

**REVISTA BRASILEIRA DE POLÍTICAS PÚBLICAS**  
**BRAZILIAN JOURNAL OF PUBLIC POLICY**

**Criação constitucional sem Poder Constituinte:** Os limites conceituais do poder de substituição ou revisão da constituição

**Constitution-making (without constituent) Power:** On the conceptual limits of the power to replace or revise the constitution

Carlos Bernal Pulido

# Sumário

<b>EDITORIAL: CONSTITUCIONALISMO LATINO-AMERICANO: O QUE TEMOS EM COMUM?</b> .....	15
<b>EDITORIAL: CONSTITUCIONALISMO LATINOAMERICANO: ¿QUÉ TENEMOS EN COMÚN?</b> .....	17
Luís Roberto Barroso e Patrícia Perrone Campos Mello	
<b>SEÇÃO I: PODER CONSTITUINTE</b> .....	19
<b>AS CONSTITUIÇÕES LATINO-AMERICANAS ENTRE A VIDA E A MORTE: POSSIBILIDADES E LIMITES DO PODER DE EMENDA</b> .....	21
Luís Roberto Barroso e Aline Osorio	
<b>CRIAÇÃO CONSTITUCIONAL SEM PODER CONSTITUINTE: OS LIMITES CONCEITUAIS DO PODER DE SUBSTITUIÇÃO OU REVISÃO DA CONSTITUIÇÃO</b> .....	56
Carlos Bernal Pulido	
<b>QUEM CONTA COMO NAÇÃO? A EXCLUSÃO DE TEMÁTICAS LGBTI NAS ASSEMBLEIAS CONSTITUINTE DE BRASIL E COLÔMBIA</b> .....	85
Rafael Carrano Lelis, Marcos Felipe Lopes de Almeida e Waleska Marcy Rosa	
<b>EM DEFESA DA PARTICIPAÇÃO: ANÁLISE DA INICIATIVA POPULAR PARA ALTERAÇÃO DA CONSTITUIÇÃO NO BRASIL E NO EQUADOR</b> .....	114
Ilana Aló Cardoso Ribeiro e Lílian Márcia Balmant Emerique	
<b>REFLEXÕES CRÍTICAS SOBRE O PROCESSO CONSTITUINTE EQUATORIANO DE MONTECRISTI (2007-2008)</b> .....	130
E. Emiliano Maldonado	
<b>SEÇÃO II: JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL E DEMOCRACIA</b> .....	152
<b>LA REVISIÓN JUDICIAL EN DEMOCRACIAS DEFECTUOSAS</b> .....	154
Roberto Gargarella	
<b>CONSTITUIÇÃO E PLURALISMO JURÍDICO: A POSIÇÃO PARTICULAR DO BRASIL NO CONTEXTO LATINO-AMERICANO</b> .....	171
Ana Paula Gonçalves Pereira de Barcellos	
<b>AS CONSTITUIÇÕES LATINO-AMERICANAS PELAS LENTES DAS CORTES CONSTITUCIONAIS: A FORÇA NORMATIVA E O ROMANTISMO DOS PREÂMBULOS</b> .....	185
Arnaldo Sampaio de Moraes Godoy e Carlos Frederico Santos	

<b>REDES SOCIALES, JUSTICIA CONSTITUCIONAL Y DELIBERACIÓN PÚBLICA DE CALIDAD: LECCIONES DEL PLEBISCITO POR LA PAZ EN COLOMBIA.....</b>	<b>203</b>
Jorge Ernesto Roa Roa	
<b>A EFETIVIDADE DO ESTADO DE COISAS INCONSTITUCIONAL EM RAZÃO DOS SISTEMAS DE MONITORAMENTO: UMA ANÁLISE COMPARATIVA ENTRE COLÔMBIA E BRASIL .....</b>	<b>218</b>
Aléssia Barroso Lima Brito Campos Chevitarese, Ana Borges Coêlho Santos e Felipe Meneses Graça	
<b>SEÇÃO III: CONSTITUCIONALISMO TRANSFORMADOR E “IUS CONSTITUTIONALE COMMUNE” NA AMÉRICA LATINA .....</b>	<b>231</b>
<b>O MANDATO TRANSFORMADOR DO SISTEMA INTERAMERICANO: LEGALIDADE E LEGITIMIDADE DE UM PROCESSO JURISGENÉTICO EXTRAORDINÁRIO .....</b>	<b>233</b>
Armin von Bogdandy	
<b>CONSTITUCIONALISMO, TRANSFORMAÇÃO E RESILIÊNCIA DEMOCRÁTICA NO BRASIL: O IUS CONSTITUTIONALE COMMUNE NA AMÉRICA LATINA TEM UMA CONTRIBUIÇÃO A OFERECER? ..</b>	<b>254</b>
Patrícia Perrone Campos Mello	
<b>UM PROJETO COMUM PARA A AMÉRICA LATINA E OS IMPACTOS DAS EMPRESAS EM DIREITOS HUMANOS .....</b>	<b>287</b>
Danielle Anne Pamplona	
<b>O PAPEL DA CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS NA CONSTRUÇÃO DIALOGADA DO IUS CONSTITUTIONALE COMMUNE NA AMÉRICA LATINA.....</b>	<b>303</b>
Ana Carolina Lopes Olsen e Katya Kozicki	
<b>SEÇÃO IV: NOVO CONSTITUCIONALISMO LATINO-AMERICANO .....</b>	<b>332</b>
<b>O PAPEL DA CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS NA CONSTRUÇÃO DIALOGADA DO IUS CONSTITUTIONALE COMMUNE NA AMÉRICA LATINA.....</b>	<b>334</b>
Roberto Viciano Pastor e Rubén Martínez Dalmau	
<b>¡QUE VIVA EL ESTADO PLURINACIONAL!: ¿Y LO SOCIOAMBIENTAL? .....</b>	<b>351</b>
Anibal Alejandro Rojas Hernández, aula Harumi Kanno, Heline Sivini Ferreira e Adriele Fernanda Andrade Précoma	
<b>O NOVO CONSTITUCIONALISMO LATINO-AMERICANO: ANÁLISE MARXISTA DA INVISIBILIZAÇÃO DA LUTA DE CLASSES NAS INVESTIGAÇÕES JURÍDICAS CRÍTICAS .....</b>	<b>365</b>
Daniel Araújo Valença, Ronaldo Moreira Maia Júnior e Rayane Cristina de Andrade Gomes	
<b>O NOVO CONSTITUCIONALISMO LATINO-AMERICANO: ANÁLISE MARXISTA DA INVISIBILIZAÇÃO DA LUTA DE CLASSES NAS INVESTIGAÇÕES JURÍDICAS CRÍTICAS .....</b>	<b>382</b>
Adriele Andrade Précoma, Heline Sivini Ferreira e Rogério Silva Portanova	

<b>SEÇÃO V: DIREITOS FUNDAMENTAIS .....</b>	<b>401</b>
<b>O DIREITO À ÁGUA NAS CONSTITUIÇÕES DA AMÉRICA DO SUL: ELEMENTOS COMUNS E TRAÇOS DISTINTIVOS.....</b>	<b>403</b>
Thiago Rafael Burckhart e Milena Petters Melo	
<b>DIREITOS HUMANOS NA AMÉRICA LATINA: AVANÇOS E DESAFIOS INERENTES À ATUAL CONJUNTURA POLÍTICA .....</b>	<b>420</b>
Paulo Renato Vitória e Gabriela Maia Rebouças	
<b>O NOVO CONSTITUCIONALISMO NA AMÉRICA LATINA E CARIBE, E A CONSTRUÇÃO DO DIREITO À SAÚDE .....</b>	<b>444</b>
Alethele de Oliveira Santos, Maria Célia Delduque e Moacyr Rey Filho	
<b>A QUALIDADE DA EDUCAÇÃO PARA A EFETIVAÇÃO E CONSOLIDAÇÃO DO NOVO CONSTITUCIONALISMO LATINO-AMERICANO NO EQUADOR E NA BOLÍVIA.....</b>	<b>460</b>
Manuel Rodrigues de Sousa Junior e Luigi Bonizzato	
<b>A DIVERSIDADE CULTURAL SEGUNDO O ENTENDIMENTO DA CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS E O NOVO CONSTITUCIONALISMO LATINO-AMERICANO TRANSFORMADOR.....</b>	<b>476</b>
Bianor Saraiva Nogueira Júnior, Deicy Yurley Parra Flórez e Ulisses Arjan Cruz dos Santos	
<b>UN APORTE A LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS EN LATINOAMÉRICA: LA ACTIVIDAD DEL OMBUDSMAN CRIOLLO EN TRIBUNALES DE JUSTICIA.....</b>	<b>493</b>
Juan Pablo Díaz Fuenzalida	
<b>SEÇÃO VI: POVOS INDÍGENAS .....</b>	<b>512</b>
<b>EL DERECHO FUNDAMENTAL A LA IDENTIDAD CULTURAL DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS: UN DERECHO-MATRIZ Y FILTRO HERMENÉUTICO PARA LAS CONSTITUCIONES DE AMÉRICA LATINA: LA JUSTIFICACIÓN .....</b>	<b>514</b>
Juan Jorge Faundes	
<b>POVOS INDÍGENAS E A (AUSÊNCIA DE) JUSTIÇA DE TRANSIÇÃO BRASILEIRA: UMA ANÁLISE À LUZ DO CONSTITUCIONALISMO PLURALISTA LATINO-AMERICANO .....</b>	<b>537</b>
Jamilly Izabela de Brito Silva e Sílvia Maria da Silveira Loureiro	
<b>JURISDIÇÃO INDÍGENA E PLURALISMO JURÍDICO NA AMÉRICA LATINA: ESTUDO DE CASO SOBRE A JUSTIÇA WAIWAI .....</b>	<b>558</b>
João Vitor Cardoso e Luiz Guilherme Arcaro Conci	
<b>O NOVO CONSTITUCIONALISMO LATINO-AMERICANO E OS POVOS INDÍGENAS: A VISÃO DO DIREITO A PARTIR DOS CALEIDOSCÓPIOS E DOS MONÓCULOS .....</b>	<b>577</b>
Lucas Silva de Souza, Valéria Ribas do Nascimento e Isadora Forgiarini Balem	

**OUTROS ARTIGOS..... 600**

**BUILDING TRUST IN COLLABORATIVE PROCESS OF VILLAGE FUND POLICY IMPLEMENTATION (A  
CASE STUDY AT LUWUK DISTRICT OF BANGGAI REGENCY) ..... 602**

Rahmawati halim

# Criação constitucional sem Poder Constituinte: Os limites conceituais do poder de substituição ou revisão da constituição\*

## Constitution-making (without constituent) Power: On the conceptual limits of the power to replace or revise the constitution

Carlos Bernal Pulido\*\*

### Resumo

O presente artigo expõe argumentos contrários à tese de que o poder de criação de uma constituição deve ser entendido como o poder constituinte, em sua acepção de poder fundacional, ilimitado e soberano. Uma análise conceitual do poder de substituição ou revisão da constituição revela que esse entendimento é incorreto. Em seu lugar, o artigo avança uma concepção sócioontológica do poder para substituir ou revisar uma constituição escrita, como um poder deôntico limitado, cujos titulares são os representantes políticos dos cidadãos, a quem a coletividade reconhece o *status* de criadores constitucionais e cuja função é institucionalizar o constitucionalismo. Essa concepção propõe enfoque mais claro para compreender o poder de criação da constituição e para avaliar a legitimidade de seu exercício.

**Palavras-chave:** criação da constituição; poder constituinte; alteração constitucional; substituição da constituição; revisão constitucional e emenda constitucional.

### Abstract

This article makes a case against the wide-spread conception of the constitution-making power as a foundational, legally boundless and sovereign constituent power. A conceptual analysis of the power to replace or revise the constitution shows that this understanding is incorrect. Instead, the article advances a socio-ontological conception of the power to replace or revise a written constitution, as a limited deontic power of citizens' political proxy-agents, who are collectively intentionally recognized as having the status of constitution-makers for performing the function of institutionalizing constitutionalism. This conception illuminates a clearer approach to understand the constitution-making power, and to evaluate the legitimacy of its exercises.

**Keywords:** constitution-making; constituent power; constitutional change; constitutional replacement; constitutional revision; and constitutional amendment.

\* Autor convidado/Guest author

Artigo traduzido por Clara Lacerda Accioly e Patrícia Perrone Campos Mello, como parte dos trabalhos desenvolvidos pelos Grupos de Pesquisa “Jurisdição Constitucional no Mundo” e “Cortes Constitucionais e Democracia”, Programa de Mestrado e Doutorado da Faculdade de Direito do Centro Universitário de Brasília – UniCEUB, Pró-Reitoria de Pesquisa, Pós-Graduação e Inovação, Brasília.

\*\* Magistrado do Tribunal Constitucional da Colômbia. E-mail: carloslb@corteconstitucional.gov.co. Agradeço a Virgílio Afonso da Silva, Robert Alexy, Rosalind Dixon, Vicki Jackson, Jeff King, José Luis Martí, Virgílio Afonso da Silva, Robert Alexy, Rosalind Dixon, Vicki Jackson, Jeff King, José Luis Martí, José Juan Moreso, Rebecca Pendleton, Silvia Suteu, María José Viana Clves y Juliano Zaiden Benvindo pelos valiosos comentários recebidos, em particular, nos seminários realizados na University College London, na University of New South Wales (Sydney), na Universidad Pompeu Fabra (Barcelona) e no Global Symposium on Constitutional Amendment and Replacement in Latin America (Brasília). Sinto-me, ainda, em grande dívida para com Richard Albert, José I. Colón-Ríos, Denise Meyerson e Sergio Verdugo pelos comentários e sugestões detalhadas a versões anteriores deste manuscrito.

