere que, para entender esses aspectos de processos constituintes, é necessário reconsiderar tais premissas, i.e., ir além das teorias convencionais.

Partindo da insuficiência desse grupo de teorias, o capítulo 2 buscou analisar algumas das alternativas existentes. Duas delas consistem em uma espécie de “absorção jurídica” do poder constituinte, que tenta localizar no próprio funcionamento de uma ordem estruturada pelo direito positivo a função desempenhada pelo conceito de poder constituinte em teorias convencionais. Em uma dessas versões, o conceito é totalmente suprimido, enquanto, na outra, ele desempenha uma função meramente retrospectiva que o esvazia de conteúdo normativo. Ambas são problemáticas na medida em que incapazes de oferecer parâmetros para orientar práticas presentes e futuras de criação constitucional. Esse problema é decorrência de outro, nomeadamente, a falta de tematização adequada dos processos de criação do direito, que são essenciais para compreender sua legitimidade com referência à autonomia.

A terceira alternativa propõe-se a analisar a conexão entre a ação política de atores que propõem a reformulação radical de uma ordem política e o conceito de poder constituinte, sugerindo que este corresponde, de um lado, a parte de uma estratégia argumentativa para defender esse tipo de proposta e, de outro, a um poder que emerge como resultado de um processo de contestação pública em torno de possíveis cursos de ação coletiva. Este trabalho

sustentou que essa interpretação representa um ponto de partida apropriado para uma concepção de poder constituinte capaz dar sentido a processos de criação constitucional – em suas dimensões factuais e normativas – e evitar as dificuldades de teorias convencionais. As premissas e desdobramentos dessa interpretação foram analisados no capítulo 3.

Essa parte do trabalho propôs interpretar a criação constitucional como um processo de institucionalização de um tipo específico de demanda política análogo a processos legislativos que ocorrem no âmbito de um estado constitucional estabelecido.²⁶⁵ Nessa leitura, a fagulha que dá início a esses processos é uma proposta constituinte apresentada em público. A contestação e discussão em torno dessa proposta representa um momento de “articulação” de um poder constituinte, em que se busca persuadir um grupo de pessoas a criar ou reconstituir uma ordem política e a definir de que modo isso deve ser feito. A consolidação de um entendimento comum sobre o curso de ação a ser adotado permite “ativar” um poder constituinte por meio de uma decisão institucional que atribui esse poder a uma instituição e define sua forma de exercício. Aqui, o poder constituinte surge como uma competência jurídica, exercida para dar origem a uma lei positiva: a constituição.

Portanto, ao contrário do que sugerem alguns críticos, este trabalho defende que o conceito de poder constituinte é relevante para compreender processos de criação constitucional e as demandas de legitimação associadas a eles e às estruturas que eles estabelecem. De um lado, “poder constituinte” é parte de uma estrutura conceitual que permite compreender a organização escalonada de um estado constituído juridicamente e as possibilidades de alteração e superação de uma determinada ordem jurídica. De outro, ele ressalta que ordens políticas modernas resultam da ação humana e, portanto, precisam ser justificadas perante as pessoas a elas sujeitas.

Como parte da estrutura conceitual do estado democrático de direito, o conceito de poder constituinte refere-se à mediação entre um tipo específico de demanda política – por reconstituição ou reformulação radical da ordem política – e sua institucionalização por meio de leis positivas. De maneira relacionada, ele permite esclarecer que outros tipos de demandas devem ser canalizados por vias distintas – os chamados “poderes constituídos” – e fornece fundamentos conceituais para denunciar e, eventualmente, bloquear a reforma total de uma ordem instituída por vias ordinárias.

Essa interpretação do conceito de poder constituinte coloca novas perguntas e, ao mesmo tempo, oferece um ponto de partida mais adequado para analisar e enfrentar alguns

²⁶⁵ E assumindo, como pano de fundo, uma concepção normativa de democracia deliberativa.

importantes problemas contemporâneos. Em primeiro lugar, e como sugerido por críticos desse conceito, se a fonte de legitimidade de uma ordem política não é um “poder constituinte”, é preciso buscar compreendê-la de outra maneira. Esse tema foi abordado apenas de maneira lateral neste trabalho, com a sugestão de que a legitimidade depende do cumprimento de certas demandas procedimentais aplicadas à criação das leis. De qualquer modo, as conclusões que podem ser extraídas deste trabalho sugerem que, na prática, o recurso ao conceito de poder constituinte pode ter sido uma maneira de obscurecer, afastar ou dar uma nova roupagem a uma discussão clássica e permanente na teoria política normativa. Ao longo do tempo, essa pode ter sido uma estratégia para “traduzir” essa discussão para a linguagem do constitucionalismo (ou dos juristas). Contudo, uma análise mais detida do conceito e de seu contexto de aplicação mostra que não é possível escapar de tais complexidades e que, na verdade, ele funciona melhor como um complemento à discussão sobre legitimidade, não como seu substituto.

Para além disso, a desvinculação do poder constituinte de uma entidade existencial prévia à ordem constitucional sugere uma nova forma de olhar para o grupo responsável pela institucionalização de uma nova ordem política. Essa questão pode ser desdobrada em diversos níveis e relacionada a diversas situações concretas. Em um primeiro plano, coloca-se a questão de definir quem faz parte do grupo ou, de maneira mais ampla, quem tem direito a participar do processo que leva à institucionalização de uma ordem política. Aqui, seria possível argumentar que todas as pessoas que estarão sujeitas a essa ordem devem poder participar. Entretanto, em um cenário de crescente movimentação de pessoas entre territórios sujeitos a diferentes organizações políticas, até mesmo esse critério parece enfrentar dificuldades.

