



[Artigos inéditos]

A forma jurídica do poder constituinte

Constituent power's legal form

Leonardo Heck¹

¹ Universidade de Hamburgo, Hamburgo, Alemanha. E-mail: lnheck12@gmail.com. ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-5755-6363>.

Artigo recebido em 30/11/2023 e aceito em 16/11/2024.



Este é um artigo em acesso aberto distribuído nos termos da Licença Creative Commons Atribuição 4.0 Internacional



Resumo

Os últimos anos têm assistido a uma retomada importante da produção teórica sobre o conceito de poder constituinte com relação a fenômenos complexos enfrentados por comunidades políticas em diferentes níveis: reconstituição de ordens democráticas; formação de ordens políticas supranacionais; legitimidade democrática de instituições supraestatais; envolvimento internacional em processos constituintes; busca por autonomia de unidades subnacionais; e limites do poder de reforma constitucional. Comum a essas análises é a premissa de que o conceito de poder constituinte funciona, em variados graus, como fundamento de legitimidade da ordem política. Este artigo se contrapõe a tal premissa. Argumenta-se, de um lado, que o conceito não tem importância determinante na discussão sobre a legitimidade de ordens constituídas há algum tempo. De outro lado, e contra os críticos desse conceito, propõe-se que ele ainda é teoricamente relevante, em momentos de crítica radical à ordem existente e possibilidade concreta de substituí-la, na medida em que reflete a estrutura escalonada do estado constitucional e traz à tona os problemas de legitimação a serem enfrentados em processos constituintes. Mesmo nesses contextos, porém, sem argumentos normativos adicionais, ele é incapaz de funcionar como conceito de legitimação. Em última instância, esta emerge dos procedimentos empregados para exercer tal poder ou de seu resultado (a nova ordem política). O argumento leva a uma nova conceituação de poder constituinte, como uma espécie de “ferramenta” de que o direito dispõe para dar sentido a certas demandas e eventos políticos, mas que é neutro relativamente à justificação. Ele dá forma jurídica a um poder político orientado a um propósito específico (reconstituição de uma ordem política) e, nesse sentido, apresenta-se como uma competência jurídica.

Palavras-chave: Poder constituinte; Poder político; Legitimidade; Criação constitucional.

Abstract

In recent years the concept of constituent power has been increasingly used to theoretically address complex phenomena faced by political communities at different levels: reconstitution of democratic orders; formation of supranational political orders; democratic legitimacy of supra-state institutions; international involvement in constituent processes; quests for autonomy by subnational units; and limits of the constitutional amendment power. All these analyses share the premise that the concept of constituent power grounds the legitimacy of political orders. This article criticizes this premise. It argues, on the one hand,



that the concept is not crucial for the discussion about the legitimacy of orders established in the past. On the other hand, and against the critics of constituent power, it proposes that the concept is still theoretically relevant in moments of radical criticism of the existing order in which there is concrete possibility of replacing it, insofar as it reflects the tiered structure of the constitutional state and brings to light the problems of legitimation to be faced in constituent processes. Even in these contexts, however, without additional normative arguments, constituent power is unable to function as a legitimating concept. Ultimately, legitimacy emerges from the procedures used to exercise such power or from the outcome of this exercise (the new political order). The argument leads to a new conceptualization of constituent power, as a kind of “tool” available to infuse legal meaning into certain demands and political events, but which is neutral in relation to justification. It gives legal form to a political power oriented towards a specific purpose (the reconstitution of a political order) and, in this sense, presents itself as a legal competence.

Keywords: Constituent power; Political power; Legitimacy; Constitution-making.



Introdução¹

O conceito de poder constituinte vem sendo objeto de renovado interesse nos últimos anos, tanto na teoria política quanto no direito. Publicações recentes utilizam-no para dar sentido a diversos fenômenos políticos contemporâneos, desde a reconstituição de ordens políticas estatais (TSCHORNE, 2020), até a estruturação e consolidação de ordens supra- e internacionais (PATBERG 2018a), passando por aspirações autonomistas de grupos subnacionais (NIESEN, 2022). A despeito das diferenças importantes entre essas várias formulações, boa parte delas parece ser informada pela percepção de que esse conceito pode ser útil para trazer novamente à tona “a promessa democrática de arranjos constitucionais” (DUKE; DELLORA, 2022, p. 201). Paralelamente, entende-se que esse conceito corresponde ao fundamento de legitimidade de ordens políticas organizadas como estados constitucionais.

Por outro lado, parte importante da discussão recente sobre o poder constituinte envolve a crítica a esse conceito, muitas vezes, associada à sugestão de que ele não seria relevante para a teoria normativa (DYZENHAUS, 2007). Nesse campo, argumenta-se que, seja por dificuldades estruturais, pela tentativa de derivar normatividade de meros fatos (DUKE, 2020a; VINX, 2019) ou por sua arbitrariedade (BERNAL, 2019), o conceito seria incapaz de funcionar como uma resposta adequada ao problema da legitimidade de ordens políticas. Essa inadequação seria demonstrada pelo fato de que muitas interpretações contemporâneas desse conceito buscam combiná-lo a teorias normativas, cujos elementos centrais (princípios da democracia ou do constitucionalismo) são apresentados como constrangimentos supostamente “inerentes” ao poder constituinte.