# 1 Introdução

Alguns acadêmicos e juízes entendem que o povo somente cria, substitui ou revisa uma constituição por meio do exercício do poder constituinte, que definem como um poder fundacional, ilimitado e soberano. Identificam o poder de criar uma constituição com tal poder constituinte<sup>1</sup> ou o caracterizam como uma de suas manifestações<sup>2</sup>. Este artigo expõe argumentos contrários a tal posição, defendendo, em breves linhas, que a Teoria do Poder constituinte é, apenas, uma concepção acerca do poder de criar uma constituição, entre outras possíveis,<sup>3</sup> e, ademais, consiste em concepção incorreta, porque o caracteriza como ilimitado.

Com esse propósito, o artigo desenvolve uma análise conceitual de um caso típico do poder de criação da constituição: o poder de substituição ou revisão de textos constitucionais. Nesse sentido, vale-se da expressão “substituição” para designar a troca de um texto constitucional por outro, e usa a palavra “revisão” para referir-se à modificação da estrutura básica de uma constituição, por meio de um do procedimento de reforma constitucional. A análise desses fenômenos demonstra que o poder de criação constitucional não pode ser conceitualmente ilimitado. Não pode ser entendido segundo a Teoria do Poder Constituinte. Em lugar disso, o trabalho propõe uma concepção alternativa do poder de criação da constituição como um poder limitado, que se fundamenta em desenvolvimentos recentes no âmbito da ontologia social.

O artigo está estruturado da seguinte forma. A Seção II delimita o objetivo da análise que se emprederá: a compreensão da natureza do poder de criação constitucional. A Seção III aborda a Teoria do Poder Constituinte, seu uso judicial e doutrinário, como uma tentativa de justificar substituições e revisões constitucionais, assim como para estabelecer limites substantivos às reformas constitucionais. Na Seção IV, procura-se demonstrar, por meio de uma análise do poder de substituir e de revisar a constituição, que é conceitualmente incorreto, nesses casos, conceber o poder de criação constitucional como ilimitado ou irrestrito. Finalmente, a Seção V desenvolve a concepção sócio-ontológica do poder de substituir ou revisar a constituição, caracterizando-o como um poder deôntico limitado, de que se investem os representantes políticos dos cidadãos (*citizen's political proxy agents*), a quem a coletividade reconhece intencionalmente o *status* de criadores da constituição, cuja função é institucionalizar o constitucionalismo. Essa concepção pode ser generalizada como uma compreensão adequada do poder de criação constitucional.

## 2 Sobre a natureza do poder de criação constitucional

As constituições escritas são produto de um ato fundacional. Como explicam Loughlin e Walker, esse ato fundacional “pretende estabelecer uma organização social, mediante a criação de uma estrutura de governo e a definição da forma essencial do vínculo político entre as pessoas (os cidadãos do Estado) e as autoridades governamentais”<sup>4</sup>. A criação constitucional está presente quando da promulgação de novas constituições por atos fundacionais de tal tipo e, ainda, em situações de substituição ou revisão constitucional.

A criação constitucional é estudada a partir de diferentes perspectivas. Historiadores e cientistas políticos examinam as complexidades dos processos de criação das constituições em jurisdições específicas<sup>5</sup>. Filó-

<sup>1</sup> “O poder constituinte [...] é o poder legalmente ilimitado de criar (e recriar) constituições” COLÓN-RÍOS, J. I. Rousseau, Theorist of Constituent Power. *Oxford Journal of Legal Studies*, 2016. p. 1, tradução livre.

<sup>2</sup> Segundo Martín Loughlin, no pensamento constitucional, “o poder constituinte expressa o aspecto generativo da relação de poder político” LOUGHLIN, M. The Concept of Constituent Power. *European Journal of Political Theory*, v. 13, n. 2, 2014. p. 231, tradução livre. A criação da constituição é um evento por meio do qual se gera o poder político.

<sup>3</sup> Sobre a distinção entre um conceito e suas concepções – como entendimentos do conceito – V. EZCURDIA, Maite. The Concept-Conception Distinction. *Philosophical Issues*, v. 9, 1998, p. 187-192.

<sup>4</sup> LOUGHLIN, M.; WAIKER, N. Introduction. In: LOUGHLIN, M.; WAIKER, N. *The Paradox of Constitutionalism*. Oxford: Oxford University Press, 2007, tradução livre.

<sup>5</sup> V. MILLER, L. E. *Framing the State in Times of Transition: Case Studies in Constitution Making*. Washington: United States Institute

sofos políticos discutem como planejar e executar esses processos<sup>6</sup> e quais resultados eles devem produzir para terem reconhecida a sua legitimidade<sup>7</sup>. Estudiosos de modelos de desenhos constitucionais buscam identificar as relações teóricas e empíricas existentes entre os processos de criação da constituição e seus resultados<sup>8</sup>. Comparatistas analisam diferentes modelos de criação constitucional e avaliam quais são as melhores práticas e como segui-las<sup>9</sup>.

Em contraste, este artigo versa sobre a natureza do poder de criação constitucional, sob uma perspectiva conceitual e normativa. Propõe uma análise conceitual tanto da substituição como da revisão constitucional — como casos típicos de exercício do poder de criação constitucional<sup>10</sup> — com o objetivo de dar conta de seus elementos essenciais<sup>11</sup>. A estratégia aqui adotada é análoga àquela de elucidação da natureza do Direito, por meio da afirmação de “proposições sobre o Direito que são necessariamente verdadeiras”<sup>12</sup> ou de “verdades reconhecidas (*necessary truths*) sobre o Direito”<sup>13</sup>. Tais verdades correspondem a um conjunto de propriedades que conferem ao Direito sua essência<sup>14</sup>, sua “identidade”<sup>15</sup>. *Mutatis mutandis*, este artigo formula duas questões. Em primeiro lugar, indaga se a concepção de poder constituinte é adequada para explicar as propriedades essenciais, ou seja, a natureza do poder de substituir ou revisar uma constituição. Em caso negativo, pergunta, em segundo lugar, qual poderia ser uma concepção alternativa apropriada?

Essa análise conceitual, necessariamente, pressupõe considerações normativas. Examinar a natureza do poder de criação constitucional, e definir se um ato é ou não uma manifestação de tal poder, implica assumir uma posição de justificativa ou de crítica quanto a tal ato ou a seus efeitos<sup>16</sup>. A título ilustrativo, analisar se uma assembleia constituinte extraconstitucional (*extra-constitutional constituent assembly*) pode ser considerada legitimamente investida do poder de criar uma nova constituição tem íntima relação com o debate sobre a possibilidade reconhecer o produto de tal assembleia como norma constitucional. Da mesma forma, avaliar se o poder para reformar a constituição compreende o poder de alterar a sua estrutura básica implica uma tomada de posição sobre a possibilidade de produzir alterações estruturais por meio do procedimento de emenda à constituição. A viabilidade de uma análise conceitual neutra, no prisma normativo, é controversa<sup>17</sup>.

---

of Peace, 2010.

<sup>6</sup> V. BANKS, A. M. Expanding Participation in Constitution Making: Challenges and Opportunities. *William & Mary Law Review*, v. 46, 2008. p. 1046; ARATO, A. *Post Sovereign Constitution Making. Learning and Legitimacy*. Oxford University Press: Oxford, 2016.

<sup>7</sup> KLEIN, C.; SAJÓ, A. Constitution-Making: Process and Substance. In: M. ROSENFELD; SAJÓ, A. (eds.). *The Oxford Handbook of Comparative Constitutional Law*. Oxford: Oxford University Press, 2012. p. 419 e ss.

<sup>8</sup> V. ZACHARY ELKINS, T. G.; BLOUNT, J. Does the Process of Constitution-Making Matter? *Annual Review of Law and Social Science*, v. 5, n. 5, 2009. p. 201 e ss; EISENSTADT, T. A.; LEVAN, A. C.; MABOUDI, T. When Talk Trumps Text: The Democratizing Effects of Deliberation during Constitution-Making, 1974–2011. *American Political Science Review*, v. 109, n. 3, 2015. p. 592 e ss.

<sup>9</sup> CONTIADES, X. *Engineering Constitutional Change: a comparative perspective on Europe, Canada and the USA*. Londres: Routledge, 2012.

<sup>10</sup> Esta análise conceitual é diferente do que Mattias Kumm chama de questão “sociológica”. V. KUMM, M. Constituent power, cosmopolitan constitutionalism, and post-positivist law. *International Journal of Constitutional Law*, v. 14, n. 3, 2016. p. 698. Enquanto uma resposta à pergunta sociológica será responsável pelos atos de exercício real do poder de criação constitucional, a pergunta conceitual indaga acerca das propriedades essenciais do conceito de poder de criação constitucional. Sobre a diferença entre a análise conceitual, empírica (ou sociológica) e normativa na Teoria Constitucional, v. ALEXI, R. *A Theory of Constitutional Rights*. Oxford: Oxford University Press, 2002.

<sup>11</sup> Sobre os aspectos metodológicos desse tipo de análise conceitual, v. HIMMA, K. E. Reconsidering a Dogma: Conceptual Analysis, the Naturalistic Turn, and Legal Philosophy. In: FREEMAN, Michael; HARRISON, Ross (eds.). *Law and Philosophy: current legal issues*. Oxford: Oxford University Press, 2007, p. 4.

<sup>12</sup> RAZ, J. Can There Be a Theory of Law?. In: GOLDING, M. P.; EDMUNDSON, W. A. *The Blackwell Guide to the Philosophy of Law and Legal Theory*. Oxford: Blackwell, 2005. p. 324-325, tradução livre.

<sup>13</sup> ALEXI, R. On the Concept and the Nature of Law. *Ratio Juris*, v. 21, n. 3, 2008. p. 284, tradução livre.

<sup>14</sup> RAZ, J. Can There Be a Theory of Law?. In: GOLDING, M. P.; EDMUNDSON, W. A. *The Blackwell Guide to the Philosophy of Law and Legal Theory*. Oxford: Blackwell, 2005. p. 324-325.

<sup>15</sup> SHAPIRO, S. *Legality*. Cambridge Mass: Belknap Press of Harvard University Press, 2011.

<sup>16</sup> NINO, C. S. El concepto de poder constituyente originario y la justificación jurídica. In: BULYGIN, E.; FARRELL, M. D.; NINO C. S., RABOSI, E. *El lenguaje del derecho: homenaje a Genaro R. Carrió*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1983. p. 353.

<sup>17</sup> V. MARMOR, A. Legal Positivism: Still Descriptive and Morally Neutral. *Oxford Journal of Legal Studies*, v. 26, n. 4, 2006. Para uma discussão mais ampla, v. FERRER BELTRÁN; MORESO; PAPAYANNIS. *Neutrality and Theory of Law*. Dordrecht: Springer, 2013.

A atribuição do poder de criação constitucional a uma autoridade determinada implica um juízo que compreende não apenas elementos conceituais e empíricos, mas também normativos<sup>18</sup>. Portanto, nesse aspecto, parece acertada a afirmação de Dworkin segundo a qual a descrição de qualquer fenômeno central para o Direito não pode ser normativamente neutra<sup>19</sup>, mas, ao contrário, implica uma “interpretação” baseada em juízos e crenças morais<sup>20</sup>.

A Teoria do Poder Constituinte é uma concepção amplamente aceita acerca da natureza do poder de criação constitucional<sup>21</sup>. Embora existam diversas versões dessa teoria<sup>22</sup>, seu elemento comum é a tese de que o poder de criação constitucional é fundacional, juridicamente ilimitado e soberano<sup>23</sup>. Aludirei a essa concepção como “o argumento do poder constituinte”.

O poder constituinte é fundacional — alega-se — porque é a fonte primeira de toda autoridade jurídica<sup>24</sup>. Essa caracterização pretende romper a circularidade implícita na fundamentação da autoridade: a autoridade é legítima se, e somente se, uma norma jurídica a legitima; e uma norma é jurídica se, e somente se, tiver sido criada por uma autoridade legítima<sup>25</sup>. Reconhecer a existência de um poder constituinte como uma autoridade pré-jurídica, que cria a constituição, rompe tal circularidade sem implicar uma regressão ao infinito<sup>26</sup>. Com esse objetivo, Carl Schmitt afirmou que a fonte de validade da constituição reside no poder constituinte<sup>27</sup>, entendido como uma “decisão” ou uma “vontade política” que define o tipo e a forma da entidade política na qual o povo se constitui<sup>28</sup>. Além disso, do caráter fundacional decorre a compreensão de que todos os poderes constituídos extraem a sua autoridade jurídica da autoridade do poder constituinte e, em consequência, devem observar os limites formais e materiais atribuídos aos seus próprios poderes<sup>29</sup>.