De maneira relacionada, coloca-se a questão da legitimidade de intervenções por parte de atores que são, claramente, externos à comunidade política – outros estados e organizações supraestatais, por exemplo. Em que medida essa intervenção pode ser compatibilizada com a autonomia das pessoas que estarão efetivamente sujeitas a essa nova ordem? É possível distinguir, dentre os atores externos, quais tem um interesse legítimo em intervir? O que dizer de processos de mudança jurídica que são, formalmente, realizados de maneira voluntária, mas são implementados como exigências de atores externos, no âmbito de relações comerciais ou de integração política?²⁶⁶

Em outro nível, surgem questões interrelacionadas sobre agência, representação e juízo político. Embora dependa, em sua base, da ação de um grupo de pessoas, o poder constituinte

²⁶⁶ Esse problema surge no contexto de discussões sobre a “europeização”, entendida como difusão de valores, normas e instituições da União Europeia para outros países – tanto aqueles que a orbitam mais imediatamente quanto os que mantêm relações relativamente mais distantes.

assume sua forma institucional por meio de decisões “representativas” – em que um grupo menor ou mesmo um indivíduo precisa identificar e articular o entendimento compartilhado por aquele grupo maior. Aqui, podem surgir dissonâncias. Pode haver, por outro lado, um bloqueio das instâncias institucionais, correspondente à relutância em dar vazão institucional a um processo constituinte, mesmo que se perceba a prevalência de opiniões favoráveis a essa opção. Nesse caso, podemos nos perguntar, por exemplo, se o conceito de poder constituinte e o tipo de ação política a ele associado ainda são a maneira adequada de reagir à postura das instâncias institucionais.

Pode-se mencionar, por fim – e sem a pretensão de exaurir todos os possíveis desdobramentos e aperfeiçoamentos da proposta apresentada neste trabalho –, que essa proposta representa uma contribuição para uma tendência recente na literatura sobre poder constituinte, que consiste em analisar mais detalhadamente as relações desse conceito com o direito. Como mostra Joel Colón-Ríos (2020), ao longo dos últimos dois séculos, esse conceito foi empregado de maneiras diversas para defender a adoção de ou o repúdio a várias instituições e mecanismos específicos, como a participação, a representação, o referendo e o mandato imperativo. A conceituação defendida neste trabalho, por outro lado, explicita que esse conceito, por si só, não recomenda ou preclui nenhuma dessas formas. A escolha entre elas – e outras alternativas possíveis – deve, portanto, ser fundada em outras ideias, conceitos e princípios normativos.

Em síntese, o conceito de poder constituinte tem um papel importante a desempenhar na compreensão de estados constitucionais modernos, mas ele é mais modesto do que usualmente se supõe. Além disso, quando compreendido adequadamente, esse conceito deve abrir espaço para – não substituir – outros debates igualmente centrais sobre os fundamentos de legitimidade dessa forma de organização estatal e sobre o papel das pessoas sujeitas a ela em sua construção, operação e reformulação.

Bibliografia

ALBERTS, Susan; WARSHAW, Chris; WEINGAST, Barry R. Democratization and Countermajoritarian Institutions. Power and Constitutional Design in Self-Enforcing Democracy. *Em*: GINSBURG, Tom (org.). **Comparative Constitutional Design**. Cambridge: Cambridge University Press, 2012. p. 69–100.

ALEXY, Robert. **Law's Ideal Dimension**. Oxford: OUP, 2021.

ALEXY, Robert. **The Argument from Injustice: A Reply to Legal Positivism**. Tradução: Bonnie L. Paulson; Stanley L. Paulson. Oxford & New York: Oxford University Press, 2002.

ALEXY, Robert. The Dual Nature of Law. **Ratio Juris**, [s. l.], v. 23, n. 2, p. 167–182, 2010.

ALLAN, T.R.S. Law, Justice and Integrity: The Paradox of Wicked Laws. **Oxford Journal of Legal Studies**, [s. l.], v. 29, n. 4, p. 705–728, 2009.

ALLAN, T.R.S. Public law and political theory. *Em*: **The Sovereignty of Law. Freedom, Constitution, and Common Law**. Oxford: OUP, 2013. p. 333–349.

ARATO, Andrew. Carl Schmitt and the Revival of the Doctrine of the Constituent Power in the United States. **Cardozo Law Review**, [s. l.], v. 21, p. pp.-1739-1747, 1999.

ARATO, Andrew. Conventions, Constituent Assemblies, and Round Tables: Models, principles and elements of democratic constitution-making. **Global Constitutionalism**, [s. l.], v. 1, n. 1, p. 173–200, 2012.

ARATO, Andrew. Forms of Constitution Making and Theories of Democracy. **Cardozo Law Review**, [s. l.], v. 17, n. 2, p. pp.-191-232, 1995.

ARATO, Andrew. International Role in State-Making in Ukraine: The Promise of a Two-Stage Constituent Process. **German Law Journal**, [s. l.], v. 16, n. 3, p. 691–712, 2015.

ARATO, Andrew. **Post Sovereign Constitution Making. Learning and legitimacy**. Oxford: Oxford University Press, 2016.

ARATO, Andrew. Redeeming the Still Redeemable: Post Sovereign Constitution Making. **International Journal of Politics, Culture, and Society IJPS**, [s. l.], v. 22, n. 4, p. 427–427, 2009.

ARATO, Andrew. **The Adventures of the Constituent Power: Beyond Revolutions?** Cambridge: Cambridge University Press, 2017.