Na medida em que esses elementos normativos são conceitualmente distintos da ideia de poder constituinte como poder para instituir uma constituição, eles correspondem, na verdade, a parâmetros externos aplicados a práticas de criação constitucional, a fim de definir quando elas são legítimas (DUKE, 2020b). Nesse caso, porém, parece que recorrer ao

¹ A pesquisa que deu origem a este artigo foi financiada pela CAPES e pelo BAYLAT. Por comentários a versões anteriores do texto, agradeço a Cicero Araujo, Jan Sieckmann, e às/ aos colegas do grupo de pesquisa “Constituição, Política e Instituições” da Faculdade de Direito da USP, em especial, Ana Laura Barbosa, Arthur Guerra Filho, Artur Lima Monteiro, Camilla Gomes, Fernanda B. Ferreira, Fernando R. Sales, Julia Cani, Juliana Pontes, Marília Siqueira da Costa, Meliza Marinelli Franco, Michele Zezza e Natália P. Batista, bem como aos coordenadores do grupo, Virgílio Afonso da Silva e Conrado Hübner Mendes.



conceito de poder constituinte apenas desvia a atenção dos argumentos que podem realmente dar conteúdo a uma pretensão de legitimidade.

Coloca-se, com isso, a questão sobre qual papel pode ser efetivamente desempenhado por esse conceito em uma teoria que busca compreender tal pretensão. Neste artigo, proponho que, embora não funcione adequadamente como “fonte de legitimidade” de uma ordem política, ele é parte de uma estrutura conceitual que dá forma a um estado constitucional e traz à tona as questões de legitimidade a serem enfrentadas por quem propõe e busca implementar a reconstituição de uma ordem política. Para defender essa tese, o texto divide-se em três partes principais: a seção 1 expõe alguns dos principais problemas de interpretações convencionais do poder constituinte e analisa as funções que ele é apto a desempenhar; a seção 2 busca mostrar como a legitimidade constitucional deve ser desvinculada (da legitimidade) do poder constituinte; e a seção 3 busca estabelecer o sentido em que se pode considerar o poder constituinte como uma forma *jurídica*, o que permite evitar os problemas enfrentados por interpretações convencionais. A conclusão apresenta algumas implicações da proposta para a teoria do poder constituinte.

1. Poder constituinte e a estrutura do estado constitucional

1.1. Dificuldades e relevância do conceito de poder constituinte

O conceito de poder constituinte, tal como usualmente empregado, contém dimensões descritivas e normativas (VERDUGO, 2023). De um lado, ele é mobilizado para explicar a origem de uma ordem política, identificando o ator responsável por sua criação, que seria o “titular” ou “portador” do poder constituinte. De outro, ele faz parte de argumentos de justificação: quando exercido por seu “verdadeiro” titular, o “povo” (BÖCKENFÖRDE 2017), ele dá origem a uma ordem política legítima. Quando exercido por um ator não identificado como “o povo”, há uma usurpação (SILVA, 2004), que origina uma ordem ilegítima.

As tensões dessa teoria – decorrentes, por exemplo, da imputação do poder constituinte a um sujeito extraconstitucional que, porém, precisa ser de alguma forma identificado ou constituído para que essa imputação faça sentido (ARATO, 2016, p. 1–10; LINDAHL, 2007; VINX, 2019) e de sua aparente tentativa de derivar normatividade de fatos



brutos (DUKE, 2020a; DYZENHAUS, 2012) – vêm sendo expostas reiteradamente ao longo dos últimos anos, em contribuições que, muitas vezes, sugerem que o conceito deve ser abandonado.

Outro foco de crítica baseia-se na observação de que episódios constituintes tendem a ocorrer em momentos de crise e, com isso, recorrer a uma teoria que combina elementos descritivos e normativos levaria a uma idealização excessiva do momento constituinte e à negligência da exclusão e violência que podem estar presentes nesses contextos. Essa idealização serviria, também, para atribuí-lhes uma aura de racionalidade e de distinção em face da política “ordinária” (VERDUGO, 2023, p. 60–70). A primeira face dessa idealização pode favorecer narrativas dominantes que mantêm grupos excluídos em posições subalternas, enquanto a segunda é empregada para justificar uma atuação incisiva de autoridades não eleitas contra decisões democráticas posteriores (ROZNAI, 2017).

A despeito dessas dificuldades, o conceito de poder constituinte ainda parece ocupar um espaço importante na autocompreensão de ordens políticas contemporâneas organizadas como estados constitucionais. Há ao menos duas razões para isso, que correspondem a duas faces de uma mesma ideia: primeiro, esse conceito permite operacionalizar uma distinção tida como essencial para essa estrutura política, entre leis “fundamentais” e leis “ordinárias”; e, em segundo lugar, ele permite compreender processos constituintes como resultados da ação humana e associados ao exercício de poder. Quanto a esse segundo ponto, é notável que mesmo críticos do conceito de poder constituinte às vezes propõem substituí-lo por um “poder de criação constitucional” (BERNAL, 2019).

A primeira função mencionada acima poderia, segundo David Dyzenhaus (2012), ser absorvida pela própria lógica do direito: juristas pressupõem, em sua argumentação, que há regras mais importantes que outras, e que as regras mais fundamentais devem direcionar e conformar a interpretação das demais. Em um sistema jurídico centrado em decisões judiciais, tradições e precedentes, esse tipo de raciocínio pode fazer sentido. Mas em ordens estruturadas por decisões legislativas, o argumento torna-se menos convincente, porque obscurece os processos de criação do direito – associados à segunda função apresentada no parágrafo anterior. Sem um conceito como o de poder constituinte, que determina certa divisão de trabalho ou atribuição de competências – mesmo que ele esteja inserido na prática jurídica e apenas reflita sua lógica de funcionamento –, não há como determinar quem tem e quem não tem direito de criar leis fundamentais e sob quais condições isso pode ser feito.



Isso é especialmente visível em contextos nos quais se busca implementar uma reforma constitucional radical, que corresponde ao objeto de análise das próximas duas subseções.