<sup>18</sup> Matias Kumm tem razão ao enfatizar que o objetivo da Teoria do Poder Constituinte é “legitimar alterações jurídicas que não podem ser legitimadas com base nas normas legais existentes”. Ele argumenta que: “a função do poder constituinte dentro da tradição do constitucionalismo do século XVIII é normativa e justificadora, não sociológica e explicativa”. Ver: KUMM, M. Constituent power, cosmopolitan constitutionalism, and post-positivist law. *International Journal of Constitutional Law*, v. 14, n. 3, 2016. p. 698-701, tradução livre. Entretanto, a afirmação de Kumm parece extremada ao descartar a dimensão sociológica – e talvez também a conceitual – da teoria do poder constituinte. Se uma “designação interpretativa *ex post*” do poder constituinte a uma autoridade é justificada, trata-se de algo que depende da correção das razões normativas e da verdade das proposições conceituais e empíricas que fundamentam essa atribuição. Enquanto as proposições conceituais se relacionam à questão de quais são as condições suficientes e necessárias para que um poder seja uma manifestação do poder constituinte, as proposições empíricas se referem a se a autoridade relevante atende a essas condições. O conceito de Nino de “juízos de aderência normativa” parece compreender essas três dimensões: normativa, conceitual e empírica NINO, C. S. El concepto de poder constituyente originario y la justificación jurídica. In: BULYGIN, E.; FARRELL, M. D.; NINO C. S., RABOSSI, E. *El lenguaje del derecho: homenaje a Genaro R. Carrió*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1983. p. 361, tradução livre.

<sup>19</sup> DWORKIN, R. *Justice in Robes*. Cambridge Mass: Belknap Press of the Harvard University Press, 2006. p. 140-141.

<sup>20</sup> DWORKIN, R. *Justice for Hedgehogs*. Cambridge Mass: Belknap Press of the Harvard University Press, 2011. p. 404.

<sup>21</sup> Há outras manifestações do exercício do poder constituinte, além da criação de uma constituição. Um exemplo é a autoridade absoluta do Parlamento inglês para representar ao povo britânico LOUGHLIN, M. Constituent Power Subverted: From English Constitutional Argument to British Constitutional Practice. In: LOUGHLIN, M.; WAIKER, N. *The Paradox of Constitutionalism*. Oxford: Oxford University Press, 2007, p. 27-48.

<sup>22</sup> NEGRI, A. *Insurgencies. Constituent Power and the Modern State*. Minneapolis e Londres: University of Minnesota Press, 1999. p. 4 e ss.

<sup>23</sup> COLÓN-RÍOS, J. I. *Weak Constitutionalism. Democratic legitimacy and the question of constituent power*. Londres y Nueva York: Routledge, 2012. p. 7. Embora o conceito de poder constituinte tenha surgido no direito inglês do século XVII LOUGHLIN, M. Constituent Power Subverted: From English Constitutional Argument to British Constitutional Practice. In: LOUGHLIN, M.; WAIKER, N. *The Paradox of Constitutionalism*. Oxford: Oxford University Press, 2007. p. 27 e ss., a compreensão do poder do povo para criar uma constituição como uma espécie de poder constituinte começou com a Revolução Francesa COLÓN-RÍOS, J. I. Five Conceptions of Constituent Power. *Law Quarterly Review*, v. 130, 2014. p. 307.

<sup>24</sup> LOUGHLIN, M. The Concept of Constituent Power. *European Journal of Political Theory*, v. 13, n. 2, 2014. p. 219.

<sup>25</sup> Alf Ross apresentou este problema em ROSS, A. *On Law and Justice*. Berkeley: University of California Press, 1959. p. 80; ROSS, A. On Self-Reference and a Puzzle in Constitutional Law. *Mind*, v. 78, n. 309, 1969. p. 1.

<sup>26</sup> A regra de reconhecimento de Hart pretende desempenhar o mesmo papel (HART, H. *The Concept of Law*. Oxford: Clarendon Press, 1994, pp. 991 e ss.).

<sup>27</sup> SCHMITT, C. *Verfassungslehre*. 5. ed. Berlin: Duncker & Humblot, 1970. p. 22.

<sup>28</sup> SCHMITT, C. *Verfassungslehre*. 5. ed. Berlin: Duncker & Humblot, 1970. p. 82, tradução livre.

<sup>29</sup> CRISTI, R. The Metaphysics of Constituent Power: Schmitt and the Genesis of Chile’s 1980 Constitution. *Cardozo Law Review*, v. 21, 1999-2000. p. 1749.

Em segundo lugar, de acordo com o argumento do poder constituinte, o poder de criação constitucional é ilimitado<sup>30</sup>. Sieyès ressaltou essa característica quando sustentou que, dado que tal poder é fonte de toda juridicidade, “não está e não pode ser limitado pela constituição”<sup>31</sup>. Nessa linha, o poder constituinte não poderia estar sujeito a limitações formais ou materiais. Seria livre para criar, substituir ou revisar a constituição mediante qualquer procedimento e com qualquer conteúdo.

Finalmente, o argumento do poder constituinte qualifica o poder de criação constitucional como soberano, aludindo ao fato de que se trata da máxima autoridade para produzir normas jurídicas<sup>32</sup>. Nenhuma outra autoridade poderia invalidar suas decisões<sup>33</sup>. Nesse sentido, Andreas Kalyvas<sup>34</sup> resalta que esta caracterização implica a mutação do conceito de soberania, tal como foi proposto por Jean Bodin, como o “mais alto poder de emitir ordens”<sup>35</sup>. Como poder constituinte, a soberania do poder de criação constitucional<sup>36</sup> fundamenta a mais alta autoridade de criação de normas jurídicas<sup>37</sup>.

### 3 Substituição da Constituição, revisão da Constituição e o argumento do Poder Constituinte

O argumento do poder constituinte tem sido usado para justificar substituições e revisões constitucionais, que são casos especiais de alterações formais e estruturais da constituição. Uma alteração constitucional é uma modificação no conjunto de normas constitucionais válidas, podendo ser formal ou informal. A diferença entre dispositivo e norma constitucional facilita a compreensão desses tipos de alteração<sup>38</sup>. Os dispositivos constitucionais são os enunciados que integram um texto constitucional. No caso das constituições escritas, normas constitucionais são o conjunto de significados que expressam o sentido dos dispositivos constitucionais. Esses significados podem ser articulados em proposições prescritivas, indicando que algo está ordenado, proibido ou permitido pela constituição; podem, igualmente, corresponder à outorga de competências ou de imunidades.

<sup>30</sup> BÖCKENFÖRDE, E.W. Die verfassunggebende Gewalt des Volkes. Ein Grenzbegriff des Verfassungsrechts. In: BÖCKENFÖRDE, E.W. *Demokratie: Studien zur Verfassungstheorie und zum Verfassungsrecht*. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1991, pp. 90 e ss.

<sup>31</sup> SIEYÈS, E.-J. *Qu'est-ce que le Tiers-Etat?* Paris: Pagnerre: Pagnerre, 1839, p. 132, tradução livre. De acordo com Sieyès, a nação — e não o povo — é titular do poder constituinte.

<sup>32</sup> LOUGHLIN, M. Why Sovereignty?. In: RAWLINGS, R.; LEYLAND, P.; YOUNG, A. L. *Sovereignty and the Law: Domestic, European, and International Perspectives*. Oxford: Oxford University Press, 2013. p. 45, 48.

<sup>33</sup> AGAMBEN, G. *Homo Sacer*. Stanford: Stanford University Press, 1998. p. 43. Alguns acadêmicos consideram a falta de limites como um aspecto da soberania. Ver, por exemplo, a referência à “dimensão negativa da soberania parlamentarista” em VENN, A. *Introduction to the Study of the Law of the Constitution*. Londres: Macmillan, 1939. p. 40, tradução livre.

<sup>34</sup> KALYVAS, A. Popular Sovereignty, Democracy, and the Constituent Power. *Constellations*, v. 12, n. 2, 2005. p. 225. Todavia, em contraste com Sieyès, Kalyvas sugere que o povo somente pode exercer o poder constituinte por meio de procedimentos participativos.

<sup>35</sup> BODIN, J. *Les six livres de la République*. Paris: Librairie générale française, 1993. p. 74, tradução livre.

<sup>36</sup> KALYVAS, A. Constituent Power. *Political Concepts: A Critical Lexicon*. Disponível em: <http://www.politicalconcepts.org/constituentpower/>. Acesso em: 20 fev. 2018.

<sup>37</sup> A distinção entre um comando e uma regra, que estava no centro das críticas de Hart à teoria do direito de John Austin, pode ilustrar a diferença entre essas duas concepções de soberania. Entenderei aqui “regra” como sinônimo de “norma”. Austin sustentou que o direito é um conjunto de comandos. Um comando é a expressão de um desejo do soberano no sentido de que alguém pratique ou se abstenha de praticar algum ato, sob pena de sanção em caso de descumprimento. AUSTIN, J. *The Province of Jurisprudence Determined*. Cambridge: Cambridge University Press, 1995. p. 21. Em sentido diverso, segundo Hart, a existência de uma regra implica que o desvio do *standard* de conduta que ela estabelece dá lugar a críticas e à imposição de sanções. A crítica pelo desvio e a imposição de sanção são consideradas legítimas, justificadas ou fundadas em razões adequadas; o aspecto interno das regras significa que os agentes “devem considerar o comportamento como um *standard* geral a ser observado pela sociedade como um todo” HART, H. *The Concept of Law*. Oxford: Clarendon Press, 1994. p. 55-66, tradução livre. A atribuição de soberania ao poder constituinte implica reconhecer sua capacidade para estabelecer normas.

<sup>38</sup> Sobre a distinção entre dispositivo e norma no direito constitucional, v. CRISAFULLI, V. *Disposizione (e norma)*, XIII *Enciclopedia del Diritto*, 1964, pp. 165-203. No campo dos direitos constitucionais, v. ALEXY, R. *A Theory of Constitutional Rights*. Oxford: Oxford University Press, 2002. p. 32.

As alterações formais na constituição implicam uma modificação em uma ou mais disposições constitucionais e, portanto, a alteração do conjunto de normas constitucionais válidas. A promulgação de uma constituição, sua substituição, revisão, emenda e derrogação explícita são tipos de alterações formais. Por outro lado, a alteração constitucional informal corresponde à mudança do conjunto de normas constitucionais válidas sem modificação do texto. A mutação constitucional por interpretação<sup>39</sup>, a mutação infraconstitucional<sup>40</sup> e o desuso constitucional<sup>41</sup> são tipos de alterações constitucionais informais.

Somente as alterações constitucionais formais são relevantes para os fins deste artigo. Serão objeto de debate apenas a relação e as diferenças entre as categorias pertinentes à alteração constitucional formal, a saber: promulgação, substituição, revisão e emenda da constituição<sup>42</sup>. A título ilustrativo, Zachary Elkins, Tom Ginsburg e James Melton, em estudo empírico de 2009, utilizaram uma distinção de tipo procedimental entre emenda e substituição: enquanto na primeira, alegam, “os agentes afirmam seguir o procedimento de reforma da constituição existente”; na segunda, “empreendem uma substituição da constituição sem pretender seguir tal procedimento”<sup>43</sup>.

Richard Albert, a seu turno, defende que, enquanto “uma emenda deve ser entendida como um esforço para dar continuidade a um projeto de constituição que teve início em um momento fundacional”, “a revisão deve ser entendida como um esforço para desfazer a constituição, por meio da introdução de uma mudança extraordinária, que é inconsistente com seus pressupostos fundamentais”<sup>44</sup>. A Corte Constitucional Colombiana segue um enfoque funcionalista similar para delinear as diferenças entre emenda e substituição constitucional. Um caso claro de emenda constitucional implica uma alteração de menor expressão, em um ou mais elementos não essenciais da constituição. A substituição constitucional, por sua vez, é uma modificação de “grande transcendência e magnitude”<sup>45</sup>, em um ou mais elementos essenciais da arquitetura<sup>46</sup> do Estado ou da estrutura básica da constituição<sup>47</sup>. A emenda constitucional preserva a identidade e a conti-

<sup>39</sup> O conceito se verifica quando os juízes atribuem um novo significado a uma antiga disposição constitucional. No que diz respeito a um contexto não relacionado com o Estado, Julian Arato mostrou como a alteração constitucional informal pode ocorrer no âmbito de qualquer prática legislativa e política de interpretação constitucional, para além da prática de interpretação judicial. V. ARATO, J. *Treaty Interpretation and Constitutional Transformation: Informal Change in International Organizations*. *Yale Journal of International Law*, v. 38, 2013. p. 304.

<sup>40</sup> Esse conceito se refere à alteração produzida pela promulgação de legislação ordinária, pela ratificação de tratados internacionais, pela promulgação de atos administrativos ou pela *mise-en-scène* de práticas políticas que, apesar de serem inconsistentes com a constituição, não são impugnadas ou não são declaradas inconstitucionais em juízo. Sobre este conceito, v. BERNAL, C. *Informal Constitutional Change*. *American Journal of Comparative Law*, v. 62, 2014. p. 495.

<sup>41</sup> ALBERT, R. *Constitutional Amendment by Constitutional Desuetude*. *American Journal of Comparative Law*, v. 62, 2014. p. 641.

<sup>42</sup> Para uma discussão esclarecedora sobre as diferenças entre a revisão constitucional e a emenda constitucional, v. ALBERT, R. *Amendment and Revision in the Unmaking of Constitutions*. In: LANDAU, D.; LERNER, H. *Handbook on Comparative Constitution-Making*. Cheltenham: Edward Elgar, 2017. Disponível em: <https://papers.ssrn.com/sol3/papers2.cfm?a>. Acesso em: 13 fev. 2017.

<sup>43</sup> ELKINS, Z.; GINSBURG, T.; MELTON, J. *The Endurance of National Constitutions*. Cambridge: Cambridge University Press, 2009. p. 55, tradução livre.