ARAUJO, Cicero. Trinta anos depois: a crise da Constituição de 1988. **Locus: Revista de História**, [s. l.], v. 24, n. 2, 2018.

ARENDT, Hannah. Authority in the Twentieth Century. **The Review of Politics**, [s. l.], v. 18, n. 4, p. 403–417, 1956.

ARENDDT, Hannah. Hannah Arendt on Hannah Arendt. *Em*: HILL, Melvyn A. (org.). **Hannah Arendt: the recovery of the public world**. New York: St. Martin's Press, 1979. p. 303–339.

ARENDDT, Hannah. Introduction into politics. *Em*: KOHN, Jerome (org.). **The promise of politics**. New York: Schocken Books, 2005. p. 93–200.

ARENDDT, Hannah. **Macht und Gewalt**. 3. ed. München: Piper, 1975.

ARENDDT, Hannah. **On Revolution**. London: Penguin Books, 2006.

ARENDDT, Hannah. On Violence. *Em*: **Crises of the Republic**. San Diego, New York & London: Harcourt Brace & Company, 1972. p. 103–198.

ARENDDT, Hannah. **The Human Condition**. 2nd. ed. Chicago & London: The University of Chicago Press, 1998.

ARENDDT, Hannah. **The origins of totalitarianism**. San Diego, CA: Harcourt, 1968a.

ARENDDT, Hannah. What is freedom?. *Em*: **Between Past and Future**. New York: The Viking Press, 1968b. p. 143–172.

ARENDDT, Hannah. What Was Authority?. **NOMOS: American Society for Political and Legal Philosophy**, [s. l.], v. 1, p. 81–112, 1958.

ATRIA, Fernando. Constituent Moment, Constituted Powers in Chile. **Law and Critique**, [s. l.], v. 31, n. 1, p. 51–58, 2020.

AVRITZER, Leonardo. Ação, fundação e autoridade em Hannah Arendt. **Lua Nova: Revista de Cultura e Política**, [s. l.], p. 147–167, 2006.

BADURA, Peter. Staatsaufgaben und Teilhaberechte als Gegenstand der Verfassungspolitik. **Aus Politik und Zeitgeschichte**, [s. l.], v. 49/91, p. 20–28, 1991.

BELLAMY, Richard. **Political Constitutionalism. A Republican Defence of the Constitutionality of Democracy**. Cambridge: Cambridge University Press, 2007.

BENHABIB, Seyla. **The Rights of Others: Aliens, Residents, and Citizens**. Cambridge: Cambridge University Press, 2004.

BERCOVICI, Gilberto. O poder constituinte do povo no Brasil: um roteiro de pesquisa sobre a crise constituinte. **Lua Nova**, [s. l.], v. 88, p. 305–325, 2013.

BERNAL, Carlos. Criação Constitucional sem Poder Constituinte: Os limites conceituais do poder de substituição ou revisão da constituição. **Revista Brasileira de Políticas Públicas**, [s. l.], v. 9, n. 2, p. 55–83, 2019a.

BERNAL, Carlos. How constitutional crowdsourcing can enhance legitimacy in constitution making. *Em*: LANDAU, David; LERNER, Hanna (org.). **Comparative Constitution Making**. Cheltenham & Northampton, MA: Edward Elgar Publishing, 2019b. p. 235–256.

BERNAL, Carlos. Unconstitutional constitutional amendments in the case study of Colombia: An analysis of the justification and meaning of the constitutional replacement doctrine. **International Journal of Constitutional Law**, [s. l.], v. 11, n. 2, p. 339–357, 2013.

BÖCKENFÖRDE, Ernst-Wolfgang. The concept of the political: a key to understanding Carl Schmitt's constitutional theory. **Canadian Journal of Law & Jurisprudence**, [s. l.], v. 10, n. 1, p. 5–20, 1997.

BÖCKENFÖRDE, Ernst-Wolfgang. The constituent power of the people. A liminal concept of constitutional law. *Em: Constitutional and Political Theory. Selected Writings*. Oxford: OUP, 2017. v. 1, p. 169–185.

BRUNNÉE, Jutta; TOOPE, Stephen J. International Law and the Practice of Legality: Stability and Change. **Victoria University of Wellington Law Review**, [s. l.], v. 49, n. 4, p. 429–446, 2018.

BRUNNÉE, Jutta; TOOPE, Stephen J. **Legitimacy and Legality in International Law**. Cambridge: Cambridge University Press, 2010.

CANOVAN, Margaret. A Case of Distorted Communication: A Note on Habermas and Arendt. **Political Theory**, [s. l.], v. 11, n. 1, p. 105–116, 1983.

CELIKATES, Robin. Constituent power beyond exceptionalism: Irregular migration, disobedience, and (re-)constitution. **Journal of International Political Theory**, [s. l.], v. 15, n. 1, p. 67–81, 2019.

COLLINS, Patricia Hill. **Pensamento feminista negro. Conhecimento, consciência e a política do empoderamento**. Tradução: Jamille Pinheiro Dias. São Paulo: Boitempo, 2019.

COLÓN-RÍOS, Joel. **Constituent Power and the Law**. Oxford: OUP, 2020.

COLÓN-RÍOS, Joel. **Weak constitutionalism: democratic legitimacy and the question of constituent power**. London; New York: Routledge, 2012.

CONRAD, Dieter. Basic Structure of the Constitution and Constitutional Principles. *Em: SORABJEE, Soli J. (org.). Law and Justice - An Anthology*. [S. l.]: Universal Law Publishing Co., 2003. p. 186–202.