Entretanto, ainda que o conceito de poder constituinte tenha relevância nesse contexto, isso não significa que ele ofereça uma resposta ao problema da legitimidade. Essa ideia é respaldada pelo fato de que algumas ordens constitucionais instituídas por atores não propriamente populares ou democraticamente legitimados são hoje estáveis e parecem ser consideradas legítimas pelas pessoas a elas sujeitas. Um caso muito referido nesse contexto é o da Alemanha, cuja Constituição foi redigida por uma assembleia não eleita e ratificada por parlamentos estaduais – sem participação dos cidadãos da República Democrática Alemã, cujos territórios foram incorporados à República Federal apenas em 1990. A seção 2 retornará a esse caso, para construir um argumento que desvincula a legitimidade de uma ordem constitucional de sua origem e apresenta um critério de legitimidade mais genérico, aplicável tanto à criação constitucional quanto à legislação ordinária.

1.2. Ação política orientada à substituição constitucional

Algumas contribuições recentes à teoria do poder constituinte buscaram conceituá-lo de modo a enfatizar não seu papel em uma origem constitucional localizada no passado, mas na ação política presente e orientada para o futuro. Essa forma de concebê-lo permite analisar de maneira mais clara a função desempenhada por esse conceito no funcionamento de ordens políticas estruturadas como estados constitucionais.

Um primeiro exemplo desse tipo de perspectiva é a análise de Andrew Arato (2012, 2016) sobre um paradigma “pós-soberano” de criação constitucional que tenta identificar as condições e procedimentos mais propícios para o estabelecimento de uma constituição estável e legítima, considerando o papel que o conceito de poder constituinte pode desempenhar nessa empreitada. Um segundo exemplo é oferecido pelos trabalhos de teóricos como Peter Niesen (2019) e Markus Patberg (2016, 2018b, 2019), que buscam compreender como esse conceito pode funcionar como parâmetro crítico para julgar diferentes formas de organização política e ferramenta para atores políticos as questionarem.

Essa ação política orientada à substituição constitucional envolve práticas de persuasão: atores políticos buscam convencer outros agentes de que a ordem existente é problemática e deve ser radicalmente alterada. Isso pode ser feito, e.g., no contexto do que



Patberg chamou de narrativas de poder constituinte, “histórias coletivas com uma mensagem normativa [sobre a autoridade de uma ordem política] que são construídas na esfera pública e resultam de contribuições não coordenadas de diversos atores” (PATBERG, 2018b, p. 264–265).

Para os fins deste artigo, é mais conveniente focar em uma unidade menor, parte dessas narrativas, nomeadamente, uma *proposta* constituinte. Esta consiste em um argumento em favor de mudanças amplas na estrutura de uma ordem política e pode ser formulada tanto no contexto de uma narrativa como as mencionadas acima quanto autonomamente – até mesmo por indivíduos isolados, desde que apresentada em público. Seu conteúdo poderia ser formulado como “a ordem existente é defeituosa pelas razões x, y e z e, portanto, deve ser substituída” ou “nós temos um direito a reconstituir nossa ordem política e este é um momento adequado para exercê-lo”.

Essas propostas constituintes contêm, ao menos, dois elementos distintivos: 1) uma rejeição total à ordem estabelecida;² e 2) um aspecto criativo, que se expressa na ideia de uma nova ordem (NIESEN, 2019). Esses dois elementos permitem distinguir as práticas estruturadas por essas propostas de outros tipos de ação política, como a desobediência civil, a resistência e a restauração. A rejeição total da ordem estabelecida implica, por exemplo, que os atores que propõem uma reconstituição não admitem sujeitar-se às sanções cominadas a ilegalidades eventualmente cometidas – distanciando-os de concepções tradicionais de desobediência civil.

O elemento criativo, por sua vez, implica que uma proposta constituinte não se resume a reivindicar direitos retirados por um regime opressor (resistência) nem a restabelecer uma ordem previamente existente que foi suspensa por um governo arbitrário (restauração). Esse elemento criativo implica uma postura ativa – não meramente reativa – frente à política. Ademais, ambas as características, em geral, são fundadas em uma percepção de que os mecanismos usuais (ordinários) de mudança constitucional estão bloqueados ou são insuficientes para colocar em prática a mudança almejada (PATBERG, 2019, p. 82–83).

Essa descrição também mostra que movimentos articulados por meio de propostas constituintes existem *dentro* de ordens político-jurídicas estabelecidas. Essas propostas são

² Essa rejeição “total” pode decorrer da percepção de que a mudança almejada não pode ser implementada sem uma ruptura com a ordem existente, por exemplo, por ser vedada juridicamente por “cláusulas pétreas”.



formuladas com referência a uma ordem específica, questionando-a e propondo mudanças. Essa ideia coloca em dúvida premissas tradicionais sobre a “externalidade” do poder constituinte em face de ordens constituídas (COLÓN-RÍOS, 2012, p. 47 e ss.). Seria possível argumentar, é claro, que conceituar o poder constituinte como “externo” à ordem política corresponde a uma tentativa de articular a ideia de que ele é *externo às instituições constituídas*, na medida em que o “povo” não deve ser com elas confundido: há uma separação estrita entre o estado (a estrutura formal da ordem política), de um lado, e a sociedade civil, de outro.

Embora essa ideia tenha alguns méritos, a relação entre estruturas institucionais e as pessoas sujeitas a elas não pode ser reduzida simplesmente à delimitação de uma fronteira seguida pela identificação daquilo que se encontra de um lado ou de outro. Como argumenta Martin Loughlin (2003, p. 81 ss., 112 ss., 2014), o poder político compreende um importante elemento *relacional*. No contexto da discussão aqui proposta, isso se expressa no fato de que as pessoas que defendem uma reconstituição muitas vezes o fazem com auxílio de recursos oferecidos pela ordem estabelecida (i) e com referência às instituições existentes (ii).