<sup>44</sup> ALBERT, R. *Amendment and Revision in the Unmaking of Constitutions*. In: LANDAU, D.; LERNER, H. *Handbook on Comparative Constitution-Making*. Cheltenham: Edward Elgar, 2017. Disponível em: <https://papers.ssrn.com/sol3/papers2.cfm?a>. Acesso em: 13 fev. 2017, tradução livre.

<sup>45</sup> COLÔMBIA, Corte Constitucional. Sentença C-551/2003; COLÔMBIA, Corte Constitucional, Sentença C-1200/2003. V., ainda, RAMÍREZ CLEVES, G. A. El control material de las reformas constitucionales mediante acto legislativo a partir de la jurisprudencia establecida en la Sentencia C-551 de 2003. *Revista de Derecho del Estado*, n. 18, 2006. p. 10.

<sup>46</sup> A tese de que a modificação de um elemento essencial da constituição é uma substituição constitucional, e não uma emenda, encontra-se no núcleo da doutrina da substituição constitucional da Corte Constitucional Colombiana. Ver as sentenças C-970/2004, C-971/2004, C-1040/2005, C-588/2009, C-141/2010, C-397/2010, C-574/2011, C-170/2012, C-249/2012, C-288/12, C-317/2012, C-1056/2012, C-010/2013, C-579/2013, e C-577/2014. Para uma abordagem crítica dessa doutrina, v. BERNAL, C. *Unconstitutional constitutional amendments in the case study of Colombia: An analysis of the justification and meaning of the constitutional replacement doctrine*. *International Journal of Constitutional Law*, n. 2, v. 11, 2013.

<sup>47</sup> Desde *Kesavananda Bharati v. State of Kerala*, AIR 1973 SC 1461, o Tribunal Supremo da Índia declarou que o poder de emendar de que dispõe o Parlamento não inclui a autorização para alterar a estrutura básica da constituição. Em *Minerva Mills Ltd. v. Union of India*, AIR 1980 SC 1789, esse tribunal vinculou o conceito de estrutura básica à identidade da Constituição. Uma questão controvertida continua sendo: quais são os elementos pertencentes à estrutura básica? KRISHNASWAMY, S. *Democracy and Constitutionalism in India: A Study of the Basic Structure Doctrine*. Oxford: Oxford University Press, 2011. p. 71 e ss; KHOSLA, M.

nidade da constituição existente. A substituição constitucional, ao contrário, mina a constituição existente. Uma substituição da constituição é, neste sentido, inconstitucional<sup>48</sup>.

Outros acadêmicos usam o conceito de substituição constitucional para se referir à mudança de todo o texto constitucional, isto é, de todo o conjunto de dispositivos constitucionais. Segundo Negretto, isso geralmente ocorre quando a estrutura do governo institucionalizada em uma constituição não atinge seus objetivos, e os atores políticos carecem da “capacidade de implementar mudanças por meio de reformas constitucionais ou interpretação judicial”<sup>49</sup>. Nesse sentido, a substituição constitucional corresponde à revogação da constituição escrita existente, como consequência da promulgação de uma nova constituição. Tal substituição constitucional pode ser o resultado do exercício de procedimentos que a constituição existente prevê e regula; por exemplo: uma assembleia constituinte ou um referendo. Pode, ainda, ser o resultado de estratégias extraconstitucionais<sup>50</sup>, muitas vezes, de origem popular<sup>51</sup>. Esse último tipo de estratégia de mudança formal da constituição é frequentemente empregado no Sul global. Ao longo dos últimos 40 anos, a América Latina, por distintas razões, testemunhou substituições constitucionais: na Bolívia (2009), no Brasil (1988), no Chile (1980), na Colômbia (1991), no Equador (1998 e 2008), na Guatemala (1985), em Honduras (1982), na Nicarágua (1987), no Panamá (1972), no Paraguai (1992), no Peru (1979 e 1993), em El Salvador (1983), na República Dominicana (2015) e na Venezuela (1999). As razões para tais substituições incluem: a transição para a democracia (no Chile)<sup>52</sup>, os esforços para pôr fim a uma situação de anomia (na Colômbia)<sup>53</sup> e tentativas de presidentes em exercício de promulgar constituições que lhes permitiriam perpetuar-se no poder ou diminuir controles políticos e jurídicos (na Venezuela, Bolívia e Equador)<sup>54</sup>.

Seguindo o entendimento de Albert e Negretto, aludirei à emenda constitucional como a uma mudança de pequena expressão que não altera a estrutura fundamental de uma constituição. E utilizarei as expressões revisão ou substituição total da constituição para aludir a mudanças em sua estrutura. Nesse sentido, uma revisão e uma substituição são dois tipos de mudanças estruturais formais de uma constituição. Ambas alteram sua estrutura e, nas palavras de Albert, tentam “desfazer” a constituição válida. No entanto, enquanto uma substituição implica uma modificação de todo o conjunto de disposições constitucionais, uma revisão apenas implica a modificação de algumas delas<sup>55</sup>.

---

Constitutional Amendment. In: CHOUDHRY, S.; KHOSLA M.; BHANU MEHTA, P. (eds.). *The Oxford Handbook of the Indian Constitution*. Oxford: Oxford University Press, 2016. p. 235. Sobre a doutrina da estrutura básica em perspectiva comparada, v. BARAK, A. Unconstitutional Constitutional Amendments. *Israeli Law Review*, v. 44, 2011, p. 321 e ss.

<sup>48</sup> ALBERT, R. Nonconstitutional Amendments. *Canadian Journal of Law and Jurisprudence*, v. 22, n. 1, 2009. p. 10.

<sup>49</sup> NEGRETTO, G. Replacing and Amending Constitutions: The Logic of Constitutional Change in Latin America. *Law and Society Review*, v. 46, n. 4, 2012. p. 749, tradução livre.

<sup>50</sup> “A mudança constitucional extraconstitucional depende de estratégias que derivam sua legitimidade de fontes externas ao texto da constituição, como os apelos populares à autodeterminação” ALBERT, R. Nonconstitutional Amendments. *Canadian Journal of Law and Jurisprudence*, v. 22, n. 1, 2009. p. 10-11, tradução livre.

<sup>51</sup> ANDERSON, G. W. Societal Constitutionalism, Social Movements, and Constitutionalism from Below. *Indiana Journal of Global Legal Studies*, v. 20, n. 2, 2013. p. 881. A Primavera Árabe oferece exemplos de substituições constitucionais de gênese popular. PARLETT, W. The Dangers of Popular Constitutional Making. *Brooklyn Journal of International Law*, v. 38, n. 1 2012. Além disso, v. TURNER, C. Transitional Constitutionalism and the Case of the Arab Spring. *International and Comparative Law Quarterly*, v. 64, n. 2, 2015.

<sup>52</sup> CRISTI, R. The Metaphysics of Constituent Power: Schmitt and the Genesis of Chile’s 1980 Constitution. *Cardozo Law Review*, v. 21, 1999-2000. p. 1749. Uma narrativa alternativa da gênese da Constituição do Chile de 1980 pode ser vista em: ATRIA, F. Sobre la soberanía y lo político. *Derecho y humanidades*. v. 12, 2006.

<sup>53</sup> Sobre o conceito de anomia como a falta de normas ou a falta de idoneidade das normas existentes para orientar a sociedade, v. DURKHEIM, É. *Le suicide. Étude de sociologie (1897)*. 2. ed. Paris: Les Presses Universitaires de France, 1967, capítulo V. Além disso, sobre a anomia nas circunstâncias da promulgação da Constituição colombiana de 1991, v. HERNÁNDEZ, J. A. La Constitución de Colombia de 1991 y sus enemigos. El fracaso del consenso constitucional. *Colombia Internacional*, v. 79, 2013. p. 56.

<sup>54</sup> LANDAU, D. Abusive Constitutionalism. *University of California Davis Law Review*, v. 47, 2013. p. 195.

<sup>55</sup> Um caso relevante de revisão constitucional na América Latina é a reforma de 1994 da Constituição da Argentina. V. NATALE, A. A. La reforma constitucional argentina de 1994. *Cuestiones constitucionales*, n. 2, 2000. Sobre o debate da natureza desta reforma, v. SHOR, M. The Once and Future Democracy: Argentina at the Bar of Constitutionalism. In: GALLIGAN, D. J.; VERSTEEG, M. (eds.). *Social and Political Foundations of Constitutions*. Cambridge: Cambridge University Press, 2013. p. 574.

Não há grande controvérsia sobre a alegação de que substituições e revisões constitucionais devem pressupor uma participação democrática mais ampla do que as emendas constitucionais<sup>56</sup>. No entanto, é mais problemático o debate sobre se essas modalidades deveriam se submeter a condicionamentos distintos. Discute-se se as emendas à constituição se sujeitam, e devem, efetivamente, se sujeitar, a limites, ao passo que as substituições e revisões constitucionais não se sujeitam, e nem devem se sujeitar a eles. De acordo com uma versão da Teoria do Poder Constituinte, apenas o poder de emendar a Constituição pode e deve ser limitado, porque o poder de reforma (ou o poder constituinte derivado) é uma competência criada pelo poder constituinte (originário). Uma vez que cada competência somente pode ser exercida dentro dos limites em que autorizada, se o poder constituinte derivado viola os limites da sua competência para reformar a constituição, a reforma resultante de tal violação é inconstitucional<sup>57</sup>. Entretanto, segundo o argumento do poder constituinte, este não é o caso de uma substituição constitucional. O poder constituinte originário, que é o autor das substituições constitucionais, não reconhece limites para substituí-la.

Durante as últimas décadas, alguns atores políticos e certas instituições estatais, como tribunais superiores na América Latina<sup>58</sup>, apelaram a essa prerrogativa, vinculada ao argumento do poder constituinte, com o propósito de justificar assembleias constituintes extraconstitucionais e suprimir limites a seus procedimentos ou aos resultados que alcançaram. Alguns acadêmicos, como Joel Colón-Ríos, aderiram a essa linha de argumentação. Segundo ele, permitir que um poder constituinte ilimitado se manifeste ocasionalmente cria a possibilidade de “reconstituição democrática” de uma sociedade em crise, infundindo “legitimidade democrática” ao seu regime constitucional<sup>59</sup>. Em termos mais brandos, Yaniv Roznai argumentou que “a impossibilidade de reformar certos aspectos da constituição limita o poder de reforma, mas não pode bloquear o [...] Poder Constituinte — a ‘soberania por trás de sua Constituição’ — de sua capacidade de reformar até mesmo os princípios básicos ou a estrutura da ordem constitucional”<sup>60</sup>. No entanto, Roznai parece reconhecer que há certas limitações procedimentais para substituições e revisões constitucionais, ao aceitar que “a impossibilidade de alterar certos aspectos da Constituição implica que algumas reformas que buscam estabelecer uma ‘nova Constituição’ ou uma nova ‘identidade constitucional’ não podem ser alcançadas por meio de procedimentos ordinários de mudança, mas requerem um processo constituinte específico”<sup>61</sup>.

No entanto, como Dixon e Landau destacaram, autocratas ou caudilhos (*strongmen*) podem empregar ambas as vias formais de mudança constitucional, estruturais e não estruturais, para perseguir fins associados com o constitucionalismo abusivo, ou seja, para se perpetuar no poder ou minar controles para o exercício das suas competências<sup>62</sup>. A preocupação central não é de que deteriorem o significado da constituição, mas sim de que, por meio da revisão ou da substituição constitucional, deteriorem o próprio constitucionalismo. Em um cenário de crise constitucional, há risco maior de exercícios autoritários e unilaterais de poder que devem ser evitados<sup>63</sup>. Atores políticos poderosos podem manipular maiorias populares para fragilizar

<sup>56</sup> Sobre a discussão deste argumento, v. BERNAL, C. Unconstitutional constitutional amendments in the case study of Colombia: An analysis of the justification and meaning of the constitutional replacement doctrine. *International Journal of Constitutional Law*, v. 11, n. 2, 2013. Uma questão diferente é se a participação, em contraste com a representação, é a melhor maneira de substituir e revisar uma constituição. Sobre este tópico complexo, v. CONTIADES, X.; FOTIADOU, A. *Participatory Constitutional Change*. The People as Amenders of the Constitution. Londres: Routledge, 2017.

<sup>57</sup> TUSHNET, M. Peasants with pitchforks, and toilers with Twitter: Constitutional revolutions and the constituent power. *International Journal of Constitutional Law*, v. 13, n. 3, 2015. p. 646.

<sup>58</sup> SOTO BARRIENTOS, F. Asamblea Constituyente: La experiencia latinoamericana y el actual debate en Chile. *Estudios Constitucionales*, v. 12, n. 1, 2014. p. 403.

<sup>59</sup> COLÓN-RÍOS, J. I. The Legitimacy of the Juridical: Constituent Power, Democracy, and the Limits of Constitutional Reform. *Osgoode Hall Law Journal*, v. 48, n. 2, 2010 e HUTCHINSON, A.; COLÓN-RÍOS, J. I. Constituciones Duraderas: una crítica democrática. *Anuario de Derecho Público*, 2011.

<sup>60</sup> ROZNAI, Y. The Spectrum of Constitutional Amendment Powers, In: ALBERT, R.; *Xenophon Contiades y Alkeme Fotiadou, The Foundations and Traditions of Constitutional Amendment*. Oxford: Hart Publishing, 2017, tradução livre.

