

## Um conflito da Constituição com ela mesma? Poder destituente e o desafio transnacional

**Kolja Möller<sup>1</sup>**

<sup>1</sup>Universidade de Bremen, Bremen, Alemanha. Email: kolja.moeller@uni-bremen.de

Artigo recebido em 14/05/2018 e aceito em 10/07/2018.

### **Versão original:**

Tradução da versão revisada de: From Constituent to Destituent Power beyond the State. Publicada em: Transnational Legal Theory 1/2018, 1-23.

### **Tradução**

Gabriel B. G. de Oliveira Filho, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, Brasil.

### **Revisão**

Mozart Silvano Pereira, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, Brasil.



This work is licensed under a Creative Commons Attribution 4.0 International License.

O conceito de poder constituinte tornou-se um importante vertente de discussão na teoria política e jurídica internacional.<sup>1</sup> A questão colocada é se poder constituinte pode ser transferido para a esfera inter e transnacional. À primeira vista, parece tratar-se de uma questão delicada. O poder constituinte está intrinsecamente ligado à dimensão fundamental do processo constituinte: Uma comunidade política concebe a si mesma como um poder supremo (ou é, retroativamente, construída nesse sentido) e estabelece um modo de autogoverno coletivo por meio de uma ordem jurídica de hierarquia superior.<sup>2</sup> Mas, encarando a pluralidade de regimes jurídicos transnacionais e comunidades políticas em nosso mundo contemporâneo, é difícil discernir o equivalente a uma "vontade" fundamental comum, que, no texto referência do abade Sieyès, constitui-se "independente" de "todas as formas e condições".<sup>3</sup> Além disso, os concomitantes holísticos do poder constituinte (remanescentes do direito canônico católico) podem ser um duvidoso ponto de partida para um ressurgimento ao nível transnacional.<sup>4</sup> À primeira vista, pode parecer mais promissor abordar os desafios normativos da esfera transnacional através de explicações baseadas em direitos ou, simplesmente, no estado de direito, que são mais propensas a serem totalmente internalizados em um sistema jurídico coerente, sem apelar à nação ou ao povo.<sup>5</sup>

<sup>1</sup> Nico Krisch, 'Pouvoir Constituant and Pouvoir Irritant in the Postnational Order' (2015) 14(3) *International Journal of Constitutional Law* 657; Martin Loughlin e Neil Walker (eds), *The Paradox of Constitutionalism* (Oxford University Press, 2007); Alexander Somek, 'Constituent Power in National and Transnational Contexts' *Transnational Legal Theory* (2012) 3(1) 31; Chris Thornhill, 'A Sociology of Constituent Power: The Political Code of Transnational Societal Constitutions' (2013) 20(2) *Indiana Journal of Global Legal Studies* 551; Mark Wenman, *Agonistic Democracy. Constituent Power in the Era of Globalization* (Cambridge University Press, 2013).

<sup>2</sup> Para definições semelhantes: cf. Martin Loughlin, 'The Concept of Constituent Power' (2014) 13(2) *European Journal of Political Theory* 218; Christoph Möllers, 'Verfassungsgebende Gewalt—Verfassung—Konstitutionalisierung' em Armin von Bogdandy e Jürgen Bast (eds), *Europäisches Verfassungsrecht* (Springer, 2009) 227-277, 238; Niklas Luhmann, 'Die Verfassung als evolutionäre Errungenschaft' (1990) 9(1) *Rechtshistorisches Journal* 176, 180.

<sup>3</sup> Emmanuel-Joseph Sieyès, *Qu'est-ce que c'est le Tiers état?* (Editions du Boucher, 2002) 55; e cf. para a observação do pluralismo jurídico transnacional: Peer Zumbansen, 'Comparative, Global e Transnational Constitutionalism: The Emergence of a Transnational Legal-Pluralist Order' (2012) 1(1) *Global Constitutionalism* 16; Lars Viellechner, 'Responsive Legal Pluralism: The Emergence of Transnational Conflicts Law' (2015) 6(2) *Transnational Legal Theory* 312; cf. para a "dimensão topológica" do direito transnacional emergente: Sabine Müller-Mall, *Legal Spaces. Towards a Topological Thinking of Law* (Springer, 2013).

<sup>4</sup> Brunkhorst discute, amplamente, a conexão com o direito canônico em: Hauke Brunkhorst, *Critical Theory of Legal Revolutions* (Bloomsbury Academic, 2014) 90 ff. com base no estudo referência de Berman: H.J. Berman, *Law and Revolution. The Formation of the Western Legal Tradition* (Harvard University Press, 1983).

<sup>5</sup> David Dyzenhaus, 'Constitutionalism in an Old Key: Legality and Constituent Power' (2012) 1(2) *Global Constitutionalism* 229; veja também Catherine Colliot-Thélène, *La Démocratie sans Démos* (Presses Universitaires de France, 2011).

O crescente interesse no papel do poder constituinte é impulsionado por um certo desconforto com os déficits democráticos e o viés tecnocrata do constitucionalismo transnacional. Sob uma variedade de rótulos, tais quais o “novo constitucionalismo”,<sup>6</sup> o “estado global imperial em formação”<sup>7</sup> ou o “federalismo executivo pós-democrático”<sup>8</sup>, indica-se que o constitucionalismo transnacional funciona como um dispositivo egoísta para as elites políticas e econômicas ou para os sistemas sociais funcionais. Nesta perspectiva, o constitucionalismo transnacional se fecha para seus vínculos com a legitimidade democrática e, de fato, deixa de oferecer uma conexão significativa com o poder constituinte.

Mais especificamente, duas tendências são responsáveis por induzir efeitos hegemônicos. A primeira tendência é uma usurpação procedimental do poder constituinte. Os exemplos paradigmáticos vão desde o decisionismo político de estados poderosos e práticas de constitucionalização externa (por exemplo, quando os advogados ocidentais implementam e, até mesmo, escrevem textos constitucionais para os países do sul global) à observação de uma nascente juristocracia global.<sup>9</sup> Nestes casos, os poderes já constituídos, como tribunais ou poderes executivos, usurpam competências constituintes sem fornecer a legitimação democrática necessária. A segunda tendência consiste na constitucionalização de projetos hegemônicos em bases materiais. As bolsas escolares jurídicas transnacionais e a Economia Política Internacional (EPI) enfatizam o papel de projetos políticos que estão inscritos nas ordens jurídicas de hierarquia superior.<sup>10</sup> Os exemplos mais impactantes derivam da economia transnacional. Nela, as políticas neoliberais eram dignificadas como compromissos

---

<sup>6</sup> Stephen Gill e Claire A. Cutler (eds), *New Constitutionalism and World Order* (Cambridge University Press, 2014).

<sup>7</sup> Bhupinder Singh Chimni, ‘International Institutions Today: An Imperial Global State in the Making’ (2004) 15(1) *European Journal of International Law* 1.

<sup>8</sup> Jürgen Habermas, *Zur Verfassung Europas* (Suhrkamp, 2011) 48 ff.

<sup>9</sup> Jean L. Cohen, *Globalization and Sovereignty: Rethinking Legality, Legitimacy, and Constitutionalism* (Cambridge University Press, 2012) 268; Philipp Dann, ‘The Internationalization of the Constituent Power of the Nation’ em Hauke Brunkhorst (ed), *Demokratie in der Weltgesellschaft* (Nomos, 2009) 491; Ran Hirschl, *Towards Juristocracy. The Origins and Consequences of the New Constitutionalism* (Harvard University Press, 2007); Markus Patberg, *Usurpation und Autorisierung. Konstituierende Gewalt im globalen Zeitalter* (Dissertation, 2016); Christian Volk, ‘Why Global Constitutionalism does not live up to its Promises’ (2013) 4(2) *Goettingen Journal of International Law* 551; para uma abordagem mais otimista dos tribunais transnacionais cf. Jochen von Bernstorff, ‘Hans Kelsen on Judicial Law-Making by International Courts and Tribunals: A Theory of Global Judicial Imperialism?’ (2015) 14(1) *The Law & Practice of International Courts and Tribunals* 35.

<sup>10</sup> Stephen Gill e Claire A. Cutler (eds), *New Constitutionalism and World Order* (Cambridge University Press, 2014); Isabelle Ley, ‘Opposition in International Law – Alternativity and Revisibility as Elements of a Legitimacy Concept for Public International Law’ (2015) 28(04) *Leiden Journal of International Law* 717; com uma visão sobre a União Europeia: Mark Dawson e Floris De Witte, ‘From Balance to Conflict: A New Constitution for the EU’ (2016) 22(2) *European Law Journal* 204.

prioritários nos respectivos acordos e jurisdições. Apesar de toda a pluralidade, a maioria das instituições e regulamentos são tendenciosos em direção ao livre comércio e a uma noção liberal da propriedade privada.<sup>11</sup> Isto restringe severamente as opções políticas disponíveis no processo político regular em todos os níveis de tomada de decisões políticas e tende a minar a autorregularão democrática.

A via óbvia para contestar essas tendências consiste na evocação de um poder fundamental que, possivelmente, retome o necessário questionamento dos projetos hegemônicos.<sup>12</sup> Ao contrário de ser considerada obsoleta, uma concepção reformulada do poder constituinte deve colocar em evidência os déficits mencionados. Assim, deve se tornar possível identificar lacunas aparentes de legitimidade, bem como deficiências democráticas e materiais. No entanto, continua sendo uma questão aberta como conceber o poder constituinte para além do estado, na ausência de seu ponto de referência herdado: um povo claramente demarcado em um determinado território.<sup>13</sup>

No presente artigo, discuto alguns dos problemas que surgem com a transferência do poder constituinte para a esfera transnacional. Tanto no nível conceitual, como em relação aos contextos transnacionais, vou argumentar que devemos conceber o poder constituinte como um "poder destituente". Esse giro negativo revigora uma característica particular do raciocínio sobre o poder constituinte,

<sup>11</sup> Claire Cutler, 'Legal Pluralism as the "Common Sense" of Transnational Capitalism' (2013) 3(4) *Oñati Socio-Legal Series* 719; Eyal Benvenisti e George W. Downs, 'The Empire's New Clothes: Political Economy and the Fragmentation of International Law' (2007) 60(2) *Stanford Law Review* 595.

<sup>12</sup> Cf. Kolja Möller, *Formwandel der Verfassung. Die postdemokratische Verfasstheit des Transnationalen* (Transcript, 2015); Mark Wenman, *Agonistic Democracy. Constituent Power in the Era of Globalization* (Cambridge University Press, 2013); Antonio Negri, *Insurgencies: Constituent Power and the Modern State* (University of Minnesota Press, 1999); Peter Niesen, Svenja Ahlhaus e Markus Patberg, 'Konstituierende Autorität. Ein Grundbegriff für die Internationale Politische Theorie' (2015) 6(2) *Zeitschrift für politische Theorie* 159.

<sup>13</sup> A questão sobre quem constitui e pertence ao povo sempre foi um assunto complexo. Mas mesmo que rejeitemos as semelhanças culturais ou históricas como um critério viável para o povo e nos contenhemos com uma compreensão kantiana puramente "legalista" do povo como uma associação de sujeitos legais, encontramos essa tensão. Vamos revisitar a definição de Kant em sua "Antropologia". Aqui, Kant argumenta que as pessoas devem ser entendidas como segue:

Pela palavra povo (*populus*) entende-se uma multidão de seres humanos unidos em uma região, na medida em que constituem um todo. Essa multidão, ou mesmo a parte dela que se reconhece como unida em um todo civil através de ancestralidade comum, é chamada de nação (*gens*). Immanuel Kant, *'Anthropology from a Pragmatic Point of View (1798)'* (ed. by Robert B. Louden), (Cambridge University Press, 2006) 213.