O primeiro ponto é ilustrado pelo papel desempenhado por direitos subjetivos, como as liberdades de expressão, associação e reunião – que correspondem a mecanismos criados pelo direito positivo e (quando existentes) podem ser utilizadas para canalizar demandas constituintes. O segundo ponto, por sua vez, expressa a ideia de que, para seu exercício, o poder constituinte depende de instituições constituídas – ele precisa ser canalizado por meio de formas e procedimentos institucionalizados. Por essa razão, dirigir propostas constituintes a essas instituições, pressionando-as a desencadear um processo constituinte, é uma estratégia sensata na tentativa de efetivamente implementar tais mudanças.

Nessa interpretação, propostas constituintes representam “faíscas” que podem dar origem a processos constituintes. Elas correspondem ao ponto de partida de uma “articulação” do poder constituinte, um processo discursivo público, em que diferentes pontos de vista são contrastados e testados por meio de argumentos, para dar forma a esse poder constituinte a que será atribuída a função de reestruturar uma ordem política. Esse processo de articulação precede a “ativação” desse poder, que ocorre quando se atinge certo grau de entendimento sobre a necessidade de reconstituição e a forma que ela deve assumir. Neste ponto, um poder constituinte é atribuído a uma instituição que pode, então, exercê-lo, estabelecendo uma nova constituição jurídica. Como argumenta Peter Niesen:



Articular um poder constituinte significa adotar um papel comunicativo dentro de um processo democrático mais amplo, enquanto *exercê-lo* significa reivindicar autoridade em uma tentativa de promover uma mudança jurídica fundamental. [...] A “articulação”, ao contrário do “exercício”, é sempre inconclusiva. Quem quer que articule um poder constituinte afirma agir em seu direito a participar em processos de criação de leis (fundamentais), mas não cria, por meio disso, esse direito nem uma mudança efetiva na lei. (NIESEN, 2019, p. 41–42)

Em síntese, propostas constituintes podem catalisar mudanças constitucionais significativas, na medida em que elas forem capazes de estabelecer um entendimento razoável sobre a necessidade de reconstituição, que, então, dará origem a um poder constituinte. O exercício desse poder, por sua vez, ocorre em um nível institucional, estruturado pelo direito, já que implica a capacidade de realizar uma mudança efetiva da situação jurídica. O passo intermediário entre articulação e exercício é a “ativação” do poder constituinte, que corresponde a definir quem pode exercê-lo, como e sob quais condições isso pode ser feito. Com essas distinções em vista, pode-se passar a uma análise mais específica sobre o papel que o conceito de poder constituinte pode desempenhar nesse contexto.

1.3. *Propostas constituintes e o poder constituinte*

Pode-se identificar ao menos duas razões principais para recorrer ao conceito de poder constituinte quando se propõe uma mudança política radical. Primeiro, esse conceito expressa a ideia de que a mudança proposta é tão ampla ou fundamental que não pode ser implementada sem uma ruptura com o paradigma existente. Se “poder constituinte” é uma capacidade para instituir ou reformular radicalmente as leis que estruturam uma ordem política (KALYVAS, 2005, 2008, p. 85), recorrer a esse conceito indica, exatamente, que as mudanças almejadas apenas podem ser realizadas por meio de uma nova constituição entendida como lei positiva.

A ideia subjacente é ilustrada pela fase inicial do recente processo constituinte ocorrido no Chile: a partir das manifestações populares de 2019, cristalizou-se um entendimento sobre a Constituição de 1980 consistente na percepção de que certas estruturas políticas e socioeconômicas se encontravam de tal forma enraizadas na Constituição que esta não poderia ser reconfigurada de modo a atender adequadamente às



expectativas e demandas populares por mais democracia e justiça social (HEISS, 2021).³ Isso se deve, em parte, ao fato de que, com o tempo, o direito e a política constitucional dão origem a um conjunto de práticas e doutrinas – fundadas em decisões judiciais e administrativas, interpretações da lei e interações políticas – que vão além do texto da constituição. Essas práticas e doutrinas passam a estruturar o pano de fundo sobre o qual esse texto é interpretado. Na medida em que mudanças relativamente isoladas, como aquelas realizadas por meio de emendas constitucionais, não são capazes de subverter ou invalidar toda esse *corpus*, ele continua, a despeito delas, a conformar e determinar a prática constitucional.

A segunda razão para recorrer ao poder constituinte é que esse conceito expressa a ideia de que a ordem política está aberta à mudança – ela não é uma ordem “natural” das coisas – e que ela é, em certo sentido, resultado de uma decisão positiva. Essa decisão, na medida em que se propõe a vincular um grupo de pessoas, estabelecendo regras para sua convivência, tem de ser justificável. A possibilidade de justificá-la depende de instituir um processo decisório que reconheça as opiniões das pessoas que estarão sujeitas à nova constituição e que lhes permita expressá-las e defendê-las. Em outras palavras, o conceito de poder constituinte fundamenta o argumento de que processos de criação constitucional devem ser democráticos.

Esse elemento dá ao conceito de poder constituinte algum potencial crítico, já que permite utilizá-lo como parte de um teste negativo de legitimidade para avaliar uma proposta constituinte: se o “povo” não for propriamente integrado a ela – i.e., se a proposta não envolver procedimentos democráticos – ela não é legítima. O teste pode parecer trivial em um primeiro momento, mas nem todas as propostas constituintes passariam por ele: basta lembrar que, em 2018, Hamilton Mourão – à época candidato à vice-presidência da república – defendeu explicitamente que uma constituição não precisaria ser redigida “por eleitos pelo povo”, mas poderia ser legitimamente produzida por uma comissão de “notáveis” (CARRAZAI; VIZEU, 2018).