CONRAD, Dieter. Constituent Power, Amendment and Basic Structure of the Constitution: A Critical Reconsideration. **Delhi Law Review**, [s. l.], v. 6, p. 1–23, 1977.

CONRAD, Dieter. Limitation of Amendment Procedures and the Constituent Power. *Em: LÜTT, Jürgen; SING, Mahendra (org.). Zwischen den Traditionen. Probleme des Verfassungsrechts und der Rechtskultur in Indien und Pakistan*. Stuttgart: Franz Steiner Verlag, 1999. p. 47–85.

COUTO, Cláudio; ARANTES, Rogério Bastos. Constituição, Governo e Democracia no Brasil. **Revista Brasileira de Ciências Sociais**, [s. l.], v. 21, n. 61, p. 41–62, 2006.

CRISTI, Renato. Carl Schmitt on Sovereignty and Constituent Power. *Em*: DYZENHAUS, David (org.). **Law as Politics. Carl Schmitt's Critique of Liberalism**. Durham & London: Duke University Press, 1998. p. 179–195.

D'ENTRÈVES, Maurizio Passerin. Freedom, plurality, solidarity: hannah arendt's theory of action. **Philosophy & Social Criticism**, [*s. l.*], v. 15, n. 4, p. 317–350, 1989.

DALY, Eoin. Alchemising peoplehood: Rousseau's lawgiver as a model of constituent power. **History of European Ideas**, [*s. l.*], v. 47, n. 8, p. 1278–1291, 2021.

DANN, Philipp; AL-ALI, Zaid. The Internationalized Pouvoir Constituant - Constitution-Making under External Influence in Iraq, Sudan and East Timor. **Max Planck UNYB**, [*s. l.*], v. 10, p. 423–463, 2006.

DUKE, George. Inherent Constraints on Constituent Power. **Oxford Journal of Legal Studies**, [*s. l.*], v. 40, n. 4, p. 795–818, 2020a.

DUKE, George. Strong popular sovereignty and constitutional legitimacy. **European Journal of Political Theory**, [*s. l.*], v. 19, n. 3, p. 354–374, 2020b.

DUKE, George; ARCIONI, Elisa. Between Constituent Power and Constituent Authority. **Oxford Journal of Legal Studies**, [*s. l.*], v. 42, n. 1, p. 345–365, 2022.

DUKE, George; DELLORA, Carlo. Constituent Power and the Commonwealth Constitution. **The Sydney Law Review**, [*s. l.*], v. 44, n. 2, p. 199–227, 2022.

DWORKIN, Ronald. Equality, Democracy, and Constitution: We the People in Court. **Alberta Law Review**, [*s. l.*], v. 28, n. 2, p. pp.-324-346, 1989.

DWORKIN, Ronald. **Freedom's Law - The moral reading of the American Constitution**. 1st. ed. Oxford: Oxford University Press, 1996.

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

DYZENHAUS, David. Constitutionalism in an Old Key: Legality and Constituent Power. **Global Constitutionalism**, [*s. l.*], v. 1, n. 2, p. 229–260, 2012.

DYZENHAUS, David. Introduction: Why Carl Schmitt?. *Em*: DYZENHAUS, David (org.). **Law as Politics. Carl Schmitt's Critique of Liberalism**. Durham & London: Duke University Press, 1998.

DYZENHAUS, David. **Legality and Legitimacy. Carl Schmitt, Hans Kelsen and Hermann Heller in Weimar**. Oxford: OUP, 1997.

DYZENHAUS, David. **The Constitution of Law. Legality in a Time of Emergency**. Cambridge: Cambridge University Press, 2006.

DYZENHAUS, David. The Idea of a Constitution. A Plea for Staatsrechtslehre. *Em: DYZENHAUS, David; THORNBURN, Malcolm (org.). Philosophical Foundations of Constitutional Law*. Oxford: Oxford University Press, 2016. p. 9–32.

DYZENHAUS, David. The Politics of the Question of Constituent Power. *Em: The Paradox of Constitutionalism. Constituent Power and Constitutional Form*. Oxford: Oxford University Press, 2007. p. 129–146.

ELEFTHERIADIS, Pavlos. Law And Sovereignty. *Law and Philosophy*, [s. l.], v. 29, n. 5, p. 535–569, 2010.

ELSTER, Jon. Forces and Mechanisms in the Constitution-Making Process. *Duke Law Journal*, [s. l.], v. 45, p. 364–396, 1995.

ESCUDERO, Maria Cristina. Making a Constituent Assembly Possible in Chile: The Shifting Costs of Opposing Change. *Bulletin of Latin American Research*, [s. l.], v. Early view, 2021.

FAORO, Raymundo. *Assembleia Constituinte: A Legitimidade Recuperada*. 5ªed. São Paulo: Brasiliense, 1986.

FERRAZ JR., Tércio Sampaio. Uma constituinte “lenta, gradual, e segura”. *Em: A Constituinte em Debate*. São Paulo: SOFIA Editora SEAF, 1987. p. 241–251.

FLYNN, Jeffrey. Communicative Power in Habermas’s Theory of Democracy. *European Journal of Political Theory*, [s. l.], v. 3, n. 4, p. 433–454, 2004.

FRANCO, Afonso Arinos de Melo. A constituinte instituída. *Revista de Ciência Política*, [s.l.], 35, n. 1, p. 3-17, 1982.

FRASER, Nancy. Rethinking the public sphere. A contribution to the critique of actually existing democracy. *Em: Justice Interruptus. Critical Reflections on the “Postsocialist” Condition*. New York & London: Routledge, 1997. p. 69–98.