Enquanto a dimensão jurídica da nação é crucial para o entendimento de Kant, ele ainda se refere a um território determinável e a referência à consituição de um "todo". Sem entrar em detalhes desses problemas, é óbvio que o constitucionalismo transnacional e suas características fragmentadas torna necessário repensar a concepção de povo.

que remete à teoria política de Maquiavel e do jovem Karl Marx.<sup>14</sup> Como vou mostrar, esta linha de pensamento fornece amplos recursos para uma crítica das hegemonias existentes no constitucionalismo transnacional.

O argumento prossegue em três etapas: Na primeira parte, eu realoco o papel do povo. Um ponto de partida promissor pode ser encontrado na sociologia constitucional recente. Nela, as pessoas não são vistas como um agente unitário ou coletivo, mas, simplesmente, como um mecanismo comunicativo que assume uma função peculiar em relacionar o sistema político ao jurídico, e vice-versa.<sup>15</sup> O poder constituinte equivale a um mecanismo generalizado de des-paradoxalização que não está vinculado a uma comunidade política pré-existente. No entanto, este movimento radical mostra as suas fraquezas quando se trata de uma crítica ao constitucionalismo transnacional. Ele se baseia numa concepção excessivamente generalizada, que não é capaz de distinguir as tendências usurpadoras desde “acima”, que emana dos poderes já constituídos, das variantes democráticas, como os contraciclos desde “abaixo”.

Na segunda parte, debato abordagens que restabelecem uma explícita conexão com aspirações democráticas. Mais especificamente, serão discutidas as abordagens baseadas na soberania popular e na sociedade. Ou o poder constituinte é colapsado em um procedimentalismo do direito público reconstutivo (transnacionalização da soberania popular), ou vinculado a um reflexividade funcional (constitucionalismo societário), ou identificado com o "povo" do estado-nação (soberania baseada no estado-nação). Em todos estes casos, continua a ser uma questão em aberto a forma de lidar com a interação da usurpação procedimental e da sobredeterminação substantiva-hegemônica.

Finalmente, no terceira parte, eu desenho outra opção: reconstruir o poder constituinte como um dispositivo negativo. Ao revisitar uma linha de pensamento que remonta a Maquiavel e Marx, argumenta-se que o poder constituinte é expresso através de cenários revogatórios que abrem vias para uma re-negociação das ordens existentes.

---

<sup>14</sup> De uma perspectiva vulgar sobre as obras de Maquiavel, que o considera ser o inventor do realismo imoral, isso pode parecer surpreendente. No entanto, a relação de Maquiavel com o jovem Marx e o uso do trabalho de Maquiavel como um recurso para conceituar questões constitucionais tornou-se uma importante área de pesquisa, ver Miguel Abensour, *Democracy Against the State: Marx and the Machiavellian Moment* (Polity Press, 2011); John P. McCormick, *Machiavellian Democracy* (Cambridge University Press, 2011); Miguel Vatter, *Between Form and Event. Machiavelli's Theory of Political Freedom* (Fordham University Press, 2014).

<sup>15</sup> Cf. Chris Thornhill, 'Contemporary Constitutionalism and the Dialectic of Constituent Power' (2012) 1(03) *Global Constitutionalism* 369; Gunther Teubner, 'The Project of Constitutional Sociology: Irritating Nation State Constitutionalism' (2013) 4(1) *Transnational Legal Theory* 44.

## I. Poder constituinte como dispositivo funcional

O poder constituinte encontrou uma variedade de expressões e usos históricos. É uma categoria de direito constitucional que evoluiu ao longo dos séculos e desempenha um papel importante na vida política.<sup>16</sup> Líderes políticos e movimentos apelam para o "nós-o-povo". Eles reforçam seus respectivos interesses invocando uma dimensão fundamental da comunidade política.<sup>17</sup> Mesmo no coração do poder constituinte, a França, a pioneira invocação de "la nation" pelo Abbé Sieyès durante a Revolução Francesa foi interpretada de várias maneiras.<sup>18</sup> Sempre foi uma questão controversa como a nação poderia ser representada ou personificada, quem pertencia ao povo francês, ou o qual seria o critério de definição. Desde o início, permaneceu aberta a questão se o poder constituinte pertencia a ninguém e foi reduzido a uma figura de imaginação puramente legal, ou se pertencia a todos em um fluido "plébiscite de tous les jours"<sup>19</sup> no plano social, ou se foi definido por um grupo de representantes esclarecidos e ativistas políticos.

A sociologia constitucional contribuiu fortemente na elucidação desta dúvida. De acordo com Gunther Teubner, Niklas Luhmann e Chris Thornhill, um olhar mais atento à interseção da evolução social e à semântica constitucional revela que seria completamente equivocado simplesmente esperar esclarecimentos normativos.<sup>20</sup> Eles argumentam que o discurso atrativo sobre "nós-o-povo" ou "la nation" exagera que o poder constituinte sirva como um mecanismo funcional, o qual desencadeou a evolução do sistema jurídico e político nas sociedades modernas. Ao se basear no poder constituinte, foi possível externalizar os respectivos paradoxos fundamentais no direito e na política e, assim, ocultar as bases paradoxais em que ambos os sistemas residem.

<sup>16</sup> Martin Loughlin, 'The Concept of Constituent Power' (2014) 13(2) *European Journal of Political Theory* 218; Andreas Kalyvas, 'Popular Sovereignty, Democracy, and the Constituent Power' (2005) 12(2) *Constellations* 224; Josef Isensee, *Das Volk als Grund der Verfassung. Mythos und Relevanz der Lehre von der verfassungsgebenden Gewalt* (Westdeutscher Verlag, 1995).

<sup>17</sup> Veja Bruce Ackerman, 'Constitutional Politics/Constitutional Law' (1989) 99(3) *Yale Law Journal* 453.

<sup>18</sup> Para uma investigação minuciosa do caso francês, cf. Pierre Rosanvallon, *Le Peuple Introuvable. Histoire de la Représentation Démocratique en France* (Gallimard, 1998); para a tradição anglo-saxônica cf. Edmund S. Morgen, *Inventing the People. The Rise of Popular Sovereignty in England and America* (Norton&Company, 1988).

<sup>19</sup> Ernest Renan, *Qu'est-ce que c'est une nation?* (Calmann Lévy, 1882) 27.

<sup>20</sup> Niklas Luhmann, 'Die Verfassung als evolutionäre Errungenschaft' (1990) 9(1) *Rechtshistorisches Journal* 176; Gunther Teubner, *Constitutional Fragments: Societal Constitutionalism and Globalization* (Oxford University Press, 2012); Chris Thornhill, *A Sociology of Constitutions: Constitutions and State Legitimacy in Historical-Sociological Perspective* (Cambridge University Press, 2011).

Do ponto de vista da teoria dos sistemas, o direito e a política são baseados em comunicações autorreferenciais que giram em torno de códigos binários:<sup>21</sup> legal/ilegal, no caso do sistema legal, e, poderoso/impotente, no caso do sistema político. Se indagarmos mais sobre a autorreferência desses códigos, encontramos a questão da autoridade e, mais notavelmente, o “paradoxo fundacional” em ambos os sistemas.<sup>22</sup> Por paradoxo fundacional, temos que entender o seguinte: não está claro se o estabelecimento do código foi em si legal ou ilegal, ou se pode ser considerado como uma expressão de superioridade de poder ou de inferioridade de poder. Esses fundamentos paradoxais representam uma cortina de fumaça. Por um lado, os sistemas sociais inventam mecanismos para esconder suas origens paradoxais e para se apresentar como necessários e viáveis. Por outro lado, eles podem usar explicitamente a estrutura básica paradoxal para se adaptar em um ambiente social em mudança e rever o que consideram como “legal” ou “poderoso”.

Uma vez que o poder constituinte está preocupado com a autorização, mostra uma conexão direta com o paradoxo fundacional. Mais especificamente, o direito e a política externalizam seus respectivos paradoxos fundacionais por força do poder constituinte. Do ponto de vista do sistema jurídico, o estabelecimento do código legal/ilegal remonta a um ato político fundador que é (pelo menos parcialmente) externo aos poderes constituídos do direito. No entanto, essa externalização também aponta uma direção oposta. Do ponto de vista do sistema político, o estabelecimento de seu código (superioridade de poder/inferioridade de poder) é relegado a uma construção jurídica que inibe excessos de poder político e relega sua fundamentação ao sistema jurídico. Nas palavras do próprio Gunther Teubner:

O direito exterioriza seu paradoxo para a política com a ajuda da constituição do estado. (...) A constituição compromete a soberania politicamente irrestrita ao procedimento do direito. A constituição do estado, como um acoplamento estrutural entre o direito e a política, é assim caracterizada pelo fato de que existe uma

---

<sup>21</sup> Niklas Luhmann, *Soziale Systeme. Grundriß einer allgemeinen Theorie* (Suhrkamp, 1984) 242 ff.

<sup>22</sup> Para um inquérito sobre o papel do paradoxo na teoria dos sistemas cf. Urs Stäheli, ‘Politik der Entparadoxierung. Zur Artikulation von Hegemonie- und Systemtheorie’ em O. Marchart (ed), *Das Undarstellbare der Politik Zur Hegemonietheorie* Ernesto Laclaus (Turia+Kant, 1998) 52-66, 58 ff.; veja, também, Phillip Paiement, ‘Paradox and Legitimacy in Transnational Legal Pluralism’ (2013) 4(2) *Transnational Legal Theory* 197.

externalização recíproca dos paradoxos originais da política e do direito.<sup>23</sup>

Portanto, não é uma surpresa o fato do poder constituinte sempre ter oscilado entre as abordagens legalistas, que consideram que o poder constituinte é apenas uma preocupação no raciocínio reconstrutivo dos tribunais, e perspectivas que o vêem como uma questão profundamente política, que não pode ser plenamente internalizada na ordem jurídica. A bifurcação dos enfoques internos-jurídicos e políticos-decisórios<sup>24</sup> do poder constituinte não é apenas uma questão de teoria, ele está enraizado na externalização recíproca dos respectivos paradoxos fundacionais.

Ecoando essas ideias, Chris Thornhill impulsionou uma abordagem funcionalista ao poder constituinte, além do estado.<sup>25</sup> De acordo com Thornhill, a função mais importante do poder constituinte deve ser sua contribuição em constituir e disseminar o poder político em toda a sociedade. Impulsiona um duplo movimento, concomitante, de expansão e limitação. Invocando o poder constituinte, “o estado se considerou como normativamente desejado pelo povo”, enquanto limitou seu alcance ao ver seus cidadãos simultaneamente como portadores de direitos.<sup>26</sup> Assim, foi possível ao estado restringir a cobertura do exercício do poder político e, ao mesmo tempo, reivindicar a autoridade política suprema.

Tendo em conta esta generalização funcional do poder constituinte, Thornhill des-dramatiza o papel do poder constituinte no constitucionalismo transnacional. O papel forte dos tribunais, dos direitos e da esfera judiciária não pode representar o fim do poder constituinte ou indicar déficits democráticos, porque o poder constituinte sempre foi uma construção funcional, que oscilava entre reivindicações de direitos subjetivos e o poder do estado. Ele não identifica uma deterioração, mas apenas uma reconfiguração: “Na constituição transnacional, portanto, o nexos original entre direitos e poder constituinte é reconfigurado como um princípio que continua a apoiar a diferenciação social e a transfusão do poder político.”<sup>27</sup> Embora Thornhill observe o

---

<sup>23</sup> Gunther Teubner, ‘Exogenous Self-binding: How Social Systems Externalise Their Foundational Paradox in the Process of Constitutionalisation’ em Alberto Febbrajo e Giancarlo Corsi (eds), *Sociology Of Constitutions: A Paradoxical Perspective* (Routledge, 2016) 30-48, 3 (in the manuscript).