Isso não significa dizer, contudo, que esse é um conceito “inerentemente democrático” ou que apenas processos de criação constitucional democráticos podem ser conceituados como um exercício de um poder constituinte (genuíno). Esse tipo de argumento

³ Um entendimento que parece ter se dissipado ao longo do processo ou que, ao menos, foi incapaz de dar origem a um entendimento construtivo sobre a nova constituição que deveria surgir.



depende da imputação de um poder constituinte a um sujeito pré-existente – que é exatamente o que procuro evitar aqui (HABERMAS 1996, 463-90). Meu argumento é, na verdade, que “poder constituinte” é um ponto de partida útil para juízos normativos, não que ele é, em si, um conceito de legitimação.⁴ O conceito de poder constituinte como “poder para criar uma constituição” não diz nada a esse respeito (DUKE, 2020b). O critério normativo subjacente ao argumento aqui apresentado é o da autonomia (que as pessoas devem estar sujeitas apenas àquelas leis que elas mesmas estabelecem). Em outras palavras, se constituições resultam de atos voluntários, é a autonomia (não o poder constituinte) que recomenda que, em qualquer contexto, um ato desse tipo deve ser realizado pelas pessoas que estarão sujeitas à nova constituição.

O conceito de poder constituinte, portanto, pode ser útil por expressar a amplitude da mudança almejada e o fato de que a ordem política está aberta a mudanças voluntárias. Esses dois aspectos decorrem de uma interpretação desse conceito que se pretende relativamente incontroversa, na medida em que correspondem às ideias de que esse é um poder para instituir um tipo específico de lei (uma constituição) e, de maneira relacionada, que todas as leis positivas são *criadas*. Combinados às duas características de propostas constituintes analisadas na subseção anterior,⁵ esses aspectos identificam um tipo de ação política de maneira apenas formal, i.e., sem pré-determinar o conteúdo específico dessa ação ou das propostas a ela associadas (PATBERG, 2018a, p. 267–268). Assim, o argumento desenvolvido até aqui não faz recomendações sobre o conteúdo a ser positivado em uma constituição nem sobre os mecanismos institucionais específicos a serem empregados para criá-la: ele deixa espaço para diferentes propostas, que devem ser formuladas pelas pessoas que vivem sob uma ordem existente ou em construção.

2. Poder constituinte e legitimidade

A argumentação desenvolvida até aqui buscou contrapor-se, essencialmente, aos críticos do conceito de poder constituinte e, em especial, àqueles que sugerem sua irrelevância para a teoria constitucional. Busquei mostrar que o poder constituinte é parte de uma estrutura

⁴ Ver seção 2 abaixo.

⁵ Nomeadamente, a rejeição total à ordem existente e a evocação da imagem de uma nova ordem.



conceitual mais ampla que dá forma e sentido a ordens políticas organizadas como estados constitucionais e à sua pretensão de legitimidade. Isso, porém, não implica que ele deve ser concebido tal como em teorias convencionais.

Mais especificamente, a argumentação anterior buscou desvincular a estrutura conceitual⁶ da carga normativa que usualmente lhe é atribuída. O próximo passo consiste em mostrar que, embora o conceito de poder constituinte seja relevante e tenha implicações para o problema da legitimidade, ele não é, em si, a resposta para esse problema. Na verdade, concebê-lo como fonte de legitimidade parece obscurecer a discussão mais relevante sobre o que pode, de fato, justificar o exercício do poder político. Nesta seção busco construir esse argumento com base em um tipo de cenário no qual essa discussão costuma surgir, nomeadamente, o de constituições estabelecidas em um passado distante e, em especial, aquelas criadas por procedimentos pouco democráticos ou não democráticos.

Uma análise desse problema é importante porque mesmo autores que adotam uma perspectiva similar à articulada na última seção costumam ser ambíguos em relação a esse tipo de caso. Essa ambiguidade surge quando afirmações de que a origem de uma constituição é um elemento central para sua legitimidade são ponderadas com argumentos de que o problema da fundação não deve ser considerado absoluto (PATBERG, 2018a, p. 318) ou de que não há uma separação estrita entre poder constituinte e poderes constituídos (ARATO, 2011). Esta seção busca afastar-se dessa ambiguidade, apresentando uma imagem mais adequada da relação entre a origem de uma constituição, sua legitimidade e o poder constituinte e sugerindo que uma resposta ao problema da legitimidade deve olhar não para o passado, mas para o presente e o futuro. Como resultado, embora (a legitimidade de) um poder constituinte possa ser relevante para a legitimidade da ordem política por ele instituída, ele o é apenas de maneira restrita e por um período limitado.

2.1. Momentos “críticos”, legitimidade constitucional e a origem da constituição

Como observado na seção 1.1, um dos casos usualmente invocados na discussão sobre a relevância do conceito de poder constituinte para a legitimação de ordens políticas é o da Alemanha. Críticos, como David Dyzenhaus (2012), mobilizam o caso para exemplificar

⁶ Referente à diferenciação entre leis fundamentais e leis ordinárias e ao esclarecimento das demandas de legitimação associadas aos processos de criação e reforma de leis fundamentais.



a suposta prescindibilidade desse conceito em argumentos de justificação. De outro lado, seus defensores sustentam que, em momentos críticos, o fato de essa Constituição não ter sido criada por um poder constituinte popular gera instabilidade e tensões, que demonstrariam que o déficit democrático de origem não teria sido totalmente superado (ARATO, 2017, p. 21).