FULLER, Lon L. Positivism and Fidelity to Law - A Reply to Professor Hart. *Harvard Law Review*, [s. l.], v. 71, n. 4, p. 630–672, 1958.

FULLER, Lon L. *The Morality of Law*. Revised ed. New Haven & London: Yale University Press, 1969.

GAMARRA, Eduardo. **La llegada de Castillo empoderó a un sur olvidado que no tiene un medio institucional para expresarse**. Entrevistador: Guillermo Olmo. [S. l.: s. n.], 1 fev. 2023. Disponível em: <https://www.bbc.com/mundo/noticias-america-latina-64476918>. Acesso em: 13 fev. 2023.

GINSBURG, Tom; SIMPSON, Alberto. Introduction. Constitutions in authoritarian regimes. *Em: Constitutions in Authoritarian Regimes*. Cambridge: Cambridge University Press, 2014. p. 1–21.

GRIFFIN, Stephen M. Constituent power and constitutional change in American constitutionalism. *Em: The Paradox of Constitutionalism. Constituent Power and Constitutional Form*. Oxford: OUP, 2007. p. 49–66.

HABERMAS, Jürgen. **Between Facts and Norms. Contributions to a Discourse Theory of Law and Democracy**. Cambridge, MA: The MIT Press, 1996.

HABERMAS, Jürgen. Carl Schmitt in the Political Intellectual Life of the Federal Republic. *Em: A Berlin Republic. Writings on Germany*. Tradução: Steven Rendall. [S. l.]: University of Nebraska Press, 1997. p. 107–118.

HABERMAS, Jürgen. Citizen and State Equality in a Supranational Political Community: Degressive Proportionality and the Pouvoir Constituant Mixte. **JCMS: Journal of Common Market Studies**, [s. l.], v. 55, n. 2, p. 171–182, 2017.

HABERMAS, Jürgen. Constitutional Democracy: a Paradoxical Union of Contradictory Principles?. **Political Theory**, [s. l.], v. 29, n. 6, p. 766–781, 2001.

HABERMAS, Jürgen. **Facticidade e Validade: contribuições para uma teoria discursiva do direito e da democracia**. Tradução: Felipe Gonçalves Silva; Rúrion Melo. São Paulo: Editora Unesp, 2020a.

HABERMAS, Jürgen. Hannah Arendt's Communications Concept of Power. **Social Research**, [s. l.], v. 44, n. 1, p. 3–24, 1977.

HABERMAS, Jürgen. On the Internal Relation between the Rule of Law and Democracy. **European Journal of Philosophy**, [s. l.], v. 3, n. 1, p. 12–20, 1995a.

HABERMAS, Jürgen. Reconciliation Through the Public Use of Reason: Remarks on John Rawls's Political Liberalism. **The Journal of Philosophy**, [s. l.], 1995b.

HABERMAS, Jürgen. Soberania Popular como Procedimento. *Em: Facticidade e Validade. Contribuições para uma Teoria Discursiva do Direito e da Democracia*. Tradução: Rúrion Melo; Felipe Gonçalves Silva. São Paulo: Editora Unesp, 2020b. p. 623–652.

HABERMAS, Jürgen. The European nation-state: on the past and future of sovereignty and citizenship. *Em: DE GREIFF, Pablo (org.). The inclusion of the other. Studies in political theory*. Cambridge, MA: The MIT Press, 1998a. p. 105–127.

HABERMAS, Jürgen. Three normative models of democracy. *Em: HABERMAS, Jürgen. The inclusion of the other. Studies in political theory*. Cambridge, MA: The MIT Press, 1998b. p. 239–252.

HART, H L A. **The Concept of Law**. 2nd. ed. Oxford: Clarendon Press, 1994.

HASEBE, Yasuo. On the Dispensability of the Concept of Constituent Power Articles and Essays. **Indian Journal of Constitutional Law**, [s. l.], v. 3, n. 1, p. 39–51, 2009.

HECK, Leonardo N. A justificação do controle judicial de emendas constitucionais no Supremo Tribunal Federal (1988-2018). **Res Severa Verum Gaudium**, [s. l.], v. 5, n. 1, p. 211–239, 2020.

HEISS, Claudia. **La Constitución que viene**. [S. l.], 2021a. Disponível em: <https://www.nuso.org/articulo/chile-la-constitucion-que-viene/>. Acesso em: 13 jan. 2022.

HEISS, Claudia. Latin America Erupts: Re-founding Chile. **Journal of Democracy**, [s. l.], v. 32, n. 3, p. 33–47, 2021b.

HEISS, Claudia. Revuelta social y proceso constituyente en Chile. [s. l.], 2021c. Disponível em: <http://rua.ua.es/dspace/handle/10045/119488>. Acesso em: 15 jan. 2022.

JAUME, Lucien. Constituent power in France: the revolution and its consequences. *Em*: **The Paradox of Constitutionalism. Constituent Power and Constitutional Form**. Oxford: OUP, 2007. p. 67–85.

KALYVAS, Andreas. Constituent Power. *Em*: OPHIR, Adi M.; STOLER, Ann Laura; BERNSTEIN, Jay M. (org.). **Political Concepts. A Critical Lexicon**. New York: Fordham University Press, 2018. p. 87–117.

KALYVAS, Andreas. **Democracy and the Politics of Extraordinary: Max Weber, Carl Schmitt and Hannah Arendt**. Cambridge: Cambridge University Press, 2008.