<sup>24</sup> Veja as distinções em: Martin Loughlin, ‘The Concept of Constituent Power’ (2014) 13(2) *European Journal of Political Theory* 218.

<sup>25</sup> Chris Thornhill, ‘A Sociology of Constituent Power: The Political Code of Transnational Societal Constitutions’ (2013) 20(2) *Indiana Journal of Global Legal Studies* 551; Chris Thornhill, ‘Contemporary Constitutionalism and the Dialectic of Constituent Power’ (2012) 1(03) *Global Constitutionalism* 369.

<sup>26</sup> Thornhill, ‘Contemporary Constitutionalism and the Dialectic of Constituent Power’ (n 26) 384.

<sup>27</sup> *Ibid*, 393.

recuo do constitucionalismo fundamental em favor de justificativas baseadas em direitos, ele não identifica uma contradição severa com a noção de estruturas jurídico-políticas herdada. A função central do constitucionalismo, de "apoiar a diferenciação funcional" e "transfundir o poder político", é simplesmente reconfigurada.

O mérito de uma perspectiva sócio-teórica tão sóbria sobre o poder constituinte é óbvio. Ela consegue generalizar e reespecificar o poder constituinte, mesmo em condições em que falte uma comunidade política nacional e, para citar as polêmicas de Luhmann sobre constitucionalismo normativo, falem "declarações cerimoniais" e "ilusões de possibilidade".<sup>28</sup> Mas, se o poder constituinte for considerado como uma estratégia comunicativa de sistemas já constituídos para lidar com os seus paradoxos fundacionais, ele abrange uma vasta gama de fenômenos. As viagens dos juristas constitucionais ocidentais (constitucionalização externa), a tomada de decisões do Conselho de Segurança da ONU, a invocação dos "direitos humanos" constituintes pelos tribunais internacionais, bem como a autodescrição dos Estados-nação como "mestres de tratados internacionais" podem ser reconstruídos como partes de um *pouvoir constituant* internacionalizado.

Esta linha de pensamento, obviamente, perde de vista um aspecto central do poder constituinte. Pelo menos na sua variedade democrática, a noção de poder constituinte serviu àqueles que foram submetidos a poderes constituídos como um dispositivo para revogar as formas jurídicas existentes, ou para representar uma ameaça à ordem existente.<sup>29</sup> O poder constituinte não só ajuda os sistemas a agregar poder, ele também serve como um ponto de referência para compensar o poder do sistema desde "abaixo".<sup>30</sup> De um ponto de vista funcional, no entanto, torna-se impossível discernir a usurpação do poder constituinte desde "acima" de suas variantes democráticas.

---

<sup>28</sup> Niklas Luhmann, 'Die Verfassung als evolutionäre Errungenschaft' (1990) 9(1) *Rechtshistorisches Journal* 176, 176 e 184.

<sup>29</sup> Aqui, eu aludo a uma linha de pensamento que pode ser rastreada até Maquiavel e Marx. Ela enfatiza a dimensão contestatória do poder constituinte e será discutida em profundidade na terceira parte do artigo. Para uma abordagem holística que se baseia no momento construtivo e político do poder constituinte para instituir uma nova ordem cf. Andreas Kalyvas, 'Popular Sovereignty, Democracy, and the Constituent Power' (2005) 12(2) *Constellations* 224; sobre a repatriação contra-hegemônica do poder constituinte para as forças do trabalho vivo, cf. Antonio Negri, *Insurgencies: Constituent Power and the Modern State* (University of Minnesota Press, 1999).

<sup>30</sup> Cf. em um mesmo sentido: Martin Loughlin, 'The Concept of Constituent Power' (2014) 13(2) *European Journal of Political Theory* 218, 233 ff.

## II. Poder constituinte e democratização

Não parece ser adequado restringir o poder constituinte a uma mera estratégia de desparadoxizar os poderes constituídos. De fato, o apelo ao “Nós-o-povo” desempenha um papel vital nos conflitos sociais e políticos. Isso ainda reverbera no reino inter e transnacional. Os movimentos sociais e públicos invocam, regularmente, o poder constituinte.<sup>31</sup> Desde a chamada para uma "democracia real", no Sul europeu, até os protestos Anti-G8 e os movimentos de refugiados, a mensagem irradia: Nós somos o "verdadeiro" poder constituinte sobre o qual os poderes constituídos são construídos. É possível desprezar tais insígnias como uma espécie de erro de categoria “populista”, que sobrecarrega a política normal com uma dimensão constitucional.<sup>32</sup> No entanto, o poder constituinte é, regularmente, um ponto de referência quando os poderes constituídos são suspeitos de não expressar a vontade original do povo.<sup>33</sup> Na seção seguinte, examinarei diferentes abordagens teóricas que estabelecem uma ligação entre o poder constituinte e pedidos de democratização. Mais especificamente, me interessarei em seu respectivo potencial para desafiar hegemonias existentes no plano do constitucionalismo transnacional.

### Transnacionalização da soberania popular: Em direção a um *pouvoir constituant* misto?

Uma primeira abordagem pode ser identificada nas perspectivas de transnacionalização da soberania popular. Nos últimos anos, toda uma vertente da teoria política e jurídica internacional destacou uma abordagem mais deliberada e orientada para o processo da soberania popular.<sup>34</sup> À luz das implicações transfronteiriças, da universalidade dos direitos humanos e dos novos tipos de distribuição de competências, argumenta-se que

<sup>31</sup> Saki Bailey e Ugo Mattei, ‘Social Movements as Constituent Power: The Italian Struggle for the Commons’ (2013) 20(2) *Indiana Journal of Global Legal Studies* 965.

<sup>32</sup> Nadia Urbinati, *Democracy Disfigured: Opinion, Truth, and the People* (Harvard University Press, 2014) 128 ff.

<sup>33</sup> Bruce Ackerman, *We the People 2. Transformations* (The Belknap Press of Harvard University Press, 1998); Paulina Ochoa Espejo, *The Time of Popular Sovereignty. Process and the Democratic State* (Penn State University Press, 2011).

<sup>34</sup> Cf. David Held, *Democracy and the Global Order. From the Modern State to Cosmopolitan Governance* (Polity Press, 1995); Andreas Niederberger, *Demokratie unter Bedingungen der Weltgesellschaft?* (de Gruyter, 2009) 405 ff.

a compreensão tradicional da soberania popular, que localiza o poder constituinte em um povo nacional, precisa ser revista. Tradicionalmente, o foco esteve em momentos fundamentais da história constitucional, onde o palco do povo, da soberania popular, era (na maioria dos casos, retroativamente) nação. Mas, os modos supranacionais e transnacionais de ordenamentos tornam o quadro mais complexo. A normatividade democrática básica, de que os afetados pelas leis devem ter a possibilidade de se considerar como seus autores (tese da identidade), deve estar relacionada a formas super e transnacionais de elaboração de leis e interconexões sociais. Diferentes comunidades são afetadas de forma diferente pela legalidade nacional, internacional e transnacional, e os afetados não são simplesmente cidadãos, mas também entidades, como estados ou agentes corporativos. A normatividade básica da soberania popular representa uma ferramenta para avaliar instituições e sistemas de tratados já existentes, com vistas à sua legitimação pelos afetados. A noção de povo é descentralizada, pluralizada, e, parcialmente, dissociada das versões herdadas da nacionalidade nacional. E se distribui através de uma noção mais plural de *demoi* e das esferas públicas.<sup>35</sup>

Isto inspirou uma concepção de *pouvoir constituant mixte*, de poder constituinte misto. Conforme originalmente desenvolvido no discurso de direito internacional, e logo defendido no trabalho recente de Jürgen Habermas, o poder constituinte equivaleria a um modelo dualista de autorização.<sup>36</sup> O caso exemplar é a União Europeia. Argumenta-se que os tratados e instituições existentes já encarnam uma estrutura de legitimação dualista. Os Estados-Membros e os seus governos (representados no Conselho Europeu), bem como os cidadãos europeus (representados no Parlamento Europeu), devem ser considerados como compartilhando a autoridade constituinte. À primeira vista, esta parece ser uma interpretação plausível que lança luz sobre o equilíbrio institucional entre o Conselho e o Parlamento. Mas, se passarmos da relação dualista já estabelecida de poderes constituídos para a autorização dualista inicialmente suposta, o argumento passa por uma torção reconstrutiva.<sup>37</sup>

---

<sup>35</sup> Cf. James Bohman, *Democracy Across Borders. From Demos to Demoi* (MIT Press, 2007).

<sup>36</sup> Jürgen Habermas, *Zur Verfassung Europas* (Suhrkamp, 2011) 67 ff.. Este modelo dualista é extensivamente desenvolvido em: Peter Niesen, 'Der Pouvoir Constituant Mixte als Theorie der Föderation' em Eva-Marlene Hausteiner (ed), *Föderalismen Traditionen und Modelle jenseits des Bundesstaates* (Nomos, 2016) 209-234; Markus Patberg, *Usurpation und Autorisierung. Konstituierende Gewalt im globalen Zeitalter* (unpublished Phd-thesis, University of Hamburg, 2016).

<sup>37</sup> Jürgen Habermas, *Zur Verfassung Europas* (Suhrkamp, 2011) 67 ff.

O modo dualista de autorização emana de uma reconstrução racional da integração europeia.<sup>38</sup> Por reconstrução racional, devemos entender um método “para identificar partículas e fragmentos de 'razão existente' em práticas sociais” que já existam.<sup>39</sup> O projeto global não consiste em planejar uma futura constituição para a Europa. Habermas apenas quer “reconhecer o caráter democrático da forma já assumida pela União Europeia como resultado do Tratado de Lisboa”.<sup>40</sup> Os tratados abraçam uma estrutura dualista de legitimação inicial na medida em que combinam dois níveis de formação política. O papel dos Estados-Membros pode ser rastreado até à autorização dos respectivos cidadãos nacionais, enquanto o papel do Parlamento Europeu e das variedades emergentes da cidadania europeia referem-se aos cidadãos europeus na sua totalidade. O primeiro pode ser reconstruído como autores das constituições nacionais, os últimos como autores da camada europeia. O indivíduo participa, simultaneamente, em ambos os níveis no processo de formação política.

A questão não é se um ato de fundação política, onde o poder constituinte realmente se desenrola, é identificável. Em vez disso, temos de nos engajar em um cenário de fundação hipotética e perguntar se nós, como fundadores hipotéticos desta política supranacional em um discurso racional, teríamos estabelecido uma estrutura constitucional similar.<sup>41</sup> Isso pode ser feito para a maioria das constituições democráticas nacionais, não obstante se foram estabelecidas através de um ato fundacional democrático ou através da comunidade internacional. Podemos, retroativamente, concebê-las como normativamente ligadas à vontade do povo. A reconstrução racional transforma o poder constituinte em um raciocínio procedimental e retroativo, que migra para as cabeças dos cidadãos. Então, é possível tornar explícita uma variedade democrática de autoridade constituinte, se isso for possível (este é o caso dos tratados europeus existentes). Ou, uma reconstrução racional pode estabelecer referências para novas etapas na democratização da formação política inter- e transnacional e a superação de déficits de legitimidade, onde for necessário.

É claro, desde o início, que o *pouvoir constituinte* mixte reflete uma transnacionalização do procedimentalismo do direito público. Os traços hegemônicos do

---

<sup>38</sup> Cf. Daniel Gaus, ‘Rational Reconstruction as a Method of Political Theory between Social Critique and Empirical Political Science’ (2013) 20(4) *Constellations* 553.

<sup>39</sup> Markus Patberg, ‘Supranational Constitutional Politics and the Method of Rational Reconstruction’ (2014) 40(6) *Philosophy & Social Criticism* 501, 513.