Não está claro, porém, qual é a natureza da relação entre “momentos críticos” e a origem da constituição vigente. O cenário específico mencionado por Arato – o processo de reunificação alemã – ajuda a ilustrar o ponto. Segundo Arato, as controvérsias a respeito da necessidade de criar uma nova constituição para a Alemanha unificada teriam 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.

A Constituição alemã de 1949 foi pensada, originalmente, como uma lei provisória, cuja ideia de fundo era que, em algum momento futuro, as duas repúblicas alemãs 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 outro dispositivo que poderia ser empregado para fins da reunificação



– seu art. 23, segundo o qual ela valeria apenas nos estados que compunham a República Federal em 1949 e “[e]m outras partes da Alemanha, ela será aplicável a partir de sua incorporação”. 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.

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 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”. 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”.

O art. 146, porém, nunca foi ativado, nem houve consulta popular sobre o tema. 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, a incorporação dos territórios da Alemanha Oriental à República Federal da Alemanha parece recolocar o problema das origens não democráticas, 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?

2.2. Legitimidade entre passado e futuro

A resposta a essa questão pode ser construída a partir da observação de que momentos considerados “críticos” tendem, por sua própria natureza, a levar algumas pessoas a propor a reconstituição da ordem existente. Nesse contexto, não parece ser relevante que a constituição vigente tenha sido criada por procedimentos democráticos. Nas mais de três



décadas desde a promulgação da Constituição de 1988, por exemplo, propostas constituintes nunca estiveram completamente ausentes no Brasil. Mas elas não estão, em geral, fundadas na percepção de que sua origem foi antidemocrática ou ilegítima. Crises podem levar ao questionamento da ordem vigente mesmo que ela tenha sido instituída democraticamente.

Por outro lado, no caso de países cujas constituições foram impostas e nos quais, no contexto de uma grande crise, passam a circular propostas constituintes, o vínculo entre origem da constituição e seu questionamento no presente não parece ser necessário – e talvez nem seja particularmente relevante. Na verdade, até nesse tipo de caso, identificar o “poder constituinte” que deu origem à constituição vigente parece representar 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, também nesses casos de constituições criadas de maneira insuficientemente democrática, é possível que considerações sobre sua origem e seu autor histórico não sejam determinantes nas demandas por mudança. A demanda por uma nova ordem parece associada, na verdade, à percepção de que a atual é injusta, ineficiente ou antidemocrática e que esses problemas independem 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 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.

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 fato (ESCUADERO, 2021). A despeito 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 (SUAREZ-CAO, 2021). Esta incluía diversos mecanismos voltados a limitar a expressão e institucionalização da “vontade majoritária”, o que colaborou para desconectar as decisões políticas das demandas e necessidades sociais.



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 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. Elas 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 considere adequadamente as pretensões de autonomia individual, 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.

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 um 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 cidadãos, 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 inadmissível. Em outras palavras, a perda de relevância, ao longo do tempo, do 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.

Em outras palavras, o critério “uma ordem política é legítima se tiver sido criada por um poder constituinte autêntico” deve ser entendido como especificação – aplicável a um contexto específico – de um critério mais genérico. Este poderia ser formulado como “uma ordem política é legítima se 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”.

Nessa interpretação, porém, o conceito de poder constituinte não se refere mais a um poder “existencial” ou à capacidade de um “sujeito” extraconstitucional que institui leis positivas. Ele tampouco se apresenta como algo que legitima a si mesmo. Ele corresponde, na verdade, a uma espécie de “técnica” (jurídica), que é parte de uma estrutura conceitual com que o direito busca responder a certos fenômenos políticos que, de um lado, se encontram em um nível factual – na medida em que dependem de poder político e da capacidade para fazer valer certas determinações –, mas que, de outro, apresentam-se como justificados ou legítimos.

Teorias convencionais estão corretas ao identificar uma confluência entre facticidade e normatividade em momentos constituintes, mas, ao combinar esses dois elementos no conceito de poder constituinte, elas acabam por derivar normatividade de meros fatos ou obscurecer as reais fontes de legitimidade a que recorrem. Interpretações que reduzem o poder constituinte a uma mera abstração normativa, por sua vez, desviam o foco de processos constituintes concretos, negando que eles sejam relevantes para fins de legitimidade. Desse modo, negam a possibilidade de estabelecer parâmetros normativos aplicáveis a esses processos e parecem reduzir “poder constituinte” à mera eficácia de uma ordem política ou à aquiescência de um grupo de pessoas a ela.

Na interpretação aqui proposta, por outro lado, o poder constituinte é algo como uma “forma jurídica” que reveste ou dá expressão institucional a certas demandas e movimentos políticos. Ele se distingue tanto dos aspectos factuais da criação constitucional – que dizem respeito à dimensão do poder político, gerado no momento de “articulação” do poder constituinte abordado nas seções 1.2 e 1.3 – quanto de seus aspectos de justificação –



que envolvem definir as condições sob as quais aquele poder factual pode ser mobilizado de maneira legítima.

3. A forma jurídica do poder constituinte

3.1. O problema

A dificuldade de conceber o poder constituinte como uma forma jurídica – ou, mais especificamente, um “poder” ou “competência” jurídica – surge em vista da compreensão de que esta é espécie de um gênero, “poder normativo”, definido como a 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, essa ideia pressupõe um *ethos*, um quadro normativo subjacente em que ele está ancorado. Em uma ordem institucionalizada, esse quadro corresponde a um conjunto de autorizações que conferem poderes e os delimitam. Em contextos constituintes, ele parece estar ausente. Consequentemente, seria necessário supor que a constituição, como fundamento de uma ordem jurídica, teria de ser criada por um poder puramente factual.