KALYVAS, Andreas. Popular Sovereignty, Democracy, and the Constituent Power. **Constellations**, [s. l.], v. 12, n. 2, p. pp.-223-244, 2005a.

KALYVAS, Andreas. Popular Sovereignty, Democracy, and the Constituent Power. **Constellations**, [s. l.], v. 12, n. 2, p. 223–244, 2005b.

KÖPCKE, Maris. The beast of constituent power. *Em*: JURISPRUDENCE JOTWELL. 2 maio 2022. Disponível em: <https://juris.jotwell.com/the-beast-of-constituent-power/>. Acesso em: 5 jul. 2022.

KORSGAARD, Christine M. **Self-constitution. Agency, identity, and integrity**. Oxford: OUP, 2009.

KUMM, Mattias. Constituent power, boundaries and identity: On the justificatory depth of constitutionalism - A rejoinder to Neil Walker. **International Journal of Constitutional Law**, [s. l.], v. 14, n. 4, p. 914–924, 2016a.

KUMM, Mattias. Constituent power, cosmopolitan constitutionalism, and post-positivist law. **International Journal of Constitutional Law**, [s. l.], v. 14, n. 3, p. 697–711, 2016b.

LANDEMORE, Hélène. When public participation matters: The 2010-2013 Icelandic constitutional process. **International Journal of Constitutional Law**, [s. l.], v. 18, n. 1, p. 179–205, 2020.

LEAL, Fernando Angelo Ribeiro. O projeto metodológico do não positivismo de Alexy. **Quaestio Juris**, [s. l.], v. 17, n. 1, p. 258–273, 2017.

LEFORT, Claude. Hannah Arendt and the question of the political. *Em: Democracy and Political Theory*. Tradução: David Macey. Cambridge: Polity Press, 1988. p. 45–55.

LINDAHL, Hans. Constituent Power and Reflexive Identity: Towards an Ontology of Collective Selfhood. *Em: LOUGHLIN, Martin; WALKER, Neil (org.). The Paradox of Constitutionalism. Constituent Power and Constitutional Form*. Oxford: Oxford University Press, 2007a. p. 9–24.

LINDAHL, Hans. The Paradox of Constituent Power. The Ambiguous Self-Constitution of the European Union. *Ratio Juris*, [s. l.], v. 20, n. 4, p. 485–505, 2007b.

LOPES, José Reinaldo de Lima. **Curso de Filosofia do Direito. O Direito como Prática**. São Paulo: Atlas, 2021.

LOUGHLIN, Martin. Constituent Power Subverted: From English Constitutional Argument to British Constitutional Practice. *Em: LOUGHLIN, Martin; WALKER, Neil (org.). The Paradox of Constitutionalism. Constituent Power and Constitutional Form*. Oxford: Oxford University Press, 2007. p. 27–48.

LOUGHLIN, Martin. **Foundations of public law**. Oxford: OUP, 2010.

LOUGHLIN, Martin. On Constituent Power. *Em: WILKINSON, Michael A.; DOWDLE, Michael W. (org.). Constitutionalism beyond Liberalism*. Cambridge: Cambridge University Press, 2017. p. 151–175.

LOUGHLIN, Martin. The concept of constituent power. *European Journal of Political Theory*, [s. l.], v. 13, n. 2, p. 218–237, 2014.

LOUGHLIN, Martin. **The Idea of Public Law**. Oxford & New York: Oxford University Press, 2003.

LOUGHLIN, Martin; WALKER, Neil. Introduction. *Em: The Paradox of Constitutionalism. Constituent Power and Constituted Form*. Oxford: OUP, 2007. p. 1–8.

LYNCH, Christian; CASSIMIRO, Paulo Henrique. **O populismo reacionário: ascensão e legado do bolsonarismo**. São Paulo: Contracorrente, 2022.

MACCORMICK, Neil. **Institutions of law. An essay in legal theory**. Oxford: OUP, 2007.

MANIN, Bernard. On Legitimacy and Political Deliberation. *Political Theory*, [s. l.], v. 15, n. 3, p. 338–368, 1987.

MAUS, Ingeborg. Sinn und Bedeutung von Volkssouveränität in der modernen Gesellschaft. *Kritische Justiz*, [s. l.], v. 24, n. 2, p. 137–150, 1991.

MCCORMICK, John P. Habermas' Discourse Theory of Law: Bridging Anglo-American and Continental Legal Traditions Review Article. *Modern Law Review*, [s. l.], v. 60, n. 5, p. 734–743, 1997.

MICHELMAN, Frank I. Can Constitutional Democrats Be Legal Positivists? Or Why Constitutionalism?. **Constellations**, [s. l.], v. 2, n. 3, p. 293–308, 1996.

NEGRETTO, Gabriel L. Constitution Making in Democratic Political Orders: The Challenge of Citizen Participation. *Em*: RUTH, Saskia; WELP, Yanina; WHITEHEAD, Laurence (org.). **Let the People rule? Direct democracy in the twenty-first century**. Colchester: ECPR Press, 2017. p. 21–40.

NEUMANN, Franz. O conceito de liberdade política. **Cadernos de Filosofia Alemã**, [s. l.], v. 22, p. 107–154, 2013.

NIESEN, Peter. Constituent Power in Global Constitutionalism. *Em*: **Handbook on Global Constitutionalism**. Cheltenham: Edward Elgar Publishing, 2017. p. 222–233.

NIESEN, Peter. **Extinguishing the Burning Embers: Rubinelli on Sieyès**. [S. l.], 2020. Disponível em: <https://verfassungsblog.de/extinguishing-the-burning-embers-rubinelli-on-sieyes/>. Acesso em: 24 fev. 2022.