<sup>40</sup> Jürgen Habermas, *The Crisis of the European Union. A Response* (Polity Press, 2012) 21.

<sup>41</sup> *Ibid.*, 30; Markus Patberg, ‘Supranational Constitutional Politics and the Method of Rational Reconstruction’ (2014) 40(6) *Philosophy & Social Criticism* 501, 514 ff.

constitucionalismo transnacional devem ser confrontados com a necessidade de autorização democrática, legitimação dos poderes públicos e a afirmação do controle público sobre importantes campos sociais, tais como transações econômicas. Isto vem acompanhado de um diagnóstico específico sobre os traços hegemônicos do constitucionalismo transnacional. O foco principal é a usurpação procedimental do poder constituinte por agentes poderosos. Alguma prerrogativa do direito público e da legitimação democrática deverá neutralizar essas tendências.

Mas, continua uma questão aberta se esta ênfase em procedimentos legais e imparciais pode reagir adequadamente à segunda tendência, a introdução material de projetos hegemônicos. Imaginemos que os cidadãos se envolvam numa reconstrução racional do seu estatuto político e jurídico. Eles concluem que teriam feito a mesma constituição nacional democrática que já possuem, e avaliam a legitimidade da constitucionalização transnacional de acordo com os padrões democráticos. Consequentemente, introduzem – onde e quando for necessário – medidas de reforma que fechem as lacunas de legitimidade. Eles reforçam a representação parlamentar perante o executivo, inventam novos mecanismos de revisão judicial e prestação de contas, etc. Mas, mesmo que todos estes exercícios procedimentais sejam cumpridos, a sobredeterminação material (por exemplo, no que diz respeito às políticas econômicas e fiscais) persiste. Embora as condições para uma crítica do constitucionalismo transnacional possam ser melhoradas, as severas restrições sobre as opções políticas disponíveis não são necessariamente abordadas.

Curiosamente, foi a discussão sobre a crise do Euro e o conflito com as forças antiausteridade no sul europeu, que revelou tanto o potencial como os limites de tais justificativas procedimentais.<sup>42</sup> Para o governo grego, foi possível começar a mobilização simbólica do "nós-o-povo" contra o Eurogrupo e a Troika, e invocar "o povo",<sup>43</sup> mas, no fim do dia, também ficou claro que o apelo ao poder constituinte tinha pouco poder. Derrubado pelo Eurogrupo e pela Alemanha, tornou-se óbvio que a justificativa meramente procedimental da soberania popular era impotente. O bloqueio geral não emanou apenas da falta de dispositivos procedimentais, mas de relações hegemônicas e assimetrias materiais no mercado europeu.

---

<sup>42</sup> Para uma análise, veja: Jonathan White, 'Emergency Europe' (2015) 63(2) Political Studies 300.

<sup>43</sup> Yannis Stavrakakis, "o regresso do povo": o populismo e o antipopulismo na sombra da crise Europeia (2014) 21 (4) Constelações 505.

### Constitucionalismo societário transnacional

Depois de revelar alguns problemas do *pouvoir constituant* mixte, me volto para uma discussão sobre a tentativa do constitucionalismo societário de reformular o poder constituinte. No trabalho de abordagens recentes da teoria crítica dos sistemas, a estrutura da teoria dos sistemas é usada com uma intenção normativa.<sup>44</sup> Este fio de raciocínio teórico destaca uma mudança fundamental na conceituação do poder constituinte. Uma vez que a constitucionalização transnacional deve ser retratada como incremental ou capilar, sendo enraizada para além do sistema político, a demanda por democratização muda de terreno.<sup>45</sup> Não pode e, de fato, não deve subordinar as lógicas heterogêneas de vários regimes jurídicos à esfera política. Em vez disso, uma democracia societária ou social é prevista, assumindo seu ponto de partida precisamente dentro desses regimes. A dimensão democrática consiste, primordialmente, em uma capacidade de resposta perene a uma pluralidade de ambientes sociais.

A fim de compreender esta reformulação, é útil recordar a distinção básica que impulsiona essa linha de pensamento. Segundo a teoria dos sistemas, temos que começar não de povos, estados ou cidadãos, mas de fluxos de comunicação social. Este é o caso se as comunicações forem recursivamente encadeadas em um código binário comum, como legal/ilegal, no sistema jurídico, ou poderoso/impotente, no caso do sistema político.<sup>46</sup> No entanto, esta conexão comunicativa só pode entrar em cena se relegar todas as outras comunicações sociais para o exterior, o ambiente social, como Luhmann cunhou. Desta forma, a gramática constitucional é fortemente transformada, separada da língua herdada do constitucionalismo político, e generalizada para uma pluralidade de regimes jurídicos transnacionais.

O objeto de tal constitucionalismo societário é representado como segue: Os sistemas e regimes tendem a maximizar a sua racionalidade inerente.<sup>47</sup> As racionalidades específicas por área ficam destacadas de seus ambientes sociais. Eles

<sup>44</sup> Cf. Andreas Fischer-Lescano, 'Critical Systems Theory' (2012) 38(1) *Philosophy & Social Criticism* 3.

<sup>45</sup> Gunther Teubner, *Constitutional Fragments: Societal Constitutionalism and Globalization* (Oxford University Press, 2012) 83 ff.; para uma crítica, veja Emiliós Christodoulidis, 'On the Politics of Societal Constitutionalism' (2013) 20(2) *Indiana Journal of Global Legal Studies* 629.

<sup>46</sup> Niklas Luhmann, *Soziale Systeme: Grundriß einer allgemeinen Theorie* (Suhrkamp, 1984) 242 ff.

<sup>47</sup> Para uma análise sistemática a respeito dessa observação cf. Kolja Möller, 'A Critical Theory of Transnational Regimes. Creeping Managerialism and the Quest for a Destituent Power' em Kerstin Blome e outros (eds), *Contested Collisions Interdisciplinary Inquiries into Norm Fragmentation in World Society* (Cambridge University Press, 2016) 255-280.

criam seus respectivos 'deuses',<sup>48</sup> e os equipam com competência geral de resolução de problemas. O regime econômico global é construído em torno da lógica expansionista de acumulação financeira, o sistema estatal em torno da expansão das reivindicações de poder na política de segurança, o sistema científico generaliza um tipo de racionalidade que desqualifica corpos tradicionais de conhecimento. Regimes coagulam em "matrizes anônimas" que seguem uma lógica totalizante.<sup>49</sup> Essa visão reverbera menos a teoria dos sistemas de Luhmann do que a crítica da economia política de Marx, na qual as forças produtivas da evolução social colapsam em forças destrutivas. Eles destroem outras condições sociais para a comunicação ou as impedem de emergirem.<sup>50</sup>

Mas, a reflexividade constitucional pode servir como uma porta de entrada para as demandas dos ambientes sociais através da possibilidade de um 'reingresso'.<sup>51</sup> Embora nenhuma super ou meta-constituição de regimes é concebível, pode ser possível controlar a compulsão maximizadora através de contrapoderes:

[...] forças sociais externas, que não são apenas instrumentos estatais de poder, mas também regras legais, e contrapoderes da "sociedade civil" de outros contextos, mídia, discussão pública, protestos espontâneos, intelectuais, movimentos sociais, ONGs ou poder sindical, etc., devem aplicar uma imensa pressão sobre os sistemas de funções para que as autolimitações internas sejam configuradas e se tornem verdadeiramente eficazes.<sup>52</sup>

Em um cenário tão híbrido, outras racionalidades sociais entram em palco e minam a vontade hegemônica, ou assim se espera. A questão é saber se "tais instituições não-estatais apresentam analogias sustentáveis para o pouvoir constituint dentro do Estado-nação, para a autoconstituição de um coletivo, para tomada de decisões democráticas, e para a parte organizacional de uma constituição política no

<sup>48</sup> Andreas Fischer-Lescano e Gunther Teubner, 'Regime-Collisions: The Vain Search for Legal Unity in the Fragmentation of Global Law' (2004) 25(4) Michigan Journal of International Law 999, 1006.

<sup>49</sup> Gunther Teubner, 'The Anonymous Matrix: Human Rights Violations by 'Private' Transnational Actors' (2006) 69(3) The Modern Law Review 327.

<sup>50</sup> Isso pode se desdobrar em duas etapas: 1. os regimes hegemônicos colonizam seus ambientes sociais ao universalizar sua racionalidade; 2. no entanto, como eles, por sua vez, vivem das funções de outros sistemas e de seus ambientes, pode ocorrer a 'Death by Complexity', na tradução literal, "Morte pela Complexidade", (cf. Moritz Renner, 'Death by Complexity – The Crisis of Law in World Society' em Poul F. Kjaer, Alberto Febbrajo e Gunther Teubner (eds), *The Financial Crisis in Constitutional Perspective: The Dark Side of Functional Differentiation* (Hart Publishing, 2011) 93-112 ), uma vez que não podem garantir a sua própria reprodução.

<sup>51</sup> Cf. Niklas Luhmann, 'Observing Re-entries' (1993) 16(2) Graduate Faculty Philosophy Journal 485.

<sup>52</sup> Gunther Teubner, 'A Constitutional Moment? The Logics of 'Hitting the Bottom'' em Poul F. Kjaer, Gunther Teubner e Alberto Febbrajo (eds), *The Financial Crisis in Constitutional Perspective: The Dark Side of Functional Differentiation* (Hart Publishing, 2011) 9-51, 13.

sentido estrito".<sup>53</sup> Neste quadro, o poder constituinte nem reside no estado-nação, nem no povo. Está localizado no "potencial comunicativo" e na "energia social" que nutre e corrige a autorreferência sistêmica.<sup>54</sup>

No entanto, esta mudança corre o risco de diluir a dimensão radical do poder constituinte. Isso se deve, principalmente, ao pressuposto de que a diferenciação funcional consiste em uma conquista evolutiva que não pode, e não deve, ser revogada. A diferenciação funcional equivale a uma concepção normativa que permite a emersão de uma pluralidade de esferas de comunicação social. Cada tentativa de minar este tipo de liberdade da sociedade civil, através da criação de hierarquias intersistêmicas, ou de des-diferenciação, deve ser considerada como ameaça. Supõe-se que toda a politização demasiadamente vasta pode, igualmente, desencadear uma dinâmica totalizante, não menos destrutiva do que o impulso universalizante dos regimes.<sup>55</sup> Todas as perspectivas destinam-se a corrigir a autorreferência funcional de modo imanente, mas quase não oferecem espaço para o questionamento fundamental - portanto, para uma crítica que não só pergunta se o direito de um respectivo regime é justo ou se sua constituição política faz jus ao interesse geral,<sup>56</sup> mas que também pergunta se um determinado regime, a suas leis ou políticas são de todo necessárias. Assim, os contrapoderes têm uma tarefa relativamente clara e restrita. Eles devem bloquear os efeitos colonizadores nos ambientes sociais e, assim, permitir que a diferenciação funcional atinja seu potencial normativo.

O que parece pouco atrativo, e até perigoso, é questionar fundamentalmente os regimes legais ou revogá-los. No que diz respeito à constituição econômica, por exemplo, o abandono do crescimento econômico é rejeitado como potencialmente des-diferenciador. A crítica só deve atacar os "excessos autodestrutivos do crescimento", já que "uma economia monetizada em funcionamento depende de certa compulsão para crescer".<sup>57</sup> O que se discerne aqui é que a constitucionalização híbrida e o papel do poder constituinte como energia social não se destinam a revogar o respectivo regime. Não pode revogá-lo, porque isso minaria o curso evolutivo da diferenciação funcional

---

<sup>53</sup> Gunther Teubner, *Constitutional Fragments: Societal Constitutionalism and Globalization* (Oxford University Press, 2012) 8.