<sup>61</sup> ROZNAI, Y. The Spectrum of Constitutional Amendment Powers, In: ALBERT, R.; *Xenophon Contiades y Alkeme Fotiadou, The Foundations and Traditions of Constitutional Amendment*. Oxford: Hart Publishing, 2017, tradução livre.

<sup>62</sup> DIXON, R.; LANDAU, D. Constraining Constitutional Change. *Wake Forest Law Review*, v. 50, 2015. p. 862.

<sup>63</sup> LANDAU, D. Constitution-Making gone wrong. *Alabama Law Review*, 2013.

a própria concepção de constitucionalismo, por meio da imposição de normas fundamentais estruturais, fabricadas segundo suas necessidades e travestidas de constituições<sup>64</sup>. Assim, as mesmas razões normativas e conceituais que justificam a limitação do poder de reforma constitucional impõem a necessidade de estabelecer limites ao poder de criação de novas constituições. Esses limites também devem ser impostos a substituições e revisões constitucionais.

Para enfatizar esse ponto, convém analisar os julgamentos dos Tribunais Supremos da Colômbia e da Venezuela, em que se justificou a competência de assembleias constituintes extraconstitucionais, em relação aos processos que levaram à promulgação das constituições atuais de tais países<sup>65</sup>. No caso colombiano, por meio da Sentença n. 138, de 9 de novembro de 1990, a Corte Suprema de Justiça apreciou a constitucionalidade do Decreto n. 1926/1990, que permitia que o povo elegeisse uma assembleia constituinte extraconstitucional, a fim de substituir a Constituição Nacional de 1886, então em vigor. Na ocasião, a Corte endossou a constitucionalidade da criação da Assembleia. O principal argumento utilizado foi de que: “o povo (...) é o constituinte primário, por meio do qual emanam todos os poderes constituídos ou derivados”<sup>66</sup>. Como constituinte primário, a nação colombiana poderia, a qualquer momento, se autoconferir uma constituição distinta daquela em vigor, sem se sujeitar às exigências que ela estabelecia<sup>67</sup>. “Sendo a nação o constituinte primário e tendo ela um caráter soberano, do qual emanam os demais poderes, não pode ter outros limites além dos que ela mesmo impôs, nem os poderes constituídos podem rever seus atos”<sup>68</sup>. Portanto, no exercício do poder de constituinte primário — soberano e ilimitado — o povo poderia substituir a Constituição de 1886 por meio de um procedimento extraconstitucional<sup>69</sup>.

A Suprema Corte da Venezuela esboçou um argumento semelhante em sua Sentença n. 17 de 19 de janeiro de 1999. Depois de eleito, em 1998, o presidente Hugo Chávez propôs a criação de uma assembleia constituinte extraconstitucional para substituir a Constituição de 1961<sup>70</sup>. Um grupo de cidadãos solicitou à Suprema Corte da Venezuela a interpretação do artigo 181 da Lei Orgânica sobre o Sufrágio e a Participação Política de 1997. Tal artigo autorizava o presidente a convocar um referendo, a fim de consultar os eleitores sobre decisões de especial relevância nacional<sup>71</sup>. A questão central era se o presidente poderia empregar um referendo para decidir sobre a convocação de uma assembleia constituinte extraconstitucional.

Na Sentença n. 17, de 19 de janeiro de 1999<sup>72</sup>, a Suprema Corte da Venezuela proferiu uma resposta favorável à convocação do referendo, com base no argumento do poder constituinte. A Corte indicou que o povo é soberano<sup>73</sup> e que “nunca entrega seu poder constituinte aos poderes constituídos”<sup>74</sup>. O poder constituinte é “competência original da comunidade política para criar uma organização constitucional”<sup>75</sup>. Diferentemente do poder de reforma, o poder constituinte “precede a ordem legal e é mais alto do que ela”. É “absoluto, ilimitado, originário e não pode ser limitado” pelos procedimentos de reforma que a constituição

<sup>64</sup> LANDAU, D. The Importance of Constitution-Making. *Denver University Law Review*, v. 89, n. 3, 2011-2012.

<sup>65</sup> Para uma análise crítica das sentenças sobre a Venezuela, v. LANDAU, D. Abusive Constitutionalism. *University of California Davis Law Review*, v. 47, 2013. p. 203; LANDAU, D. Constitution-Making gone wrong. *Alabama Law Review*, 2013. p. 938-948; COLÓN-RIOS, J. I. Carl Schmitt and Constituent Power in Latin American Courts: The Cases of Venezuela and Colombia. *Constellations*, v. 18, n. 3, 2011. p. 369-373.

<sup>66</sup> COLÔMBIA, Corte Suprema de Justiça. Sentença 138, 9 de novembro de 1990, tradução livre.

<sup>67</sup> COLÔMBIA, Corte Suprema de Justiça. Sentença 138, 9 de novembro de 1990, tradução livre.

<sup>68</sup> COLÔMBIA, Corte Suprema de Justiça. Sentença 138, 9 de novembro de 1990, tradução livre.

<sup>69</sup> Para uma análise deste aspecto do julgamento, v. RAMÍREZ CLEVES, G. A. *Límites de la reforma constitucional en Colombia: el concepto de constitución como fundamento de la restricción*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2005. p. 437.

<sup>70</sup> Sobre o contexto do processo de criação da constituição, v. AYALA CORAO, C. M. Venezuela: De la constituyente de 1999 a la reforma constitucional de 2007. In: GARZA, J. M. (ed.). *Procesos constituyentes contemporáneos en América Latina. Tendencias y Perspectivas*. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2009. p. 333-405.

<sup>71</sup> *Ley Orgánica de Votación y Participación Política*, Gaceta Oficial No. 5200, 30 de dezembro de 1997.

<sup>72</sup> VENEZUELA, Suprema Corte. Sentença nº 17 de 19 de janeiro de 1999.

<sup>73</sup> A Seção 4 da Constituição de 1991 atribui a soberania ao povo.

<sup>74</sup> VENEZUELA, Suprema Corte. Sentença nº 17 de 19 de janeiro de 1999, tradução livre.

<sup>75</sup> VENEZUELA, Suprema Corte. Sentença nº 17 de 19 de janeiro de 1999, tradução livre.

prevê<sup>76</sup>. Na sequência, em 2 de fevereiro de 1999, o Presidente Chávez emitiu o Decreto n. 3, por meio do qual convocou um referendo que permitia ao povo decidir sobre a criação de uma assembleia constituinte. A Suprema Corte proferiu várias decisões sobre a metodologia a ser utilizada na eleição da assembleia, seus limites e o respeito ao mandato das autoridades políticas que, à época, exerciam poderes constituídos<sup>77</sup>. A Corte utilizou novamente o argumento do poder constituinte para afirmar que a assembleia gozava de um poder ilimitado e “supraconstitucional” para mudar a estrutura dos poderes constituídos<sup>78</sup>. Invocando esse argumento, a assembleia encerrou ilegitimamente os mandatos das principais autoridades políticas, inclusive dos juízes da própria Suprema Corte. Elaborou uma constituição que permitiu que o presidente Chávez desmantelasse a democracia, usurpasse competências do Legislativo e do Judiciário e se mantivesse no poder até o dia de sua morte e para além dela, designando o atual presidente Nicolás Maduro como seu sucessor<sup>79</sup>.

Os exemplos da Colômbia e da Venezuela expõem duas dimensões do uso do argumento do poder constituinte. O exemplo colombiano é um caso claro do que Colón-Ríos considera uma “reconstituição democrática” da sociedade. O caso da Venezuela é um exemplo de manipulação autoritária de uma substituição constitucional, como temido por Landau e Dixon. Diante do exposto, surge a seguinte questão: é possível conceituar o poder de criação constitucional, que se manifesta no poder de substituir ou revisar uma constituição, de modo a permitir a reconstrução democrática de uma sociedade em tempos de crise, sem, ao mesmo tempo, abrir caminho à apropriação desse poder por autocratas e caudilhos?

#### 4 Crítica ao argumento do poder constituinte como uma justificativa para as substituições e revisões constitucionais

Alguns teóricos do direito revelaram diversas falhas da Teoria do Poder Constituinte. Carlos Santiago Nino, por exemplo, afirmou que a Teoria do Poder Constituinte era a fonte de um “transtorno conceitual grave que afetava negativamente os processos mentais de juízes e acadêmicos”<sup>80</sup>. David Dyzenhaus argumentou que “a teoria legal e constitucional deveria evitar a ideia de poder constituinte”, porque seus resultados implicam “uma profunda ambivalência sobre se a autoridade está situada dentro ou fora da ordem jurídica”<sup>81</sup>. Não pretendo elaborar um ataque completo à Teoria do Poder Constituinte, mas destacar, conceitualmente, por que é equivocado empregá-la para justificar a realização ilimitada de substituições e revisões constitucionais — em casos como os das substituições extraconstitucionais da Colômbia e da Venezuela — e, assim, compreender a natureza do poder de criação constitucional. O equívoco surge da caracterização do poder de criação constitucional como “ilimitado”. Os argumentos, com base no resultado e na competência, apresentados abaixo, revelam por que o poder de criação constitucional não pode ser conceitualmente ilimitado.

<sup>76</sup> VENEZUELA, Suprema Corte. Sentença nº 17 de 19 de janeiro de 1999, tradução livre.

<sup>77</sup> BREWER-CARÍAS, A. R. *Poder Constituyente Originario y Asamblea Nacional Constituyente*. Caracas: Editorial Jurídica Venezolana, 1999.

<sup>78</sup> SUPREMA CORTE DA VENEZUELA. Vicepresidente del Congreso de la Republica vs Asamblea (Decreto 25-8-99). Data de Julgamento: 14 out. 1999, p. 111. A Corte apresentou uma versão não convencional do argumento do poder constituinte, segundo o qual não apenas o poder do povo, mas também o poder de uma assembléia constituinte é ilimitado.

<sup>79</sup> BREWER-CARÍAS, A. R. BREWER-CARÍAS, A. R. La configuración judicial del proceso constituyente o de cómo el guardián de la Constitución abrió el camino para su violación y para su propia extinción. *Revista de Derecho Público*, n. 78-80, 1999. p. 502; BREWER-CARÍAS, A. R. *Dismantling Democracy in Venezuela. The Chávez Authoritarian Experiment*. Cambridge: Cambridge University Press, 2010. p. 59.

<sup>80</sup> NINO, C. S. El concepto de poder constituyente originario y la justificación jurídica. In: BULYGIN, E.; FARRELL, M. D.; NINO C. S., RABOSI, E. *El lenguaje del derecho: homenaje a Genaro R. Carrió*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1983. p. 40, tradução livre.

<sup>81</sup> DYZENHAUS, D. The Question of Constituent Power. In: LOUGHLIN, M.; WAIKER, N. (eds.). *The Paradox of Constitutionalism*. Oxford: Oxford University Press, 2007. p. 143-145, tradução livre; e DYZENHAUS, D. Constitutionalism in an old key: Legality and constituent power. *Global Constitutionalism*, v. 1, n. 2, 2012. p. 229 e ss, tradução livre.

## 4.1 O argumento do resultado

O argumento do resultado indica que o poder da criação constitucional é uma competência jurídica destinada a institucionalizar o constitucionalismo. A função dos criadores de uma constituição limita-se justamente à sua promulgação. Eles não podem estabelecer outro tipo de arranjo institucional. A partir dessa perspectiva, a questão central, então, é: O que é uma constituição nesse contexto? Em outras palavras: Que elementos um arranjo institucional deve incluir para poder ser considerado como uma constituição?

Há duas possibilidades: considerar uma concepção puramente empírica de constituição (*a purely empirical conception*); ou considerar uma concepção normativo-empírica da constituição (*a normative/empirical conception of constitution*)<sup>82</sup>. De acordo com a concepção puramente empírica, qualquer arranjo institucional do Estado, que trace um marco de relações governamentais entre cidadãos e suas autoridades, com força vinculante e socialmente reconhecida, deve ser considerada como uma constituição<sup>83</sup>. A necessária conexão, antes mencionada, entre a dimensão conceitual e a dimensão normativa do poder de criação constitucional deixa claro por que essa concepção não é plausível. Caso contrário, toda mudança constitucional formal estaria justificada, incluindo a substituição de uma constituição liberal e democrática por um conjunto de regras voltadas a institucionalizar um regime político abusivo, utilizado por autocratas contra seus opositores.

Em lugar disso, de acordo com a concepção normativo-empírica da constituição defendida aqui, um arranjo institucional do Estado pode ser considerado uma constituição se, e somente se, for promulgado por meio de autoridades, gozar de reconhecimento social como uma constituição e incluir, em seu teor, determinados elementos essenciais à institucionalização do constitucionalismo<sup>84</sup>. Em síntese: não pode haver constituição sem constitucionalismo<sup>85</sup>. Nesse sentido, o conceito de constituição, que utilizamos tanto na linguagem ordinária corrente como em linguagem técnica, implica, pelo menos, quatro elementos essenciais: estado de direito; Princípio da Separação de Poderes; algum tipo de proteção aos direitos individuais ou, pelo menos, a interesses garantidos pela constituição ou pela legislação<sup>86</sup>; e, finalmente, o entrenchamento da ideia democrática de que a legitimidade do governo depende do consentimento dos governados<sup>87</sup>.