NIESEN, Peter. Reframing civil disobedience: Constituent power as a language of transnational protest. **Journal of International Political Theory**, [s. l.], v. 15, n. 1, p. 31–48, 2019.

OKLOPCIC, Zoran. Three arenas of struggle: A contextual approach to the constituent power of ‘the people’. **Global Constitutionalism**, [s. l.], v. 3, n. 2, p. 200–235, 2014.

PARTLETT, William. The Dangers of Popular Constitution-Making. **Brooklyn Journal of International Law**, [s. l.], v. 38, n. 1, p. 193–238, 2012.

PATBERG, Markus. Against democratic intergovernmentalism: The case for a theory of constituent power in the global realm. **International Journal of Constitutional Law**, [s. l.], v. 14, n. 3, p. 622–638, 2016.

PATBERG, Markus. Challenging the masters of the treaties: Emerging narratives of constituent power in the European Union. **Global Constitutionalism**, [s. l.], v. 7, n. 2, p. 263–293, 2018a.

PATBERG, Markus. Constituent Power: A Discourse-Theoretical Solution to the Conflict between Openness and Containment. **Constellations**, [s. l.], v. 24, n. 1, p. 51–62, 2017.

PATBERG, Markus. **Dealing with a Complex Family Tree. Reflections on Lucia Rubinelli’s “Constituent Power: A History”**. [S. l.], 2020a. Disponível em: <https://verfassungsblog.de/dealing-with-a-complex-family-tree/>. Acesso em: 24 fev. 2022.

PATBERG, Markus. Destituent power in the European Union: On the limits of a negativistic logic of constitutional politics. **Journal of International Political Theory**, [s. l.], v. 15, n. 1, p. 82–99, 2019.

PATBERG, Markus. Extraordinary partisanship in the European Union: constituent power and the problem of political agency. **Constellations**, [s. l.], v. 27, p. 143–157, 2020b.

PATBERG, Markus. **Usurpation und Autorisierung: Konstituierende Gewalt im globalen Zeitalter**. Frankfurt a.M. & New York: Campus Verlag, 2018b.

POLZIN, Monika. Constitutional identity, unconstitutional amendments and the idea of constituent power: The development of the doctrine of constitutional identity in German constitutional law. **International Journal of Constitutional Law**, [s. l.], v. 14, n. 2, p. 411–438, 2016.

POLZIN, Monika. Irrungen und Wirrungen um den Pouvoir Constituant: Die Entwicklung des Konzepts der Verfassungsidentität im deutschen Verfassungsrecht seit 1871. **Der Staat**, [s. l.], v. 53, n. 1, p. 61–94, 2014.

RADBRUCH, Gustav. Gesetzliches Unrecht und übergesetzliches Recht. **Süddeutsche Juristen-Zeitung**, [s. l.], v. 1, n. 5, 1946.

ROUSSEAU, Jean-Jacques. **O Contrato Social. Princípios do Direito Político**. Tradução: Antônio de Pádua Danesi. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

ROZNAI, Yaniv. Amendment power, constituent power, and popular sovereignty. *Em*: ALBERT, Richard; CONTIADES, Xenophon; FOTIADOU, Alkmene. **The foundations and traditions of constitutional amendment**. Oxford & Portland, OR: Hart Publishing, 2017a. p. 23–49.

ROZNAI, Yaniv. The boundaries of constituent authority. **Connecticut Law Review**, [s. l.], v. 52, p. 1381–1408, 2021a.

ROZNAI, Yaniv. The sovereign is he who holds constituent power?. **Etica & Politica**, [s. l.], v. XXIII, n. 3, p. 247–260, 2021b.

ROZNAI, Yaniv. **Unconstitutional Constitutional Amendments. The limits of amendment powers**. Oxford: Oxford University Press, 2017b.

ROZNAI, Yaniv. “We the people”, “oui, the people” and the collective body: perceptions of constituent power. *Em*: JACOBSON, Gary; SCHOR, Miguel (org.). **Comparative constitutional theory**. Cheltenham & Northampton, MA: Edward Elgar Publishing, 2018. p. 295–316.

RUBINELLI, Lucia. **Constituent Power: A History**. Cambridge: Cambridge University Press, 2020.

RUNDLE, Kristen. **Forms Liberate. Reclaiming the Jurisprudence of Lon L. Fuller**. Oxford & Portland, OR: Hart Publishing, 2012.

SCHEUERMAN, William E. Constitutional Law. *Em*: BRUNKHORST, Hauke; KREIDE, Regina; LAFONT, Cristina (org.). **The Habermas Handbook**. New York: Columbia University Press, 2018. p. 36–42.

SCHMITT, Carl. **Political Theology. Four Chapters on the Concept of Sovereignty**. Tradução: George Schwab. Chicago: The University of Chicago Press, 2005.

SCHMITT, Carl. **Über die drei Arten des rechtswissenschaftlichen Denkens**. Berlin: Duncker & Humblot, 2006.

SCHMITT, Carl. **Verfassungslehre**. 11. ed. Berlin: Duncker & Humblot, 2017.

SEARLE, John R. **The construction of social reality**. New York: The Free Press, 1995.

SIECKMANN, Jan-Reinard. **The logic of autonomy. Law, morality and autonomous reasoning**. Oxford & Portland, OR: Hart Publishing, 2012.

SIEYÈS, Emmanuel Joseph. What is the third estate?. *Em*: SONENSCHER, Michael (org.). **Political Writings**. Indianapolis & Cambridge: Hackett Publishing Company, Inc., 2003. p. 92–162.