<sup>54</sup> *Ibid*, 63.

<sup>55</sup> *Ibid*, 86 ff.

<sup>56</sup> Este ponto refere-se à fórmula de contingência do respectivo sistema funcional; no que diz respeito ao sistema político, cf. Niklas Luhmann, *Die Politik der Gesellschaft* (Suhrkamp, 2002) 118 ff.; no que diz respeito ao direito, cf. Guilherme Leite Gonçalves, *Il Rifugio delle Aspettative. Saggio sulla Certezza del Diritto* (Pensa Multimedia, 2013).

<sup>57</sup> Teubner, *Constitutional Fragments: Societal Constitutionalism and Globalization* (n 54) 99.

como uma espécie de "queda da humanidade" (argumento evolucionário). E, o poder constituinte não pode revogar, porque isso é cair na des-diferenciação (argumento normativo). Há um perigo silencioso nas perspectivas do constitucionalismo societário de que o momento subversivo do poder constituinte colapsa em uma "construção do respeito".<sup>58</sup> Mas, concomitantemente, parece haver a opção de compreender a constitucionalização híbrida prevista num sentido mais radical. Então, os momentos democráticos inerentes ao regime dependem da existência de um ponto de desrespeito, que pode revogar até mesmo os processos de diferenciação. Este seria o reingresso da crítica de sistemas dentro dos sistemas.

### Soberania popular baseada no estado-nação

O abismo entre as credenciais democráticas do poder constituinte e constitucionalismo transnacional inspira uma terceira vertente de raciocínio, que defende a variedade herdada de constitucionalismo fundamental no nível de estado-nação.<sup>59</sup> Argumenta-se que o direito legítimo deve necessariamente ser o resultado de procedimentos democráticos, e, mais importante, de um processo legislativo. Nas palavras de Ingeborg Maus, um teórico jurídico alemão que fornece uma crítica pungente do constitucionalismo transnacional: Somente "o povo soberano (direto ou representado) tem o poder legislativo e dispõe do processo decisório".<sup>60</sup> A elaboração de regras autorreferenciais na esfera transnacional, que não pode mais ser identificada com a soberania popular, é retratada como um empreendimento duvidoso. Toda tentativa de transferir o conceito específico de constitucionalismo moderno para a sociedade mundial mostra um mal-entendido ideológico. Maus argumenta que a legalização transnacional não pode ser considerada direito ou constitucionalização no sentido pleno. Ela representa uma recorrência ideológica do "ancien régime" e da "resistência

<sup>58</sup> This was Marx' critique on Hegel's corporate constitution in the 19th century: Karl Marx, 'Kritik des Hegelschen Staatsrechts (1843)' em Marx-Engels-Werke Band 1 (Dietz-Verlag, 1972) 203-333, 288 ff.

<sup>59</sup> Ingeborg Maus, 'Verfassung oder Vertrag. Zur Verrechtlichung globaler Politik' em Benjamin Herborth e Peter Niesen (eds), *Anarchie der kommunikativen Freiheit Jürgen Habermas und die Theorie der internationalen Politik* (Suhrkamp, 2007) 383-405; Ernst-Wolfgang Böckenförde, 'Die Zukunft politischer Autonomie. Demokratie und Staatlichkeit im Zeichen von Globalisierung, Europäisierung und Individualisierung' em Ernst-Wolfgang Böckenförde (ed), *Staat, Nation, Europa 1999*) 103-126; Petra Dobner, 'More Law, Less Democracy? Democracy and Transnational Constitutionalism' em Petra Dobner e Martin Loughlin (eds), *The Twilight of Constitutionalism?* (Oxford University Press, 2010) 141-161; Somek, 'Constituent Power in National and Transnational Contexts' (n 1).

<sup>60</sup> Ingeborg Maus, *Über Volkssouveränität: Elemente einer Demokratietheorie* (Suhrkamp, 2011) 8.

contrarrevolucionária" legitimista.<sup>61</sup> A herança da Revolução Francesa deve ser defendida em locais onde, pelo menos, alguns mecanismos democráticos básicos são identificáveis. Maus defende o retorno à figura jurídica do contrato em relações internacionais. Desta forma, é mais provável que um "retorno factual da política transnacional e global dentro dos processos decisórios processados democraticamente nos estados-nação seja garantido".<sup>62</sup>

Na mesma linha, Alexander Somek enfatizou a enorme diferença entre autonomia política e constitucionalismo transnacional.<sup>63</sup> Na opinião de Somek, o exercício do poder constituinte depende da liberdade comunicativa e da concomitante vontade comum – formação entre livres e iguais. Mas, parece faltar no âmbito transnacional uma formação de vontade política comunicativa que “tenta exercer controle conjunto sobre o que homens e mulheres percebem ser a situação de sua vida”.<sup>64</sup> Somek conclui que “a liberdade comunicativa não existe na situação acidentalmente cosmopolita”.<sup>65</sup> Isto não é apenas uma questão de construção teórica. Como ele enfatiza, isso afeta seriamente os efeitos dos modos de subjetividade política no mundo real. Enquanto a concepção democrática de poder constituinte encoraja uma subjetividade política, também mostra um traço volitivo peculiar ao reivindicar o controle do bem comum, os modos de constitucionalização além do Estado estão intrinsecamente ligados a uma imensa “passividade” do sujeito.<sup>66</sup> É possível recorrer a diferentes linguagens gerenciais dos regimes jurídicos, mas não se pode adotar uma perspectiva de conscientemente “constituir” uma ordem política ou determinar as condições de vida de um dado coletivo político.

Esta vertente de discussão representa um certo ideal normativo contra uma nova forma de constitucionalismo transnacional. Ela mostra a (longa) distância que existe entre as tendências hegemônicas e uma concepção democrática de poder constituinte. Mas, é questionável se as condições sociais para a sua viabilidade existem. A capacidade de uma concepção territorialmente limitada do "nós-o-povo" parece

---

<sup>61</sup> Ingeborg Maus, ‘Verfassung und Verfassungsgebung. Zur Kritik des Theorems einer "Emergenz" supranationaler und transnationaler Verfassungen’ em Regina Kreide e Andreas Niederberger (eds), *Staatliche Souveränität und transnationales Recht* (Mering: Hampp 2010) 27-70, 29 e 30.

<sup>62</sup> Ingeborg Maus, ‘Verfassung oder Vertrag. Zur Verrechtlichung globaler Politik’ em Benjamin Herborth e Peter Niesen (eds), *Anarchie der kommunikativen Freiheit* Jürgen Habermas und die Theorie der internationalen Politik (Suhrkamp, 2007) 383-405, 381.

<sup>63</sup> Somek, ‘Constituent Power in National and Transnational Contexts’ (n 1).

<sup>64</sup> *Ibid*, 48.

<sup>65</sup> *Ibid*, 59.

<sup>66</sup> *Ibid*, 40.

expirar quando a articulação das formas sociais, como a economia, o direito e a política, é estruturalmente transformada. Mais importante ainda, torna-se cada vez mais difícil prover o controle democrático dos processos sociais em nível nacional, e permanece uma questão em aberto se a autodeterminação baseada no Estado pode fazer alguma coisa para se opor aos sistemas funcionais transnacionais.

Em muitos aspectos, o estado ou, pelo menos, alguns de seus aparelhos, são muitas vezes parte de regimes transnacionais. Não devemos negligenciar o fato de que tendências hegemônicas são observáveis no próprio nível nacional. A passagem para o constitucionalismo transnacional abrange, até mesmo, o constitucionalismo do Estado-nação, e o reforma em certa medida. Enquanto o constitucionalismo do pós-guerra na esfera do Atlântico implicava direitos sociais, abertura a diferentes políticas econômicas, e a pretensão de espalhar a democracia através de outras instituições sociais,<sup>67</sup> o novo constitucionalismo transnacional exerce pressões para um "estado de concorrência".<sup>68</sup> Não é de surpreender que, mesmo no nível do Estado-nação, as políticas de mercado liberais entrem no reino constitucional.<sup>69</sup>

Contrariamente a essa observação, a demanda por restaurar a soberania nacional ainda pressupõe um persistente estado de bem-estar democrático. O retorno a um sistema internacional baseado em contratos e tratados só pode ser justificado se o estado-nação ainda for capaz de implementar os resultados dos procedimentos democráticos. Mas, é incorporado em uma economia transnacional que pré-forma processos decisórios, e torna quase impossível encontrar uma saída sem estabelecer novos modos de desenvolvimento econômico. O retorno a uma abordagem ao estilo tratado, implicitamente, enfatiza "consequências social-revolucionárias desarticuladas", pois teria que dissociar a conexão entre a economia mundial e a concorrência interestadual.<sup>70</sup>

---

<sup>67</sup> Cf. a perspectiva promissora sobre constitucionalismo pós-guerra social-democrata em Wolfgang Abendroth, 'Zum Begriff des demokratischen und sozialen Rechtsstaates im Grundgesetz der Bundesrepublik Deutschland (1954)' em Wolfgang Abendroth (ed), *Gesammelte Schriften Band 2* (Offizin, 2008) 338-357.

<sup>68</sup> Bob Jessop, *The Future of the Capitalist State* (Polity Press, 2002) 95 ff.

<sup>69</sup> O exemplo mais recente dessa tendência é a introdução de limites ao endividamento dentro do constitucionalismo europeu. Eles restringem as opções políticas disponíveis no processo parlamentar e enfraquecem as políticas fiscais anticíclicas.

<sup>70</sup> É assim que Oliver Eberl e Florian Rödl reconstruem a relação entre economia política internacional e democracia radical; cf. Oliver Eberl e Florian Rödl, 'Kritische Politische Ökonomie und radikale Demokratietheorie: Eine Begegnung auf der Suche nach der postneoliberalen Weltrechtsordnung' (2010) 43(4) *Kritische Justiz* 416, 426.

## Poder Destituente

A busca por uma legitimação democrática fundamental ressurgiu com maior intensidade. No entanto, as explicações procedimentalistas correm o risco de serem legitimistas, ao atribuir potenciais democráticos às instituições jurídicas sem reconhecer seus respectivos enredamentos nas estruturas hegemônicas.<sup>71</sup> Além disso, é uma questão aberta saber se os procedimentos, por si só, podem efetivamente contestar a constitucionalização de objetivos de políticas seletivas como compromissos da mais alta importância.

Na parte final deste artigo, delinco outra opção que enfatiza a dimensão negativa do poder constituinte. Historicamente, não esteve unicamente ligada ao cenário fundacional da autoinstituição, mas sempre teve a ver com a contestação e, até mesmo, a destituição de poderes constituídos já existentes. Ao invocar o poder constituinte, aqueles que foram dominados deslegitimaram o modo de governo e abriram caminhos para renegociar a ordem existente. Esse giro negativo encoraja uma abordagem mais estratégica, que enfatiza uma lógica contestatória inerente ao conceito de poder constituinte.

## Negatividade

Essa negatividade foi revelada por Olivier Beaud em sua reconstrução do seminal trabalho de Abbé Sieyès.<sup>72</sup> Beaud salienta que o argumento de Sieyès não apenas transferiu o poder constituinte para a nação, mas também sustentou um "pouvoir déconstituant" negativo. Nas palavras de Beaud: "Le pouvoir constituant chez Sieyès est donc un pouvoir "déconstituant" avant d'être un pouvoir "reconstituant".<sup>73</sup> Com a noção de poder constituinte, Sieyès inseriu "un droit d'insurrection dans la théorie

<sup>71</sup> Cf. Sérgio Costa e Guilherme Leite Gonçalves, 'The Global Constitutionalization of Human Rights: Overcoming Contemporary Injustices or Juridifying Old Asymmetries?' (2016) 64(2) *Current Sociology* 311.