O constitucionalismo é o meio de promover e realizar o conceito de estado de direito. É a estratégia que gera incentivos para as autoridades políticas atuarem de acordo com a lei<sup>88</sup>, submetendo todas as me-

<sup>82</sup> Em sentido semelhante, Richard Albert introduz a distinção entre constitucionalismo “funcional” e “aspiracional”. Enquanto o primeiro aponta para “algo reconhecível como uma constituição”, o segundo “estabelece um padrão mais elevado do que uma constituição deveria ser” e “procura inspirar valores coerentes com o projeto mais amplo da democracia liberal” ALBERT, R. The Cult of Constitutionalism. *Florida State University Law Review*, v. 39, 2012, tradução livre.

<sup>83</sup> A concepção material da Constituição defendida por Carl Schmitt em sua *Verfassungslehre* SCHMITT, C. *Verfassungslehre*. 5. ed. Berlin: Duncker & Humblot, 1970 é uma espécie de concepção puramente empírica. Sobre a concepção material de Schmitt, v. LOUGHLIN, M. *Foundations of Public Law*. Oxford: Oxford University Press, 2011.

<sup>84</sup> Richard Stacey oferece uma interpretação da tese de Schmitt, segundo a qual o poder constituinte se limita a institucionalizar o estado de direito (STACEY, R. Constituent Power and Carl Schmitt’s Theory of Constitution in Kenya’s Constitution-Making Process. *International Journal of Constitutional Law*, v. 9, n. 3-4, 2011. p. 587 e ss.).

<sup>85</sup> Sobre o problema das Constituições sem constitucionalismo em alguns países africanos, v. OKOTH-OGENDO, H. Constitutions Without Constitutionalism: An African Paradox. In: GREENBERG, D.; KATZ, S. N.; WHEATLEY, S. C.; OLIVIERO, M. B. (eds.), *Constitutionalism and Democracy: Transitions in the Contemporary World*. Oxford: Oxford University Press, 1993. p. 65 e ss. Na China: ZHANG, Q. A constitution without constitutionalism? The paths of constitutional development in China. *International Journal of Constitutional Law*, v. 8, n. 4, 2010.

<sup>86</sup> Embora as constituições da Austrália, do Canadá e da Nova Zelândia não tenham uma lista de direitos fundamentais, elas protegem direitos individuais. Além disso, a concepção dos direitos ou interesses aqui defendidos também permite uma proteção estatutária que é constitucionalmente possível. Isso a torna compatível com concepções fracas sobre a relação entre a constituição e a proteção das pessoas, como a defendida por Jeremy Waldron em seu artigo: WALDRON, J. A Rights-Based Critique of Constitutional Rights. *Oxford Journal of Legal Studies*, v. 13, n. 1, 1993, pp. 18 e ss.

<sup>87</sup> Esse conceito é a base dos artigos 2 e 16 da Declaração Francesa dos Direitos do Homem e do Cidadão. O artigo 2 indica que o objetivo de todas as associações políticas [criadas por meio de uma constituição] é a proteção e a preservação dos direitos naturais e imprescritíveis do homem. O Artigo 16 estabelece que uma sociedade não possui uma Constituição quando a observância às leis não é assegurada e a separação de poderes não é definida.

<sup>88</sup> Como Philip Selznick apontou, existem diferentes concepções de estado de direito. V. SELZNICK, P. American Society and the

didadas governamentais às “estruturas, processos, princípios e valores de uma constituição”<sup>89</sup>. Além disso, as constituições implementam e conectam entre si as ideias de que o governo deve estar a serviço dos direitos dos indivíduos e de que a legitimidade do governo depende do consentimento das pessoas que se sujeitam a ele<sup>90</sup>. O entrenchamento constitucional de um catálogo de direitos fundamentais (liberais, políticos e, inclusive, sociais) é uma estratégia possível — mas não necessária — para alcançar esse objetivo<sup>91</sup>. Finalmente, um mecanismo de separação de poderes permite o controle (*accountability*) da atuação das autoridades políticas, a fim de assegurar que se comportem de acordo com a lei, em observância aos direitos individuais e às instituições democráticas<sup>92</sup>. A concepção normativo-empírica da Constituição ressalta que o objetivo do constitucionalismo consiste na institucionalização de uma forma de governo em que o poder do Estado é controlado, limitado e restringido; na qual o povo detém o poder para controlar as fontes do direito e o aparato de governo se sujeita às suas aspirações<sup>93</sup>.

A utilização dessa concepção para avaliar uma substituição ou uma revisão constitucional implica reconhecer que uma mudança constitucional somente será justificável se, e apenas se, a nova constituição ou a constituição revisada incorporar, de algum modo, os mencionados quatro elementos constitucionais essenciais<sup>94</sup>. Esses quatro elementos são independentemente necessários e cumulativamente suficientes para o constitucionalismo. Além disso, constituem balizas que asseguram ao poder de criação constitucional uma margem de discricionariedade. Por exemplo, uma assembleia constituinte de um regime político tradicionalmente presidencialista poderia institucionalizar o princípio da separação de poderes na nova constituição, mediante a adoção de um sistema semipresidencialista. Contudo, essa assembleia iria além dos limites conceituais do poder de criação constitucional, se o novo desenho institucional concentrasse todos os poderes no executivo. Os responsáveis pela elaboração da constituição podem institucionalizar seus elementos essenciais, concebidos em abstrato, de diferentes formas concretas. No entanto, tal institucionalização não pode desconsiderar os limites semânticos desses conceitos.

Nos casos da Colômbia e da Venezuela, a concepção proposta acima ensejaria a compreensão da Constituição Colombiana de 1991 como exercício do poder de criação constitucional, ao passo que implicaria no reconhecimento da Constituição Venezuelana de 1999 como mera expressão de poder autoritário, em virtude das suas deficiências na institucionalização dos princípios do estado de direito e da separação de poderes<sup>95</sup>. De fato, em razão da concentração de poderes no executivo e das mudanças relativas à autoridade

---

Rule of Law. *Syracuse Journal of International Law and Commerce*, v. 33, 2005. p. 29. Brian Tamanaha as classifica em concepções formais (estritas) e substantivas (amplas), TAMANAHA, B. *On the Rule of Law: History, Politics, Theory*. Cambridge: Cambridge University Press, 2004. p. 91-113. No entanto, as diferentes concepções compartilham pelo menos dois elementos centrais: controle do poder e legalidade. LAUTENBACH, G. *The Concept of the Rule of Law and the European Court of Human Rights*. Oxford: Oxford University Press, 2013. p. 19 e ss.

<sup>89</sup> LOUGHLIN, M. What is Constitutionalisation? In: DOBNER, P.; LOUGHLIN, M. (eds.), *The Twilight of Constitutionalism?* Oxford: Oxford University Press, 2010. p. 47, tradução livre.

<sup>90</sup> DIETER, G. The Twilight of Constitutionalism? In: DOBNER, P.; LOUGHLIN, M. (eds.), *The Achievement of Constitutionalism*. Oxford: Oxford University Press, 2010. p. 8.

<sup>91</sup> Há também constituições com direitos constitucionais implícitos, como a Constituição da Austrália. Sobre esse aspecto, v. STONE, A. Australia's Constitutional Rights and the Problem of Interpretive Disagreement. *Sydney Law Review*, v. 27, 2005. p. 29 e ss.

<sup>92</sup> SAUNDERS, C. Separation of Powers and the Judicial Branch. *Judicial Review*, v. 11, n. 4, 2006. p. 337 e ss. Sobre a conexão entre a separação de poderes e o estado de direito, v. HAYEK, F. A. *The Constitution of Liberty*. Londres e Henley: Routledge & Kegan Paul, 1976. p. 210. Separei aqui ambos os conceitos, porque existem concepções estritas do estado de direito que não incluem a separação de poderes.

<sup>93</sup> WALDRON, J. Constitutionalism – A Skeptical View. In: CHRISTIANO, T.; CHRISTMAN, J. (eds.), *Contemporary debates in political philosophy*. Oxford: Wiley-Blackwell, 2009. p. 270 e 276.

<sup>94</sup> Esses quatro elementos são uma concepção do que Dixon e Landau denominam “um ‘núcleo mínimo’ constitucional internacional ou conjunto básico de disposições constitucionais que são comuns a todas as democracias constitucionais funcionais” (DIXON, R.; LANDAU, D. Constraining Constitutional Change. *Wake Forest Law Review*, v. 50, 2015. p. 888, tradução livre).

<sup>95</sup> BREWER-CARÍAS, A. R. *Dismantling Democracy in Venezuela. The Chávez Authoritarian Experiment*. Cambridge: Cambridge University Press, 2010; KING, P. Neo-Bolivarian Constitutional Design: Comparing the 1999 Venezuelan, 2008 Ecuadorian, and 2009 Bolivian Constitutions. In: GALLIGAN, D. J.; VERSTEEG, M. (eds.). *Social and Political Foundations of Constitutions*. Cambridge:

do Presidente para nomear juizes e exercer influência sobre o Judiciário, há de se entender que o processo constituinte venezuelano de 1999 desconstruiu o constitucionalismo.

É possível formular uma objeção contra a concepção empírico-normativa de constituição. Ela ensejaria a rejeição, como constituição, de muitos textos que não contemplam os quatro elementos constitucionais essenciais, e desconsideraria o fato de que tais “constituições” cumprem algumas funções. O argumento do poder constituinte não estaria sujeito à referida objeção.

De fato, Graham Walker fala de constituições “não liberais” para se referir a textos constitucionais que institucionalizam regimes políticos despóticos ou arbitrários<sup>96</sup>. De forma similar, Li-Ann Thio sugere uma taxonomia do constitucionalismo nas comunidades políticas iliberais, abrangendo regimes mistos, com domínios liberais e iliberais, assim como sistemas constitucionais teocráticos e estruturas de poder político — como aquelas baseadas nos chamados “valores asiáticos” —, em que as prioridades culturais e comunitárias, entrincheiradas no direito constitucional, prevalecem sobre direitos individuais<sup>97</sup>. Além disso, Mark Tushnet acredita que pode haver um constitucionalismo autoritário e afirma que ampliar nossa compreensão do constitucionalismo até tais extremos pode melhorar a nossa clareza conceitual a seu respeito<sup>98</sup>. Mesmo em sociedades iliberais ou em regimes políticos autoritários, as constituições são instrumentos fundantes, que articulam a identidade política da sociedade, seus valores mais fundamentais<sup>99</sup> e uma arquitetura normativa, que, em seu conjunto, permitem a coordenação social<sup>100</sup>, bem como a construção de acordos e de compromissos entre grupos rivais que competem pelo poder<sup>101</sup>. Nesses regimes, as constituições também articulam a “distribuição estrutural do poder e definem as relações interinstitucionais, bem como aquelas que são criadas entre o governo e os cidadãos”<sup>102</sup>. Embora governantes autoritários normalmente se vejam obrigados a fazer algumas concessões para promulgar constituições iliberais, essa estratégia lhes possibilita a adoção de reformas duradouras, que protegem seus interesses pessoais e corporativos, enquanto no exercício e após deixar o poder<sup>103</sup>.

É inegável que todas as constituições cumprem essas funções estruturais. Entretanto, como explicado anteriormente, isso não é suficiente para vincular essas normas estruturais fundantes aos objetivos do constitucionalismo. O problema é que o uso do termo “constituição”, para se referir a constituições autoritárias, não é normativamente neutro. Esse uso gera ilusão de legitimidade quanto às ações do governo, por estarem baseadas no texto constitucional. Trata-se de uma espécie de “argumento de fachada”. Esse defeito pode ser encontrado não apenas nas constituições iliberais, mas também em textos constitucionais não democráticos. Atribuir a denominação de “constituição” apenas a normas estruturais fundamentais que compreendem os quatro elementos constitucionais essenciais ajuda a evitar o efeito produzido pelo argumento de fachada<sup>104</sup>.

---

Cambridge University Press, 2013. p. 375.

<sup>96</sup> WALKER, G. The Idea of Nonliberal Constitutionalism. In: SHAPIRO, I.; KYMLICKA, W. (eds.), *Ethnicity and Group Rights*. Nueva York: NYU Press, 1997. p. 169.

<sup>97</sup> THIO, L.A. Constitutionalism in Illiberal Polities. In: ROSENFELD, M.; SAJÓ, A. (eds.). *The Oxford Handbook of Comparative Constitutional Law*. Oxford: Oxford University Press, 2012.

<sup>98</sup> TUSHNET, M. Authoritarian Constitutionalism. Some Conceptual Issues. In: GINSBURG, T.; SIMPSON, A. *Constitutions in Authoritarian Regimes*. Cambridge: Cambridge University Press, 2013.

<sup>99</sup> Sobre as constituições como expressão de valores, v. GALLIGAN, D. J.; VERSTEEG, M. Theoretical Perspectives on the Social Foundations of Constitutions. In: GALLIGAN, D. J.; VERSTEEG, M. (eds.). *Social and Political Foundations of Constitutions*. Cambridge University Press: Cambridge, 2013. p. 8 e ss.

<sup>100</sup> HARDIN, R. *Liberalism, Constitutionalism and Democracy*. Oxford: Oxford University Press, 1999. p. 133; HARDIN, R. Why a Constitution? In: GALLIGAN, D. J.; VERSTEEG, M. (eds.). *Social and Political Foundations of Constitutions*. Cambridge: Cambridge University Press, 2013. p. 59 e ss.

<sup>101</sup> HIRSCHL, R. The Strategic Foundations of Constitutions. In: GALLIGAN, D.; VERSTEEG, M. (Edits.). *Social and Political Foundations of Constitutions*. Cambridge: Cambridge University Press, 2013. p. 167 e ss.