Isso traz à tona um problema adicional, decorrente da compreensão de que a validade de uma ordem jurídica depende, ao menos em parte, de sua eficácia. Politicamente, isso equivale à ideia de que a legitimidade tem dimensões normativas e sociológicas. A dificuldade, aqui, consiste na constatação de que a eficácia de uma constituição só pode ser verificada depois que ela for instituída, ou seja, em um momento posterior ao exercício de um poder constituinte. Este existiria em um momento anterior.⁷ 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 uma resposta a essa questão. Primeiro, embora uma ordem normativa institucional possa ser identificada apenas

⁷ Isso parece recomendar a adoção de uma teoria “relacional” ou “reflexiva”: um pretense exercício de um poder constituinte consistiria na postulação de uma ordem jurídica que teria de ser reconhecida e “validada” pelas pessoas que se propõe a regular. Cf. Lindahl (2007) e Loughlin (2014). Mas essas teorias são incapazes de oferecer prescrições relevantes em momentos constituintes, porque operam em uma lógica puramente retrospectiva.



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.

3.2. Poder constituinte e forma jurídica

A primeira ideia subjaz à proposta de Andrew Arato de aplicar os princípios do constitucionalismo ao próprio processo que o institucionaliza em dada comunidade. O constitucionalismo, enquanto um conjunto de conceitos e princípios, existe previamente a esse processo de institucionalização e pode ser mobilizado para guiá-lo. Nessa leitura, o ato de instituir legitimamente uma constituição já contém, *em si mesmo*, o conteúdo do estado constitucional (HABERMAS 1996, 453). O núcleo dessa forma de organização política é a exigência de que o poder político seja exercido de acordo com o direito criado democraticamente. Ela estabelece, então, um vínculo entre exercer um poder factual e manejar um poder normativo: em um estado constitucional, 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 explicitada 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 expandindo 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 preciso. 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.

Poderíamos dizer, então, que a identidade do povo 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, o processo de legislação constitucional teria de ser entendido como orientado e determinado pelo direito. Não é 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 parece representar quase a totalidade do processo, com a apenas uma qualificação: ele corresponderia a “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, 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”.

É esse segundo elemento que – 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 maneira defeituosa aos requisitos impostos pela forma do direito (FULLER, 1969, p. 33–44) – por exemplo, se contiver apenas normas retroativas – e, eventualmente, a demandas básicas de justiça (ALEXY, 2002, p. 40–68).

3.3. Forma jurídica e práticas de legalidade

Como sugerido pelo exemplo do último parágrafo, entendo que a ideia de “forma jurídica” 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, realizados para que se possa, de fato, estabelecer uma ordem jurídica. Esses princípios têm uma natureza aspiracional 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) (FULLER, 1969, p. 33–94).

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 jurídica. 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).

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), com fundamento em algumas das ideias de Fuller. Embora seu foco seja o direito internacional, a ideia básica em que eles se propõem a fundá-lo é relevante também em contextos nacionais. 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)

Em síntese, 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 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. Além disso, pode-se observar que, embora esse ato de propor regras jurídicas se apresente como um exercício de poder normativo (jurídico) 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”, sua finalidade.

Um ato desse tipo, que se propõe a instituir e estruturar uma nova prática de legalidade – e que pode, portanto, ser identificado com o exercício de um poder constituinte – independe, em princípio de uma autorização para apresentar-se como jurídico. Sua efetividade, contudo, depende de estar ancorado em um poder político, i.e., em um entendimento comum entre as pessoas que se propõe a vincular. Isso, porém, ainda não oferece uma resposta ao problema da legitimidade – que, como sugeri na seção 2, depende de examinar mais atentamente os processos por meio dos quais as normas são criadas. A análise realizada nesse artigo fornece fundamentos conceituais para essa empreitada.



Conclusão

Tal como conceituado aqui, o poder constituinte corresponde a uma “forma” ou uma técnica empregada para traduzir certas demandas políticas para a linguagem do direito, i.e., para institucionalizá-las. Assim, ele não é, em si, uma fonte de legitimidade, nem está vinculado a um agente específico. Seu exercício precisa ser justificado e essa justificação depende das práticas políticas que o sustentam. Nesse aspecto, portanto, a interpretação aqui proposta se alinha às críticas mencionadas no início do artigo: a legitimidade de uma ordem política não deriva de um poder constituinte em si. Ainda que em um contexto específico – o de criação constitucional, compreendendo desde a discussão preliminar até o período subsequente à promulgação de uma nova constituição –, o exercício *legítimo* do poder constituinte seja relevante para legitimidade da ordem política, essa legitimidade não é característica do poder constituinte em si, mas da forma pela qual ele é exercido. Nessa formulação, o conceito é relevante por três razões principais.

Primeiro, 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. Em segundo lugar, no plano da teoria jurídica, ele permite operacionalizar a estrutura escalonada do estado constitucional contemporâneo, em que há uma diferenciação formal entre elementos estruturais da ordem política e discussões políticas substantivas, de modo que alterações estruturais estão sujeitas a demandas procedimentais e de justificação diferenciadas. Por fim, 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.

Essa reformulação do conceito de poder constituinte permite, também, evitar os problemas tradicionalmente associados a esse conceito. 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. Ele passa a ser concebido, então, como um poder “institucional”, não mais



“existencial”. 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. As pretensões de pessoas e grupos específicos são localizadas em um momento anterior – o das propostas constituintes –, em que ainda não existe propriamente um poder jurídico para alterar as leis fundamentais.