<sup>72</sup> Olivier Beaud, *La Puissance de l'Etat* (Presses Universitaires de France, 1994) 223 ff.

<sup>73</sup> *Ibid.*, 224. (Antes de ser um poder "reconstituente", o conceito de poder constituinte de Sieyès é um poder "desconstituente"). Beaud apresenta ambos os poderes, destituente e re-constituente, como estando em uma certa tensão. Para a ênfase no aspecto negativo, ver também a discussão de Habermas sobre a diferença entre a Revolução Francesa e a Revolução Americana: Jürgen Habermas, 'Naturrecht und Revolution' em Jürgen Habermas (ed), *Theorie und Praxis Sozialphilosophische Studien* (Suhrkamp, 1972) 89-127, 94 ff. Na mesma linha, Elster conecta processos constitucionais com fenômenos de crise social: Jon Elster, 'Forces and Mechanisms in Constitution-Making Processes' (1995) 45(2) *Duke Law Journal* 371 ff.

constitutionelle.”<sup>74</sup> Mas como dar sentido a esse giro negativo e destituente? Tradicionalmente, o debate sobre o poder constituinte tem abordado esta questão sob o rubrum de um "direito à revolução", em outras palavras, a questão se o povo está vinculado pela constituição, ou se o povo retém o direito de substituir a constituição existente por uma nova.<sup>75</sup> No entanto, parece útil investigar mais sobre uma reconstrução tão negativa. O "direito à revolução" pode não necessariamente se desenrolar como uma revolução política abrangente, que substitui uma antiga constituição por uma nova. Essa preocupação é ainda mais importante na cena fragmentada do constitucionalismo transnacional, onde falta um lugar central de poder (como o "estado") que pode ser o objeto de uma revolução constitucional unitária. Mas, é possível recorrer a uma lógica contestatória complexa que surge inerentemente na concepção de poder constituinte.

Primeiramente, a dimensão negativa acima mencionada pode ser incorporada por reformas revolucionárias. Neste caso, os movimentos sociais se referem ao poder constituinte e efetuam uma revisão fundamental do constitucionalismo existente. Eles conseguem destituir elementos particulares sem o estabelecimento de uma nova constituição. Bruce Ackerman investigou essas reformas revolucionárias utilizando-se do período do New Deal nos anos 1930. De acordo com Ackerman, uma renegociação das ordens existentes pode ser observada quando, “em períodos de alta mobilização, movimentos vitoriosos usam seu controle sobre as instituições existentes para tomar ações que vão além da autoridade legal normal”.<sup>76</sup> No caso do New Deal, foi desembocar numa revisão "revolucionária" e numa reinterpretação do quadro constitucional existente. Enquanto Ackerman está principalmente preocupado com a tradição constitucional dos EUA, o modelo pode ser reformulado e transferido para a esfera transnacional. Tal perspectiva vai além da aplicação de modelos processuais para remediar déficits democráticos. A questão seria quais instituições, regimes, cursos de ação política e jurídica contribuem para a “destituição” de hegemonias e projetos materiais. Isto pode, obviamente, ser por movimentos sociais transnacionais. No

---

<sup>74</sup> Olivier Beaud, *La Puissance de l'Etat* (Presses Universitaires de France, 1994) 224. (Sieyès insere o direito à insurreição em sua teoria constitucional).

<sup>75</sup> Cf. Emiliios Christodoulidis, 'Against Substitution: The Constitutional Thinking of Dissensus' em Neil Walker e Martin Loughlin (eds), *The Paradox of Constitutionalism Constituent Power and Constitutional Form* (Oxford University Press, 2007) 189-210; Ingeborg Maus, *Über Volkssouveränität: Elemente einer Demokratietheorie* (Suhrkamp, 2011) 73 ff.

<sup>76</sup> Bruce Ackerman, *We the People 2. Transformations* (The Belknap Press of Harvard University Press, 1998) 384.

entanto, os tribunais e os regimes jurídicos e políticos também assumem o papel de um poder destituente quando desafiam suas respectivas tendências. Neste contexto, a colisão de regimes transnacionais poderia ser re-contextualizada com vista ao seu potencial "destituente". E, não menos importante, estados ou alianças de estados poderiam assumir um papel destituente também.

Em segundo lugar, devemos ter um olhar mais atento a um mecanismo mais sutil, embora importante, que está ligado à mera possibilidade de que tais poderes destituentes se manifestem. Até agora, temos lidado com a contestação constitucional como um processo real, seja como uma questão de revolução política ou reforma revolucionária. Mas, isso é só uma parte da história. O estudo sobre poderes destituentes deve levar em conta as pesquisas recentes sobre dominação e poder.<sup>77</sup> As relações de poder, entre os poderes constituídos e o "povo", não são apenas uma questão de interferência real. Todo panorama é fundamentado em cenários de fundo, consistindo no que A poderia fazer em relação a B. Ser o objeto de uma relação de poder ou ser dominado depende da capacidade de um sistema, de um agente ou de uma instituição de interferir com outros agentes. Claus Offe definiu esses cenários hipotéticos como poderes virtuais, onde determinados grupos sociais têm o potencial de "desertar, obstruir ou desafiar padrões institucionais e substituí-los por novos".<sup>78</sup> Então, o poder destituente não é apenas uma real reforma revolucionária ou uma real comunicação contrahegemônica, mas também estabelece uma latência peculiar de cenários revogatórios que, indiretamente, inibem os poderes constituídos de levar a cabo seus projetos hegemônicas.

Tais cenários de fundo podem não estar restritos aos cenários mencionados acima, onde instituições poderosas, sistemas sociais ou grupos sociais dispõem sobre recursos e induzem efeitos dominantes ao ameaçar seus ambientes sociais. A direção oposta também pode ocorrer. Os contrapoderes dão fundamento para os órgãos constituídos ao colocar uma ameaça hipotética de revogação sobre poderes constituídos. Isso acaba influenciando (e possivelmente limitando) seu escopo de ação.<sup>79</sup>

---

<sup>77</sup> Cf. Philip Pettit, *Republicanism. A Theory of Freedom and Government* (Oxford University Press, 1997) 80 ff.; Philipp Schink, 'Freedom, Control and the State' em Andreas Niederberger e Philipp Schink (eds), *Republican Democracy: Liberty, Law and Politics* (Edinburgh University Press, 2013) 205-232.

<sup>78</sup> Claus Offe, 'Political Institutions and Social Power. Conceptual Explorations' em Ian Shapiro, Stephen Skowronek e Daniel Galvin (eds), *Rethinking Political Institutions The Art of the State* (New York University Press, 2006) 9-31, 21.

<sup>79</sup> Aqui, estou interessado em articulações democráticas de poder constituente. Pode ser usado, vice-versa, a fim de superar as restrições legais e constitucionais existentes desde "acima". Não é de surpreender que as

O poder constituinte pode ser reconstruído como um mecanismo comunicativo que permite cenários revogatórios “desde abaixo” e, com isso, destitui o anseio hegemônico de poderes constituídos. Tal reconstrução não aderiria a uma revogação do constitucionalismo transnacional como questão de princípio. Em vez disso, faria um uso estratégico de cenários revogatórios com vistas a minar projetos hegemônicos dentro de contextos transnacionais.

### Contestação e cenários revogatórios em Maquiavel e Marx

Esse raciocínio sobre o poder constituinte tem seus próprios pontos de referência na história do pensamento político e jurídico. A análise mais influente de tais mecanismos pode ser encontrada nas obras de Nicolau Maquiavel. Maquiavel não concebe primariamente o povo como *populus*, como algo que constitui a totalidade da população em um território claramente demarcado. Segundo o pensador florentino, o povo entra no cenário histórico como plebe, como contrapoder, que emana de uma multidão diversa, e não de uma cidadania abrangente. Em “O príncipe” e nos “Discursos”, Maquiavel reafirma, recorrentemente, que as elites dominantes só permanecem controladas se forem confrontadas com contrapoderes. A “fome de dominação” das elites, os seus “umori” insaciáveis só podem ser inibidos se eles constantemente temerem perder o controle sobre a política.<sup>80</sup> É por isso que Maquiavel elogia a plebe romana, seu tribunato e, até mesmo, suas tumultuosas insurreições, e as considera como uma condição necessária para a estabilidade da República Romana. Apenas “a desunião da plebe e do senado romano tornou essa república livre e poderosa”.<sup>81</sup> Além disso, ele argumenta, a interação entre as instituições oficiais e as lutas sociais que excedem o arcabouço constitucional levam a efeitos positivos e garantidores da liberdade:

Eu digo que para mim parece que aqueles que condenam os tumultos entre os nobres e os plebeus culpam aquelas coisas que foram a primeira causa de manter Roma livre, e que eles consideram os ruídos e os gritos que surgiram em tais tumultos mais do que os

---

correntes de “esquerda” e de “direita” sempre tenham mostrado interesse no conceito de poder constituinte.

<sup>80</sup> Niccolò Machiavelli, *The Prince* (University of Chicago Press, 1998) 39.

<sup>81</sup> Niccolò Machiavelli, *Discourses on Livy* (University of Chicago Press, 1996) 16.

bons efeitos que eles geraram. Eles não consideram que em todas as repúblicas existem dois humores diversos, o do povo e o dos grandes, e que todas as leis que são feitas em favor da liberdade surgem de sua desunião (...).<sup>82</sup>

Isso não deve ser interpretado como um apelo à insurreição permanente. Em vez disso, Maquiavel está interessado no efeito de fundo de tais poderes compensatórios e destituintes; a mera possibilidade de insurreição constitui uma ameaça que exerce efeitos disciplinadores sobre as elites dominantes.

Curiosamente, o jovem Marx encontrou ambições semelhantes na concepção moderna do poder constituinte. Em sua crítica à Filosofia do Direito de Hegel, Marx defende as conquistas da Revolução Francesa contra o modelo de constituição corporativa de Hegel. Enquanto a teoria de Hegel subordinava a sociedade à soberania estatal, Marx defendia uma explicação democrática sobre o poder constituinte. Ele enaltece a democracia como "o enigma resolvido de todas as Constituições" e a "essência de cada Constituição política".<sup>83</sup>

Se tivermos um olhar mais atento sobre os fundamentos argumentativos para o entusiasmo de Marx, vemos que ele está preocupado principalmente com a negatividade. Particularmente, ele está interessado na maneira como a "assemblée constituante" insere uma força opositora na arquitetura constitucional.<sup>84</sup> Ao contrário de simplesmente louvar o constitucionalismo fundacional, ele é realista o suficiente para assumir que o poder constituinte é apenas um elemento historicamente situado da evolução social e que, na sociedade burguesa emergente, pode ser, e não será, o verdadeiro ponto de referência de toda a ordem social. No entanto, contrariamente à soberania do estado de Hegel, Marx identifica um "conceito de soberania completamente oposto".<sup>85</sup> Pois, a partir de agora, Marx argumenta, a constituição fornece um pano de fundo contra o qual todas as formas de dominação podem, pelo menos potencialmente, ser revogadas. Marx usa a fórmula de "um conflito da constituição consigo mesma" para sublinhar essa tensão:

---

<sup>82</sup> Ibid, cf. para este aspecto: Miguel Vatter, *Between Form and Event. Machiavelli's Theory of Political Freedom* (Fordham University Press, 2014) 102 ff.; John P. McCormick, *Machiavellian Democracy* (Cambridge University Press, 2011).

<sup>83</sup> Karl Marx, 'Kritik des Hegelschen Staatsrechts (1843)' em *Marx-Engels-Werke Band 1* (Dietz-Verlag, 1972) 203-333, 231.

<sup>84</sup> Ibid, 260.