<sup>102</sup> THIO, L.A. Constitutionalism in Illiberal Polities. In: ROSENFELD, M.; SAJÓ, A. (eds.). *The Oxford Handbook of Comparative Constitutional Law*. Oxford: Oxford University Press, 2012. p. 133, tradução livre.

<sup>103</sup> NEGRETTO, G. L. Authoritarian Constitution Making. The Role of the Military in Latin America. In: GINSBURG, T.; SIMPSON, A. *Constitutions in Authoritarian Regimes*. Cambridge: Cambridge University Press, 2013. p. 83.

<sup>104</sup> Em um sentido similar, Aiofe O'Donoghue rejeita “um conceito muito amplo da ordem constitucional como um sistema de

Finalmente, é possível contemplar os quatro elementos constitucionais essenciais em diferentes graus. A concepção de estado de direito, a proteção aos direitos individuais, às instituições democráticas e à separação de poderes são ideais normativos que podem ser institucionalizados e implementados em maior ou menor grau<sup>105</sup>. Para os propósitos deste trabalho, é apropriado concebê-los como restrições conceituais mínimas à criação constitucional, no sentido de que, se uma substituição ou uma revisão constitucional elimina um deles, torna-o nulo ou irrelevante, não estará legitimada. Nessa circunstância, a nova constituição ou a revisão da anterior serviriam, apenas, de fachada para uma supressão ou deformação do constitucionalismo (*dismemberment of constitutionalism*)<sup>106</sup>. Portanto, não poderia ser considerada como o resultado do exercício do poder de criação constitucional.

## 4.2 O argumento da competência

Para explicar o argumento da competência, vou me concentrar na promulgação de uma nova constituição. No entanto, o resultado da análise pode ser aplicado *mutatis mutandis* aos demais casos de criação constitucional. A promulgação de uma nova constituição é uma declaração. Uma declaração é um tipo de ato de discurso ilocucionário. Um ato de discurso ilocucionário é um ato que ocorre “quando se diz algo”<sup>107</sup>. Agentes que exercem o poder de promulgar uma constituição atribuem validade jurídica a um texto constitucional escrito ao declarar solenemente que promulgam a constituição<sup>108</sup>. Um ato de fala declarativo — a declaração de que “Pedro e Ana são agora marido e mulher” — tem sucesso, se, e somente se, mediante essa declaração, Pedro e Ana se tornarem marido e mulher<sup>109</sup>. Do mesmo modo, a promulgação de uma constituição é bem-sucedida, se, e somente se, isso efetivamente conduzir à promulgação da constituição.

Os atos discursivos ilocucionários devem satisfazer algumas condições para que suas performances tenham um desempenho bem-sucedido e não defeituoso. Por exemplo, “todos os atos cujo objetivo seja que o ouvinte faça algo — ordens, petições etc. — têm como condição preparatória que o destinatário possa realizar o ato”<sup>110</sup>. Com relação a essas condições, um agente ou um grupo de agentes somente pode promulgar uma constituição com êxito se for titular do poder de fazê-lo. Portanto, a competência dos agentes é uma condição para a promulgação da Constituição. As declarações têm, pelo menos, uma função de ajuste entre palavra e mundo (*a world-to-word direction of fit*). Seu objetivo é “fazer com que o mundo se ajuste ao conteúdo da declaração”<sup>111</sup>. Não se pode transformar o mundo jurídico por meio da declaração de que uma constituição é válida, se aqueles que a produziram não detinham competência para fazê-lo.

---

governança [que] simplesmente reduz o constitucionalismo a um mero conjunto de regras organizacionais”. Ver: O'DONOGHUE, A. *Constitutionalism in Global Constitutionalisation*. Cambridge: Cambridge University Press, 2014. p. 16, tradução livre.

<sup>105</sup> V., por exemplo, análises interessantes sobre as raízes desses ideais nas constituições islâmicas, em relação à limitação de poder: REINER, G. Models of Institutional Control: The Experience of Islamic Countries. In: GROTE, R.; RÖDER, T. (org). *Constitutionalism in islamic countries: Between upheaval and continuity*. Oxford: Oxford University Press, 2012. p. 221 e ss; RÖDER, T. J. The Separation of Powers in Muslim Countries: Historical and Comparative Perspectives. In: GROTE, R.. Sobre a separação de poderes, ver: RÖDER, T. J. (eds.), *Constitutionalism in Islamic Countries. Between Upheaval and Continuity*. Oxford: Oxford University Press, 2012. p. 321 e ss.

<sup>106</sup> Richard Albert elaborou o conceito de desmembramento constitucional (“*constitutional dismemberment*”) para se referir a um “esforço deliberado para desmantelar uma ou mais partes constitutivas da constituição” ALBERT, R. Constitutional Amendment and Dismemberment. *The Yale Journal of International Law*, v. 43, n. 1, 2018. p 2, tradução livre).

<sup>107</sup> AUSTIN, J. *How to do Things with Words*. Oxford: Oxford University Press, 1976, tradução livre.

<sup>108</sup> Sobre atos de fala declarativos, v. SEARLE, J. *Speech Acts: An Essay in the Philosophy of Language*. Cambridge: Cambridge University Press, 1969, pp. 31 e ss; 64 e ss.

<sup>109</sup> Na teoria do discurso, esse fenômeno é chamado de “ponto ilocucionário” BOISVERT, D., & LUDWIG, K. Semantic for Nondeclaratives. In: LEPORE, E.; SMITH, B. C. (eds.). *The Oxford Handbook of the Philosophy of Language*. Oxford: Oxford University Press, 2006, tradução livre.

<sup>110</sup> SEARLE, J.; VANDERVEKEN, D. *Foundations of Illocutionary Logic*. Cambridge: Cambridge University Press, 1985. p. 17-18, tradução livre.

<sup>111</sup> De acordo com Searle, declarações também têm uma função de orientar o ajuste entre palavra e mundo. Em uma declaração bem-sucedida, muda-se o mundo para corresponder ao conteúdo do ato de fala (*word-to-world direction of fit*) apenas porque “representamos a realidade como se estivesse alterada”. SEARLE, J. *Making the Social World*. Oxford: Oxford University Press, 2010. p. 12, tradução livre.

Na próxima seção, as propriedades da competência para promulgar uma constituição serão examinadas. Por ora, simplesmente apresentarei o argumento da competência: se para promulgar uma constituição é necessário ter competência, segue-se que, cada vez que o poder de criação constitucional é exercido, deve ser feito dentro dos limites de tal competência. Neste ponto, apesar de suas diferenças, o poder de promulgar e o poder de revisar a constituição compartilham uma característica comum: ambos são limitados<sup>112</sup>. Eles somente podem ser exercidos, de forma lícita, no âmbito das respectivas competências. Aliás, esse é o caso com relação a todas as demais manifestações do poder de criação constitucional.

De fato, se as ponderações acima estão corretas, então, o argumento do poder constituinte não é uma concepção apropriada sobre o poder de criação constitucional. Ele fracassa por não ser capaz de explicar uma propriedade essencial desse poder: o fato de que se trata de uma competência que somente pode ser validamente exercida dentro de seus limites. O argumento do poder constituinte é certamente plausível para explicar alguns aspectos empíricos do poder de criação constitucional. Nenhum agente que careça de poder político real pode promulgar uma constituição. Todavia, essa concepção ignora que o poder de criação constitucional produz autoridade de natureza jurídica (*legal authority*), isto é, um “poder normativo para mudar as relações normativas de outras pessoas”<sup>113</sup>. Esse argumento reduz equivocadamente o poder de criação constitucional a dois fatos: coerção e poder factual. No entanto, não pode extrair de um poder factual o poder normativo para mudar as relações normativas<sup>114</sup>. Somente um agente dotado da competência normativa para alterar as relações normativas de outras pessoas pode fazê-lo.

Finalmente, há uma conexão conceitual e normativa entre o argumento da competência e o argumento do resultado. Por um lado, o poder de criação constitucional se baseia na competência para promulgar, reformar ou substituir uma constituição que inclua os elementos constitucionais essenciais — e não um conjunto de normas estruturais fundamentais que contenha outros tipos de arranjos institucionais. Portanto, promulgar, reformar ou substituir uma constituição por outro desenho que também possa ser considerado como uma constituição são as únicas ações conceitualmente autorizadas pelo exercício da competência de criação constitucional. Por outro lado, a compreensão de que todas as competências jurídicas são necessariamente limitadas resulta em uma estratégia normativa essencial para proteger os direitos individuais contra possíveis exercícios arbitrários do poder político. Enquanto a liberdade individual é ilimitada, os poderes jurídicos são limitados quanto a seu alcance e objetivos, uma vez que devem promover a proteção dos direitos de terceiros<sup>115</sup> e alcançar o bem comum<sup>116</sup>. Como Hohfeld apontou, para além de seus poderes, indivíduos e autoridades têm uma “deficiência”. Consequentemente, as pessoas são titulares de imunidades, isto é, não se sujeitam a autoridades cujo poder é exercido fora de suas competências<sup>117</sup>. Da conexão entre o argumento do resultado e o argumento da competência, segue-se que os cidadãos são imunes ao poder de criação constitucional exercido para alcançar objetivos distintos daquele de institucionalizar o constitucionalismo.

Além disso, as competências individuais e coletivas para a criação constitucional também são limitadas. Os cidadãos que participam em referendos constitucionais ou que elegem membros das assembleias constituintes gozam de competência limitada para escolher entre as opções e os candidatos em jogo, de acordo com as regras eleitorais válidas. Por outro lado, as assembleias constituintes têm, por vezes, um mandato definido, que estabelece limitações de índole temática e, em certas ocasiões, temporal, como ocorreu na Colômbia em relação à Assembleia Constituinte de 1991, à qual competia promulgar a Constituição até 4 de

<sup>112</sup> Uma questão que permanece sem resposta é quais são as diferenças entre seus limites. Não poderei, contudo, abordar esta questão aqui.

<sup>113</sup> SHAPIRO, S. Authority. In: SHAPIRO, S.; COLEMAN, J. (eds.). *The Oxford Handbook of Jurisprudence and Philosophy of Law*. Oxford: Oxford University Press, 2002. p. 398, tradução livre.

<sup>114</sup> ROUGHAN, N. *Authorities. Conflicts, Cooperation and Transnational Legal Theory*. Oxford: Oxford University Press, 2013. p. 24.

<sup>115</sup> KANT, I. On the Common Saying: ‘This May be True in Theory, but it does not Apply in Practice’. In: REISS, H. (Ed.). *Kant: Political Writings*. Cambridge: Cambridge University Press, 1991. p. 75-76.

<sup>116</sup> LOCKE, J. *Two Treatises of Government: Book II*. Cambridge: Cambridge University Press, 1988. p. 357.

<sup>117</sup> HOHFELD, N. *Fundamental Legal Conceptions, As Applied in Judicial Reasoning*. Nova Jersey: The Lawbook Exchange, 2010.

julho de 1991. Além disso, o empoderamento das assembleias constituintes é limitado à ação de promulgar uma constituição, com os elementos essenciais já descritos, não alcançando a produção de um texto que produza arranjo institucional de algum outro tipo. Por fim, a natureza limitada das competências jurídicas sujeita-as a controle (*accountability*). As autoridades políticas são responsáveis por exercer os poderes de acordo com seus limites. Por isso, seria paradoxal que o maior poder concebível, isto é, o poder de criação constitucional, pudesse ser considerado um poder isento de responsabilidade política, quando a responsabilização das autoridades é um dos objetivos buscados ao se criar um Estado e um sistema legal, por meio da promulgação de uma constituição<sup>118</sup>. Os constituintes atuam em nome dos cidadãos<sup>119</sup>. Consequentemente, também devem prestar contas quando ultrapassarem suas competências.

## 5 O Poder de Criação Constitucional como um Poder Deôntico para Institucionalizar o Constitucionalismo

De acordo com a análise crítica anterior, proporei uma concepção sócio-ontológica alternativa sobre o poder de criação constitucional, que a caracteriza como um poder deôntico limitado, exercido por certos agentes que representam politicamente os cidadãos, aos quais intencional e coletivamente se atribui o *status* de criadores da constituição, para que desempenhem a função de institucionalizar o constitucionalismo.

Essa concepção engloba diversos termos: ontologia social, representantes, *status*, funções, poder deôntico, limitações e reconhecimento intencional coletivo.

### 5.1 Ontologia social

A ontologia social pertence a um ramo da filosofia analítica que John Searle chamou de “filosofia da sociedade”, cujo objetivo é “o estudo da própria sociedade humana” ou, em outras palavras, “o modo de existência de entidades sociais, tais como governos, famílias, coquetéis, férias de verão, sindicatos, jogos de beisebol e passaportes”<sup>120</sup>. Estudos sobre a natureza das entidades sociais, realizados por Michael Bratman, Margaret Gilbert, Seumas Miller, John Searle e Raimo Tuomela<sup>121</sup>, estabeleceram, nas últimas quatro décadas, os princípios fundamentais da ontologia social. Nos últimos anos, filósofos e cientistas sociais discutiram esses princípios<sup>122</sup>, assim como os aplicaram para explicar a estrutura ontológica de uma grande variedade de entidades: desde a comunicação, tecnologia, música, arte, linguagem, emoções e violência, até valores, conceitos de cidadania, direitos humanos, governo, legislação, corporações e outras instituições políticas e jurídicas<sup>123</sup>.

A ontologia social se baseia na intuição de que as entidades sociais dependem da capacidade que nós, como seres humanos, temos para atuar coletivamente, ou seja, como membros de grupos ou sujeitos plurais.