SILVA, Virgílio Afonso da. A Fossilised Constitution?. **Ratio Juris**, [s. l.], v. 17, n. 4, p. 454–473, 2004.

SILVA, Virgílio Afonso da. **Direito Constitucional Brasileiro**. 1a. ed. São Paulo: EDUSP, 2021.

SINGER, André; ARAUJO, Cicero; BELINELLI, Leonardo. **Estado e democracia. Uma introdução ao estudo da política**. São Paulo: Zahar, 2021.

SOMEK, Alexander. The Owl of Minerva: Constitutional Discourse before Its Conclusion Review Article. **Modern Law Review**, [s. l.], v. 71, n. 3, p. 473–489, 2008.

SUAREZ-CAO, Julieta. Reconstructing Legitimacy After Crisis - The Chilean Path to a New Constitution. **Hague Journal on the Rule of Law**, [s. l.], v. 13, p. 253–264, 2021.

THORNHILL, Chris. Contemporary constitutionalism and the dialectic of constituent power. **Global Constitutionalism**, [s. l.], v. 1, n. 3, p. 369–404, 2012.

TINTA LIMÓN EDICIONES. **Chile em Chamas. A Revolta Antineoliberal**. Tradução: Igor Peres. São Paulo: Elefante, 2021.

TSCHORNE, Samuel. Las claves conceptuales del debate constitucional chileno: poder constituyente, legitimidad de la Constitución y cambio constitucional. **Estudios Públicos**, [s. l.], n. 160, p. 81–117, 2020.

TUSHNET, Mark. Amendment Theory and Constituent Power. *Em*: JACOBSON, Gary; SCHOR, Miguel (org.). **Comparative Constitutional Theory**. Cheltenham & Northampton, MA: Edward Elgar Publishing, 2018. p. 317–333.

TUSHNET, Mark. Considerations on Constitutional Amendment. *Em*: , 2017, Seul. **The 6th Symposium of the Constitutional Research Institute**. Seul: Constitutional Court of Korea, 2017. p. 29–40.

TUSHNET, Mark. Peasants with pitchforks, and toilers with Twitter: Constitutional revolutions and the constituent power. **International Journal of Constitutional Law**, [s. l.], v. 13, n. 3, p. 639–654, 2015.

VAN MIDDELAAR, Luuk. **Europa em Transição. Como um continente se transformou em União.** Tradução: Ramon Alex Gerrits. 1ªed. São Paulo: É Realizações, 2017.

VINX, Lars. Austin, Kelsen, and the Model of Sovereignty. **Canadian Journal of Law & Jurisprudence**, [s. l.], v. 24, n. 2, p. 473–490, 2011.

VINX, Lars. Ernst-Wolfgang Böckenförde and the politics of constituent power. **Jurisprudence**, [s. l.], v. 10, n. 1, p. 15–38, 2019.

VINX, Lars. The incoherence of strong popular sovereignty. **International Journal of Constitutional Law**, [s. l.], v. 11, n. 1, p. 101–124, 2013.

VITALE, Denise; MELO, Rúrion. Política Deliberativa e o Modelo Procedimental de Democracia. *Em*: NOBRE, Marcos; TERRA, Ricardo (org.). **Direito e Democracia. Um Guia de Leitura de Habermas.** São Paulo: Malheiros Editores, 2008. p. 223–247.

VOLK, Christian. Towards a critical theory of the political: Hannah Arendt on power and critique. **Philosophy & Social Criticism**, [s. l.], v. 42, n. 6, p. 549–575, 2016.

WALDRON, Jeremy. Arendt's Constitutional Politics. *Em*: VILLA, Dana (org.). **The Cambridge Companion to Hannah Arendt.** Cambridge: Cambridge University Press, 2000. p. 201–219.

WALDRON, Jeremy. **Law and Disagreement.** Oxford: Clarendon Press, 1999. p. 332

WALTERS, Mark D. Is public law ordinary?. **Modern Law Review**, [s. l.], v. 75, n. 5, p. 894–913, 2012.

WALTERS, Mark. The Unwritten Constitution as a Legal Concept. *Em*: DYZENHAUS, David; THORNBURN, Malcolm (org.). **Philosophical Foundations of Constitutional Law.** Oxford: OUP, 2016. p. 33–52.

WEBER, Max. Politik als Beruf. *Em*: MOMMSEN, Wolfgang J.; SCHLUCHTER, Wolfgang; MORGENBROD, Birgitt (org.). **Max Weber Gesamtausgabe, Abteilung I: Schriften und Reden, Band 17.** Tübingen: Mohr, 1992. p. 157–252.

WELP, Yanina; SOTO, Francisco. Más allá de modas y cortinas de humo: la deliberación ciudadana en cambios constitucionales. **Revista Española de Ciencia Política**, [s. l.], v. 50, p. 13–41, 2019.

WIEDERIN, Ewald. Die Verfassunggebung im wiedervereinigten Deutschland: Versuch einer dogmatischen Zwischenbilanz zu Art. 146 GG n. F. **Archiv des öffentlichen Rechts**, [s. l.], v. 117, n. 3, p. 410–448, 1992.

WILLIAMS, Bernard. Realism and moralism in political theory. *Em*: **In the beginning was the deed. Realism and moralism in political argument.** Princeton & Oxford: Princeton University Press, 2005. p. 1–17.

WOLIN, Sheldon S. Hannah Arendt: Democracy and The Political. **Salmagundi**, [s. l.], n. 60, p. 3–19, 1983.