<sup>85</sup> Ibid, 230.

A colisão entre a constituição e o poder legislativo é apenas um conflito da constituição consigo mesma, uma contradição no conceito da constituição. (...) por isso, ela é, necessariamente em si mesma, um tratado entre poderes essencialmente heterogêneos.<sup>86</sup>

Nessa perspectiva, o constitucionalismo não pode ser visto como um dispositivo unitário cujas propriedades podem ser a-historicamente derivadas de um nível ideal. Ele expressa aspirações heterogêneas e às vezes contraditórias, e passa por diferentes formas e funções.

Não é o entusiasmo para o estado político que torna Marx um defensor da Revolução Francesa.<sup>87</sup> Marx prefere uma transgressão dos limites da democracia. Uma vez que o pouvoir constituant levanta a questão de até que ponto as pessoas podem ser entendidas como autores de sua própria condição jurídica, um processo dinâmico pode ocorrer. O estudo tem de ser alargado à totalidade das relações sociais, nomeadamente no que se refere à questão de saber se as pessoas podem se ver como autores de suas próprias condições de vida. Dessa maneira, Marx volta sua reconstrução da constituição democrática contra o estado. Na Crítica da Filosofia do Direito de Hegel e no seu ensaio "Sobre a questão judaica", o projeto de uma "verdadeira democracia"<sup>88</sup> é discernível, em que as formas alienadas de governo regressem na sociedade e quando o homem "tiver reconhecido e organizado as suas próprias forças como forças sociais, de maneira a nunca mais separar de si esta força social como força política".<sup>89</sup> No entanto, a perspectiva de Marx permanece negativa: não se trata da realização de uma constituição ideal, mas simplesmente do potencial negativo de superar as relações de poder e dominação, que se tornaram supérfluas do ponto de vista da evolução social.

---

<sup>86</sup> Ibid, 260. Nesta passagem do "Kritik des Hegelschen Staatsrechts", Marx identifica o poder constituinte (o "assemblée constituante") com a legislatura.

<sup>87</sup> Cf. a crítica de Marx ao constitucionalismo político em Karl Marx, 'Zur Judenfrage (1843)' em Marx-Engels-Werke Band 1 (Dietz-Verlag, 1972) 347-377.

<sup>88</sup> Karl Marx, 'Kritik des Hegelschen Staatsrechts (1843)' em Marx-Engels-Werke Vol. 1 (Dietz-Verlag, 1972) 203-333, 232.

<sup>89</sup> Karl Marx, 'Zur Judenfrage (1843)' em Marx-Engels-Werke Band 1 (Dietz-Verlag, 1972) 347-377, 370. Miguel Abensour desdobra a "democracia contra o Estado" do jovem Marx em detalhe (cf. Miguel Abensour, Democracy Against the State: Marx and the Machiavellian Moment (Polity Press, 2011), mas ele ignora que Marx, de fato, distingue entre a constituição e o Estado e não rejeita a constituição unilateralmente em nome da genuína democracia. No entanto, Marx não pode ser visto como um anti-constitucionalista estrito que estava apenas colocando a esperança nas insurreições populares. Pelo contrário, Marx, na década de 1840, estava preocupado principalmente em extrair lições do óbvio fracasso de tendências puramente insurrecionais na esquerda francesa (cf. Hal Draper, Karl Marx's Theory of Revolution: The Dictatorship of the Proletariat (Monthly Review Press, 1986) 58 ff.).

## Reflexividade

Ambos, Maquiavel e Marx, abraçam uma abordagem estratégica para questões constitucionais. Eles estão preocupados com os mecanismos que permitem contestar relações de poder assimétricas em contextos específicos. Isto não implica um compromisso com um “tipo ideal” de constitucionalização, seja dualista, monista ou societária. Embora esta linha de pensamento não esteja ligada a um modelo constitucional de pleno direito, ela abraça uma normatividade peculiar e restringe os cursos de ação para poderes destituíntes.

A própria lógica contestatória - sendo conduzida pelos *umori da grandi* e da plebe em Maquiavel, e a busca da emancipação humana em Marx - estabelece limites inerentes ao que pode valer como poder destituínte. Em nosso mundo contemporâneo, movimentos como religiosos fundamentalistas ou populistas de direita podem se colocar nesse sentido. Mas, no entanto, visam exacerbar as relações de poder assimétricas. Em muitos casos, eles concebem seu “povo” como comunidade étnica fechada ou, pelo menos, como entidade pré-política homogênea. Falta-lhes a duplicação da negatividade: Um poder destituínte teria que aplicar as implicações negativas para si mesmo, isto é, deve insistir em superar as relações assimétricas de poder (em vez de exacerbá-las), e teria que mostrar uma reflexividade interna em termos de autoquestionamento. Caso contrário, movimentos destituíntes prejudicariam seu próprio objetivo.<sup>90</sup>

A dialética dos poderes constituintes e constituídos ainda é necessária para salvaguardar uma reflexividade mínima. Isto marca uma diferença decisiva para o uso mais recente do poder destituínte na obra do filósofo italiano Giorgio Agamben. Para Agamben, “as revoluções e insurreições correspondem a um poder constituinte, ou seja, a uma violência que estabelece e constitui o novo direito”, mas, ele continua, “para pensar um poder destituínte temos que imaginar estratégias completamente outras, cuja definição é uma tarefa para a política que vem.”<sup>91</sup> Sob a política que vem, ele imagina alternativas para a interação da violência e do poder, que é central para todas

---

<sup>90</sup> O exemplo clássico desse mecanismo autodestrutivo é a concepção de Schmitt do poder constituinte em sua *Verfassungslehre*. Tomando emprestado o primado do poder constituinte de Rousseau e sua tese de identidade, Schmitt colapsa o momento constitucional na aclamação de um líder político (Carl Schmitt, *Verfassungslehre* (1928) (Duncker&Humboldt, 1993) 83).

<sup>91</sup> Giorgio Agamben, ‘What is a Destituent Power?’ (2014) 32(1) *Environment and Planning D: Society and Space* 65, 70.

as formas de constitucionalismo político. Agamben prevê uma teoria da “inoperância” do direito.<sup>92</sup> Em vez de se engajar no ciclo vicioso de violência que reverbera nas dimensões excludentes do direito e da política moderna, ele dá exemplos onde as constituições não foram instauradas, fundadas ou violentamente abolidas, mas simplesmente “desativadas”, uma estratégia que ele qualifica como “nem destrutivo nem constituinte”.<sup>93</sup> Ele se refere a exemplos históricos e teóricos, como São Paulo (que concebeu a relação entre o messias e o direito como uma desativação), correntes anarquistas ou a crítica do direito de Walter Benjamin. No entanto, a saída radical da interação entre os poderes constituintes e constituídos encontra o problema de como emergir e obter conquistas em um mundo que é cunhado pelo poder e pela violência. Como está claro desde o início, a explicação de Agamben pode se referir a uma enorme tradição na história de idéias e movimentos políticos que sempre difundiram ideias sobre a transformação não-violenta da violência do direito. Variam desde o Anarquismo ao pensamento jurídico e prática judaica. Permanece a questão se - na condição de que seja uma reivindicação autônoma - não se trata, em muitos casos, de algo quixotesco que se mostra impotente ao confrontar regimes hegemônicos.

## Conclusão

Neste artigo, argumentei que devemos conceber o poder constituinte como poder destituente em contextos transnacionais. Este giro negativo é incorporado por comunicações contrahegemônicas que emanam de uma pluralidade de locais e atores. Embora não endossem um tipo ideal de constitucionalização, diferentes mecanismos e ações políticas e jurídicas, institucionais ou não institucionais, podem atuar como poderes destituintes. Eles variam de espaços políticos comuns de movimentos sociais transnacionais até as colisões de regimes jurídicos.<sup>94</sup> Além disso, somos capazes de recontextualizar a contestação desde o nível do estado-nação. Embora tenha sido demonstrado que o estado-nação entra em colapso em um estado de concorrência, certas alianças de estados poderiam assumir um papel destituente, assim como na

---

<sup>92</sup> Ibid, 69.

<sup>93</sup> Ibid, 71.

<sup>94</sup> Cf. o conflito entre a OMC e a OMS sobre medicamentos genéricos contra a AIDS em: Andreas Fischer-Lescano e Gunther Teubner, ‘Regime-Collisions: The Vain Search for Legal Unity in the Fragmentation of Global Law’ (2004) 25(4) Michigan Journal of International Law 999.

condição de que estabelecessem outros modos de cooperação econômica (por exemplo, pós-neoliberais).<sup>95</sup>

Entretanto, parece ser inteligente ter uma visão na legalidade. A fim de atuar como poder destituente, os processos contestatórios não podem depender apenas de uma racionalidade política estreita. Pelo menos, de um certo ponto em diante eles terão que transformar a potencia subcutânea da comunicação contrahegemônica em um real potestas. Eles terão que voltar ao formalismo jurídico para se auto-organizar e não cair em colapso num mero gesto de politização total ou num êxodo que se imuniza contra a crítica e a reflexividade. Se entendermos o poder destituente nesse sentido, isso não permitiria uma saída do “conflito da constituição consigo mesma”.<sup>96</sup>

### Referências bibliográficas

Abendroth W, ‘Zum Begriff des demokratischen und sozialen Rechtsstaates im Grundgesetz der Bundesrepublik Deutschland (1954) ’ em Abendroth W (ed), *Gesammelte Schriften Band 2* (Offizin 2008).

Abensour M, *Democracy Against the State: Marx and the Machiavellian Moment* (Polity Press 2011).

Ackerman B, ‘Constitutional Politics/Constitutional Law’ 99 *Yale Law Journal* 453  
—, *We the People 2. Transformations* (The Belknap Press of Harvard University Press 1998).

Agamben G, ‘What is a Destituent Power?’ 32 *Environment and Planning D: Society and Space* 65.

Bailey S e Mattei U, ‘Social Movements as Constituent Power: The Italian Struggle for the Commons’ 20 *Indiana Journal of Global Legal Studies* 965.

Beaud O, *La Puissance de l'Etat* (Presses Universitaires de France 1994).

Benvenisti E e Downs GW, ‘The Empire's New Clothes: Political Economy and the Fragmentation of International Law’ 60 *Stanford Law Review* 595.

<sup>95</sup> A cooperação interestatal dos países em desenvolvimento dentro da OMC nos últimos anos poderia ser um exemplo. No entanto, continua a ser questionável se a OMC pode fornecer autonomia política para os países em desenvolvimento sem “destituir” o viés de livre comércio. Para uma visão mais otimista cf. Alvaro Santos, ‘Carving Out Policy Autonomy for Developing Countries in the World Trade Organization: The Experience of Brazil and Mexico’ (2012) 52(3) *Virginia Journal of International Law* 551.

<sup>96</sup> Karl Marx, ‘Kritik des Hegelschen Staatsrechts (1843)’ em *Marx-Engels-Werke Band 1* (Dietz-Verlag, 1972) 203-333, 260.

Berman HJ, *Law and Revolution. The Formation of the Western Legal Tradition* (Harvard University Press 1983).

Böckenförde E-W, 'Die Zukunft politischer Autonomie. Demokratie und Staatlichkeit im Zeichen von Globalisierung, Europäisierung und Individualisierung' em Böckenförde E-W (ed), *Staat, Nation, Europa* (1999).

Bohman J, *Democracy Across Borders. From Demos to Demoi* (MIT Press 2007).

Brunkhorst H, *Critical Theory of Legal Revolutions* (Bloomsbury Academic 2014).

Chimni BS, 'International Institutions Today: An Imperial Global State in the Making' 15 *European Journal of International Law* 1.