Essa formulação também responde a críticas formuladas recentemente por Sergio Verdugo (2023) sobre os supostos perigos de se recorrer ao conceito de poder constituinte. Esses perigos são, na verdade, consequências da ausência de diferenciação entre as dimensões “social” e “institucional” da política – ou, para empregar os termos de Nancy Fraser (1997), entre públicos “fracos” e “fortes”. Os perigos identificados por Verdugo e outros na teoria do poder constituinte existem apenas na medida em que esse poder é concebido como capaz de introduzir mudanças jurídicas e, *ao mesmo tempo*, vinculado a um agente extraconstitucional que não pode ser precisamente definido. Isso abre espaço para sua instrumentalização grupos específicos que buscam impor-se sobre a comunidade como um todo.

Quando se distingue, como procurei fazer aqui, entre movimentos populares que dão origem a um poder político e a competência jurídica exercida em um nível institucional, esse perigo torna-se menos relevante. Na medida em que o poder constituinte é entendido como uma forma ou técnica jurídica, nenhuma pessoa ou grupo pode reclamá-lo exclusivamente para si. Ao contrário, cada pessoa deve convencer as demais de que esse poder deve ser atribuído a uma instituição constituída. Apenas quando isso for feito é que tal poder poderá ser exercido.

Isso não significa dizer, é claro, que a mera análise conceitual pode eliminar versões problemáticas da teoria do poder constituinte da vida política e do vocabulário político. Essas interpretações continuam a ser atraentes, especialmente, para atores que visam a assumir o poder e reconfigurar ordens políticas para seus próprios fins. Mas uma compreensão clara a respeito do que está em jogo e uma alternativa teórica fundada em premissas diversas oferecem ferramentas para contestar e, eventualmente, neutralizar essas posições em disputas políticas concretas.



Referências

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.

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. Multi-Track Constitutionalism Beyond Carl Schmitt. **Constellations**, [s. l.], v. 18, n. 3, p. 324–351, 2011.

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

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

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, 2019.

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. **Legitimacy and Legality in International Law**. Cambridge: Cambridge University Press, 2010.

CARRAZAI, Estelita; VIZEU, Rodrigo. Vice de Bolsonaro defende nova constituição sem constituinte. **Folha de S Paulo**, São Paulo, 19 set. 2018. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/poder/2018/09/vice-de-bolsonaro-defende-nova-constituicao-sem-constituente.shtml>. Acesso em: 27 nov. 2023.

COLÓN-RÍOS, Joel. **Weak constitutionalism: democratic legitimacy and the question of constituent power**. London; New York: Routledge, 2012.

DUKE, George. Strong popular sovereignty and constitutional legitimacy. **European Journal of Political Theory**, [s. l.], v. 19, n. 3, p. 354–374, 2020a.

DUKE, George. Inherent Constraints on Constituent Power. **Oxford Journal of Legal Studies**, [s. l.], v. 40, n. 4, p. 795–818, 2020b.

DUKE, George; DELLORA, Carlo. Constituent Power and the Commonwealth Constitution. **The Sydney Law Review**, [s. l.], v. 44, n. 2, p. 199–227, 2022.

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. The Politics of the Question of Constituent Power. *Em: The Paradox of Constitutionalism*. Oxford: OUP, 2007. p. 129–146.

ESCUADERO, 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.

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*. Rev ed. New Haven: Yale University Press, 1969.

HABERMAS, Jürgen. *Between Facts and Norms. Contributions to a Discourse Theory of Law and Democracy*. Cambridge, MA: The MIT Press, 1996.

HEISS, Claudia. Latin America Erupts: Re-founding Chile. *Journal of Democracy*, [s. l.], v. 32, n. 3, p. 33–47, 2021.

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, 2005.

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: OUP, 2007. p. 9–24.

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: OUP, 2003.

MACCORMICK, Neil. *Institutions of law. An essay in legal theory*. Oxford: OUP, 2007.

MICHELMAN, Frank I. Can Constitutional Democrats Be Legal Positivists? Or Why Constitutionalism?. *Constellations*, [s. l.], v. 2, n. 3, p. 293–308, 1996.

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.

NIESEN, Peter. Two Cheers for Lost Sovereignty Referendums: Campaigns for Independence and the Pouvoir Constituant Mixte. *German Law Journal*, [s. l.], v. 23, n. 1, p. 44–55, 2022.



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. **Usurpation und Autorisierung: Konstituierende Gewalt im globalen Zeitalter**. Frankfurt a.M. & New York: Campus Verlag, 2018a.

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, 2018b.

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.

ROZNAI, Yaniv. **Unconstitutional Constitutional Amendments. The limits of amendment powers**. Oxford: Oxford University Press, 2017.

SILVA, Virgílio A. da. A Fossilised Constitution?. **Ratio Juris**, [s. l.], v. 17, n. 4, p. 454–473, 2004.

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.

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.

VERDUGO, Sergio. Is it time to abandon the theory of constituent power?. **International Journal of Constitutional Law**, [s. l.], v. 21, n. 1, p. 14–79, 2023.

VINX, Lars. Ernst-Wolfgang Böckenförde and the politics of constituent power. **Jurisprudence**, [s. l.], v. 10, n. 1, p. 15–38, 2019.

Sobre o autor

Leonardo Heck

Doutorando em Ciência Política na Universidade de Hamburgo, com financiamento do Serviço Alemão de Intercâmbio Acadêmico (DAAD). Mestre em Ciência Política e Bacharel em Direito pela Universidade de São Paulo (USP). E-mail para contato: lheck12@gmail.com.

O autor é o único responsável pela redação do artigo.