Christodoulidis E, 'Against Substitution: The Constitutional Thinking of Dissensus' em Walker N e Loughlin M (eds), *The Paradox of Constitutionalism Constituent Power and Constitutional Form* (Oxford University Press 2007).

—, 'On the Politics of Societal Constitutionalism' 20 *Indiana Journal of Global Legal Studies* 629.

Cohen JL, *Globalization and Sovereignty: Rethinking Legality, Legitimacy, and Constitutionalism* (Cambridge University Press 2012).

Colliot-Thélène C, *La Démocratie sans Démos* (PUF 2011).

Costa S e Goncalves GL, 'The Global Constitutionalization of Human Rights: Overcoming Contemporary Injustices or Juridifying Old Asymmetries?' 64 *Current Sociology* 311.

Cutler C, 'Legal Pluralism as the "Common Sense" of Transnational Capitalism' 3 *Oñati Socio-Legal Series* 719.

Dann P, 'The Internationalization of the Constituent Power of the Nation' em Brunkhorst H (ed), *Demokratie in der Weltgesellschaft* (Nomos 2009).

Dawson M e De Witte F, 'From Balance to Conflict: A New Constitution for the EU' 22 *European Law Journal* 204.

Dobner P, 'More Law, Less Democracy? Democracy and Transnational Constitutionalism' em Dobner P e Loughlin M (eds), *The Twilight of Constitutionalism?* (Oxford University Press 2010).

Draper H, *Karl Marx's Theory of Revolution: The Dictatorship of the Proletariat* (Monthly Review Press 1986).

Dyzenhaus D, 'Constitutionalism in an Old Key: Legality and Constituent Power' 1 *Global Constitutionalism* 229.

Eberl O e Rödl F, 'Kritische Politische Ökonomie und radikale Demokratietheorie. Eine Begegnung auf der Suche nach der postneoliberalen Weltrechtsordnung' 43 *Kritische Justiz* 416.

Elster J, 'Forces and Mechanisms in Constitution-Making Processes' 45 *Duke Law Journal* Espejo PO, *The Time of Popular Sovereignty. Process and the Democratic State* (Penn State University Press 2011).

Fischer-Lescano A, 'Critical Systems Theory' 38 *Philosophy & Social Criticism* 3.

Fischer-Lescano A e Teubner G, 'Regime-Collisions: The Vain Search for Legal Unity in the Fragmentation of Global Law' 25 *Michigan Journal of International Law* 999.

Gaus D, 'Rational Reconstruction as a Method of Political Theory between Social Critique and Empirical Political Science' 20 *Constellations* 553.

Gill S e Cutler CA (eds), *New Constitutionalism and World Order* (Cambridge University Press 2014).

Goncalves GL, *Il Rifugio delle Aspettative. Saggio sulla Certezza del Diritto* (Pensa Multimedia 2013).

Habermas J, 'Naturrecht und Revolution' em Habermas J (ed), *Theorie und Praxis Sozialphilosophische Studien* (Suhrkamp 1972).

—, *Zur Verfassung Europas* (Suhrkamp 2011).

—, *The Crisis of the European Union. A Response* (Polity Press 2012).

Held D, *Democracy and the Global Order. From the Modern State to Cosmopolitan Governance* (Polity Press 1995).

Hirschl R, *Towards Juristocracy. The Origins and Consequences of the New Constitutionalism* (Harvard University Press 2007).

Isensee J, *Das Volk als Grund der Verfassung. Mythos und Relevanz der Lehre von der verfassunggebenden Gewalt* (Westdeutscher Verlag 1995).

Jessop B, *The Future of the Capitalist State* (Polity Press 2002).

Kalyvas A, 'Popular Sovereignty, Democracy, and the Constituent Power' 12 *Constellations* 224.

Kant I, *Anthropologie in pragmatischer Hinsicht* (1798) (Akademie-Ausgabe 1907).

Krisch N, 'Pouvoir Constituant and Pouvoir Irritant in the Postnational Order' 14 *International Journal of Constitutional Law* 657.

- Ley I, 'Opposition in International Law – Alternativity and Revisibility as Elements of a Legitimacy Concept for Public International Law' 28 *Leiden Journal of International Law* 717.
- Loughlin M, 'The Concept of Constituent Power' 13 *European Journal of Political Theory* 218.
- Loughlin M e Walker N (eds), *The Paradox of Constitutionalism* (Oxford University Press 2007).
- Luhmann N, *Soziale Systeme. Grundriß einer allgemeinen Theorie* (Suhrkamp 1984).
- , 'Die Verfassung als evolutionäre Errungenschaft' 9 *Rechtshistorisches Journal* 176.
- , 'Observing Re-entries' 16 *Graduate Faculty Philosophy Journal* 485.
- , *Die Politik der Gesellschaft* (Suhrkamp 2002).
- Machiavelli N, *Discourses on Livy* (University of Chicago Press 1996).
- , *The Prince* (University of Chicago Press 1998).
- Marx K, *Kritik des Hegelschen Staatsrechts (1843)* (Dietz-Verlag 1972).
- , *Zur Judenfrage (1843)* (Dietz-Verlag 1972).
- Maus I, 'Verfassung oder Vertrag. Zur Verrechtlichung globaler Politik' em Herboth B e Niesen P (eds), *Anarchie der kommunikativen Freiheit Jürgen Habermas und die Theorie der internationalen Politik* (Suhrkamp 2007).
- , 'Verfassung und Verfassungsgebung. Zur Kritik des Theorems einer „Emergenz“ supranationaler und transnationaler Verfassungen' em Kreide R e Niederberger A (eds), *Staatliche Souveränität und transnationales Recht* (Mering: Hampp 2010).
- , *Über Volkssouveränität: Elemente einer Demokratietheorie* (Suhrkamp 2011).
- McCormick JP, *Machiavellian Democracy* (Cambridge University Press 2011).
- Möller K, *Formwandel der Verfassung. Die postdemokratische Verfasstheit des Transnationalen* (transcript 2015).
- , 'A Critical Theory of Transnational Regimes. Creeping Managerialism and the Quest for a Destituent Power' em Blome K e outros (eds), *Contested Collisions Interdisciplinary Inquiries into Norm Fragmentation in World Society* (Cambridge University Press 2016).
- Möllers C, 'Verfassungsgebende Gewalt–Verfassung–Konstitutionalisierung' em von Bogdandy A e Bast J (eds), *Europäisches Verfassungsrecht* (Springer 2009).
- Morgen ES, *Inventing the People. The Rise of Popular Sovereignty in England and America* (Norton&Company 1988).

Negri A, *Insurgencies: Constituent Power and the Modern State* (University of Minnesota Press 1999).

Niederberger A, *Demokratie unter Bedingungen der Weltgesellschaft?* (de Gruyter 2009).

Niesen P, 'Der Pouvoir Constituant Mixte als Theorie der Föderation' em Hausteiner E-M (ed), *Föderalismen Traditionen und Modelle jenseits des Bundesstaates* (Nomos 2016).  
Niesen P, Ahlhaus S e Patberg M, 'Konstituierende Autorität. Ein Grundbegriff für die Internationale Politische Theorie' 6 *Zeitschrift für politische Theorie* 159.

Offe C, 'Political Institutions and Social Power. Conceptual Explorations' em Shapiro I, Skowronek S e Galvin D (eds), *Rethinking Political Institutions The Art of the State* (New York University Press 2006).

Paiement P, 'Paradox and Legitimacy in Transnational Legal Pluralism' 4 *Transnational Legal Theory* 197.

Patberg M, 'Supranational Constitutional Politics and the Method of Rational Reconstruction' 40 *Philosophy & Social Criticism* 501.

—, *Usurpation und Autorisierung. Konstituierende Gewalt im globalen Zeitalter* (Dissertation 2016).

Pettit P, *Republicanism. A Theory of Freedom and Government* (Oxford University Press 1997).

Renan E, *Qu'est-ce que c'est une nation?* (Calmann Lévy 1882).

Renner M, 'Death by Complexity – The Crisis of Law in World Society' em Kjaer PF, Febbrajo A e Teubner G (eds), *The Financial Crisis in Constitutional Perspective: The Dark Side of Functional Differentiation* (Hart Publishing 2011).

Rosanvallon P, *Le Peuple Introuvable. Histoire de la Représentation Démocratique en France* (Gallimard 1998).

Santos A, 'Carving Out Policy Autonomy for Developing Countries in the World Trade Organization: The Experience of Brazil and Mexico' 52 *Virginia Journal of International Law* 551.

Schink P, 'Freedom, Control and the State' em Niederberger A e Schink P (eds), *Republican Democracy: Liberty, Law and Politics* (Edinburgh University Press 2013).

Schmitt C, *Verfassungslehre* (1928) (Duncker&Humblot 1993).

Sieyès E-J, *Qu'est-ce que c'est le Tiers état?* (Editions du Boucher 2002).

Somek A, 'Constituent Power in National and Transnational Contexts' 3 31.

Stäheli U, 'Politik der Entparadoxierung. Zur Artikulation von Hegemonie- und Systemtheorie' em Marchart O (ed), *Das Undarstellbare der Politik Zur Hegemonietheorie* Ernesto Laclaus (Turia+Kant 1998).

Stavrakakis Y, 'The Return of "the People": Populism and Anti-Populism in the Shadow of the European Crisis' 21 *Constellations* 505.

Teubner G, 'The Anonymous Matrix: Human Rights Violations by 'Private'Transnational Actors' 69 *The Modern Law Review* 327.

—, 'A Constitutional Moment? The Logics of 'Hitting the Bottom"' em Kjaer PF, Teubner G e Febraro A (eds), *The Financial Crisis in Constitutional Perspective: The Dark Side of Functional Differentiation* (Hart Publishing 2011).

—, *Constitutional Fragments: Societal Constitutionalism and Globalization* (Oxford University Press 2012).

—, 'The Project of Constitutional Sociology: Irritating Nation State Constitutionalism' 4 *Transnational Legal Theory* 44.

—, 'Exogenous Self-binding: How Social Systems Externalise Their Foundational Paradox in the Process of Constitutionalisation' em Febraro A e Corsi G (eds), *Sociology Of Constitutions: A Paradoxical Perspective* (Routledge 2016).

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

—, 'Contemporary Constitutionalism and the Dialectic of Constituent Power' 1 *Global Constitutionalism* 369.

—, 'A Sociology of Constituent Power: The Political Code of Transnational Societal Constitutions' 20 *Indiana Journal of Global Legal Studies* 551.

Urbiniati N, *Democracy Disfigured: Opinion, Truth, and the People* (Harvard University Press 2014).

Vatter M, *Between Form and Event. Machiavelli's Theory of Political Freedom* (Fordham University Press 2014).

Viellechner L, 'Responsive Legal Pluralism: The Emergence of Transnational Conflicts Law' 6 *Transnational Legal Theory* 312.

Volk C, 'Why Global Constitutionalism does not live up to its Promises' 4 *Goettingen Journal of International Law* 551.

von Bernstorff J, 'Hans Kelsen on Judicial Law-Making by International Courts and Tribunals: A Theory of Global Judicial Imperialism?' 14 *The Law & Practice of International Courts and Tribunals* 35.

Wenman M, *Agonistic Democracy. Constituent Power in the Era of Globalization* (Cambridge University Press 2013).

White J, 'Emergency Europe' 63 *Political Studies* 300.

Zumbansen P, 'Comparative, Global and Transnational Constitutionalism: The Emergence of a Transnational Legal-Pluralist Order' 1 *Global Constitutionalism* 16.

#### **Sobre o autor**

##### **Kolja Möller**

É pesquisador no projeto "Transnational Force of Law", na Universidade de Bremen. Suas áreas de pesquisa são Teoria da Constituição e do Estado, bem como teoria política e sociologia política.

**O autor é o único responsável pela redação do artigo.**