<sup>118</sup> BRAMFORTH, N.; LEYLAND, P. Introduction: Accountability in the Contemporary Constitution. In: BRAMFORTH, N.; LEYLAND, P. (eds.). *Accountability in the Contemporary Constitution*. Oxford: Oxford University Press, 2013. p. 2 e ss.

<sup>119</sup> Sobre o vínculo entre “*accountability*” e a atuação em nome de terceiros, ver: DAVIES, A. C. *The Public Law of Government Contracts*. Oxford: Oxford University Press, 2008. p. 67.

<sup>120</sup> SEARLE, J. *Making the Social World*. Oxford: Oxford University Press, 2010. p. 5, tradução livre.

<sup>121</sup> BRATMAN, M. *Faces of Intention: Selected Essays on Intention and Agency*. Cambridge: Cambridge University Press, 1999; BRATMAN, M. *Shared Agency: A Planning Theory of Acting Together*. Oxford: Oxford University Press, 2013; GILBERT, M. *On Social Facts*. Princeton: Princeton University Press, 1992; MILLER, S. *Social Action: A Teleological Account*. Cambridge: Cambridge University Press, 2001; SEARLE, J. *The Construction of Social Reality*. Nova York: Simon & Schuster, 1995; SEARLE, J. *Making the Social World*. Oxford: Oxford University Press, 2010; TUOMELA, R. *The Philosophy of Social Practices: A Collective Acceptance View*. Cambridge: Cambridge University Press, 2002; TUOMELA, R. *The Philosophy of Sociality*. Oxford: Oxford University Press, 2007.

<sup>122</sup> KIRK, L. *The Routledge Handbook of Collective Intentionality*. Londres; Nova York: Routledge, 2017.

<sup>123</sup> A versão sócio-ontológica mais refinada do direito é aquela desenvolvida por Scott Shapiro em: SHAPIRO, S. *Legality*. Cambridge Mass: Belknap Press of Harvard University Press, 2011.

Essa habilidade é chamada de sociabilidade<sup>124</sup>. As entidades sociais são epistemologicamente “objetivas”, mas ontologicamente “subjetivas”. Elas não são menos cognoscíveis objetivamente do que objetos naturais e físicos. Não obstante, sua existência depende de mentes humanas e de certas atitudes subjetivas (tais como as intenções) dos agentes envolvidos nas práticas em que se fundam<sup>125</sup>. Por exemplo, o fato de a Lei Fundamental de 1949 ser a atual constituição alemã não é menos cognoscível objetivamente do que o fato de existirem árvores na Floresta Negra. Apesar disso, a sua validade depende de certas atitudes subjetivas e do comportamento de alguns indivíduos relevantes que a reconheçam como a Constituição alemã e concedam-lhe certos *status* e funções<sup>126</sup>.

## 5.2 Os representantes e as funções associadas ao status

Na perspectiva sócio-ontológica, o poder de criação constitucional é uma instituição social que depende das atitudes subjetivas e das ações de uma pluralidade de indivíduos. Um dos maiores obstáculos ontológicos ao argumento do poder constituinte refere-se ao fato de que ele pressupõe a existência de um superagente coletivo, que ele denomina “o povo” ou “a nação”, ao qual atribui a capacidade de ter uma “vontade”, como Schmitt<sup>127</sup> apontou. No entanto, no mundo, não há agentes coletivos dotados de uma mente própria e da capacidade de ter vontade. Mesmo que houvesse um agente coletivo chamado “o povo”, ele não teria mente própria. Portanto, frases como “a crença do povo é” ou “a intenção do povo é” são bastante estranhas. Afirmações desse tipo carecem de referência real, já que o “povo” não tem uma mente em que se podem identificar crenças, desejos ou intenções.

A perspectiva sócio-ontológica deixa claro que a elaboração da constituição compreende um conjunto de ações coordenadas e de atos de fala, realizados por múltiplos grupos de indivíduos, e que terá sucesso se, e somente se, certas atitudes subjetivas estiverem presentes nos indivíduos que pertencem a esses grupos. Nesse sentido, quando aludimos a um grupo de pessoas “que faz algo”, queremos dizer que seus membros contribuem individualmente para que esse algo aconteça. Em um cenário básico de uma assembleia constituinte, pelo menos dois grupos estão presentes: os criadores constitucionais e as pessoas.

Os criadores constitucionais correspondem ao pequeno grupo responsável pela redação e, às vezes, pela promulgação da constituição<sup>128</sup>. Eles atuam como representantes do povo. Considerando que nem todos os indivíduos integrantes de uma coletividade podem participar da redação e da promulgação da Constituição — e que poderia até mesmo ser inconveniente que o fizessem — aceita-se que alguns representantes a elaborem e promulguem em nome do povo. No âmbito desse tipo de representação, o povo atua por meio dos criadores constitucionais. Nessas circunstâncias, o ato de uma pessoa ou de um subgrupo conta, equivale e é reconhecido como um ato do grupo que representa<sup>129</sup>.

Kirk Ludwig esboçou um modelo de representação em cinco etapas, o que é útil para os propósitos

<sup>124</sup> Sobre o conceito de sociabilidade, v. GILBERT, M. *Living Together. Rationality, Sociality and Obligation*. Nova York; Londres: Lahman, Boulder, 1996, p. 6, 263 e ss; GILBERT, M. *Sociality and Responsibility: New Essays in Plural Subject Theory*. Minneapolis: Rowman & Littlefield Publishers, 2000, p. 1 e ss.

<sup>125</sup> SEARLE, J. *Making the Social World*. Oxford: Oxford University Press, 2010. p. 1 e ss.

<sup>126</sup> Lindahl introduz uma visão coletiva intencional do poder constituinte. Sua principal alegação é de que a ordem jurídica “pode ser melhor descrita” como uma “ação coletiva investida de autoridade”. No entanto, seu ponto de vista é muito diferente daquele que apresento neste artigo. LINDAHL, H. Ontology of the Constituent Power. *Constellations*, v. 22, n. 2, 2015. p. 166, tradução livre.

<sup>127</sup> Zoran Oklopčič realiza uma análise crítica das estratégias políticas — muitas vezes manipuladoras — que podem estar associadas à exploração da crença sobre a existência do povo como entidade coletiva. OKLOPČIČ, Z. Three arenas of struggle: A contextual approach to the constituent power of ‘the people’. *Global Constitutionalism*, v. 3, n. 2, 2015. p. 200.

<sup>128</sup> Há casos em que as pessoas promulgam a constituição por meio de um referendo ou participam da redação do texto constitucional. Acerca desse último fenômeno, v. BERNAL, C. How Constitutional Crowddrafting can enhance Legitimacy in Constitution-Making?. In: LANDAU, D.; LERNER, H. (Eds.). *Handbook on Comparative Constitution-Making*. Cheltenham: Edward Elgar, 2017. Para as reflexões que se seguem, usarei um modelo de criação constitucional por meio do qual as pessoas conferem poderes aos criadores da constituição para redigir e promulgá-la em seu nome.

<sup>129</sup> LUDWIG, K. Proxy Agency in Collective Action. *Noûs*, v. 48, n. 1, 2013. p. 76.

deste texto<sup>130</sup>. Pode-se resumir o modelo de Ludwig nos seguintes termos. “*PA*” corresponde ao exercício da função de representante, “*G*” ao grupo que nomeia o representante e “*A*” à audiência (um indivíduo ou um grupo com o qual “*G*” deverá interagir). A primeira etapa do modelo de Ludwig implica reconhecer que a representação envolve dois acordos. De um lado, os membros de “*G*” concordam uns com os outros e com “*PA*” que “*PA*” agirá no seu interesse. De outro lado, os membros da audiência “*A*” concordam com os membros de “*G*” em reconhecer que “*PA*” age em nome de “*G*”.

A segunda etapa corresponde a ter em conta que, em razão de tais acordos, “*PA*” tem uma função-status particular, como agente autorizado a atuar em nome dos membros de “*G*”<sup>131</sup>. Uma pessoa tem essa função-status reconhecida pela comunidade como representante do grupo para determinadas transações sociais<sup>132</sup>. Em razão do acordo entre membros de “*A*” e de “*G*”, “*PA*” é percebido como um representante dos membros de “*G*”. Esse reconhecimento permite que “*PA*” desempenhe sua função.

A terceira etapa é reconhecer que os membros do grupo podem conferir aos representantes uma função-status, observando o que, na ontologia social, se denomina uma regra constitutiva. Uma regra constitutiva constitui um tipo de comportamento, no sentido de que a regra define o comportamento, o qual, efetivamente, ocorre quando a regra é seguida intencionalmente<sup>133</sup>. Por exemplo, uma regra constitutiva do xadrez cria o comportamento chamado “xeque-mate”, que ocorre quando um jogador intencionalmente coloca o rei do outro jogador “em xeque”, sem que seja possível eliminar essa ameaça. Na representação, o comportamento relevante é empoderar alguém para agir como um representante dos outros. Uma regra constitutiva empodera alguém para que haja em nome dos membros do grupo. Seguindo essa regra, os membros de “*G*” empoderam “*PA*”, reconhecendo-o como seu representante. Essa autorização implica a aceitação por “*G*” de que “*PA*” atuará em seu interesse, e que os atos de “*PA*” lhe serão atribuídos.

O quarto passo está relacionado ao conceito de atuação constitutiva. Esse conceito compreende certas ações individuais por meio das quais um agente, seguindo uma ou mais regras constitutivas, “faz algo que (a) contribui para motivar um tipo de ação coletiva, em razão de ser parcialmente constitutivo dela e (b) é constitutivo de um tipo particular de ação que compõe essa ação coletiva”<sup>134</sup>. Ao expressar concordância com a indicação dos representantes, cada um dos membros do grupo desempenha uma ação individual, que contribui para motivar uma ação coletiva (o empoderamento dos representantes pelo grupo), bem como para constituir tal ação.

No quinto passo, os representantes atuam como tal e tanto o público quanto o grupo que representam reconhecem a sua ação como sendo do próprio grupo representado e não apenas como ato dos representantes.

É possível utilizar as cinco etapas propostas por Ludwig para entender o papel dos criadores da constituição — por exemplo, no contexto de uma assembleia constituinte — como representantes do povo. Para exemplificar as cinco etapas, deve-se entender que “*AC*” se refere a uma assembleia constituinte, “*P*” ao povo, como um grupo que inclui o subgrupo da assembleia constituinte, e que “*A*” se refere à audiência (tanto a nível nacional: o povo, quanto a nível internacional: outros povos, seus governos e instituições internacionais).

Primeira etapa: os membros de “*P*” acordam entre si e com “*AC*” que “*AC*” atuará em seu nome para fazer uma constituição. Isto pode ser denominado: o acordo da representação dos criadores da constituição. Naturalmente, seria muito oneroso exigir nessa etapa o acordo de todos os membros de “*P*”. Eu retornarei a

<sup>130</sup> O que segue é uma adaptação da construção de Ludwig em: LUDWIG, K. Proxy Agency in Collective Action. *Noûs*, v. 48, n. 1, 2013. p. 89-92.

<sup>131</sup> SEARLE, J. *The Construction of Social Reality*. Nova York: Simon & Schuster, 1995. p. 41.

<sup>132</sup> LUDWIG, K. Proxy Agency in Collective Action. *Noûs*, v. 48, n. 1, 2013. p. 77.

<sup>133</sup> LUDWIG, K. Proxy Agency in Collective Action. *Noûs*, v. 48, n. 1, 2013. p. 77.

<sup>134</sup> LUDWIG, K. Proxy Agency in Collective Action. *Noûs*, v. 48, n. 1, 2013. p. 85.

esse ponto mais adiante. Entretanto, por ora, utilizarei o conceito de John Austin sobre o “grosso da população” (*the bulk of the people*)<sup>135</sup>, para aludir, nesse caso, a um número relevante de indivíduos cuja concordância é necessária para empoderar o grupo de criadores da constituição.

Segunda etapa: por causa desses acordos, “AC” tem o *status* de criador constitucional para realizar a função de institucionalizar o constitucionalismo em um texto constitucional escrito, na qualidade de representante autorizado de “P”.

Terceira etapa: o grosso de “P” pode conferir a “AC” a função associada ao *status* de criador constitucional, mediante a observância, pelos membros de “P”, de uma regra constitutiva. O conteúdo dessa regra constitutiva é o seguinte: o acordo entre o grosso de “P” e “AC”, para redigir e promulgar a constituição, é entendido como uma autorização, por parte de “P”, para “AC” produzir uma constituição em seu nome.

Quarta etapa: por causa da autorização para “AC” escrever e promulgar uma constituição em nome do povo “P”, “AC” é um representante de “P” para a redação e promulgação da constituição.

Quinta etapa: “AC” redige e promulga a constituição como agente representante de “P” em relação a “A”. Portanto, “A” e “P” reconhecem que o que “AC” faz ou fez deve ser considerado como se “P” fosse aquele que redigiu e promulgou sua constituição.

O papel dos representantes como criadores constitucionais é necessário em uma sociedade de massa, na qual há uma divisão do trabalho. De um ponto de vista normativo, esse papel pode fortalecer a participação democrática, uma vez que exige que os membros de “P” expressem de alguma forma o seu acordo sobre o empoderamento de “AC”. Esse esquema, também, promove a democracia deliberativa, uma vez que encoraja a deliberação em dois níveis. A deliberação entre os membros de “P”, sobre o conteúdo do empoderamento de “AC”, e, ainda, discussões políticas especializadas entre os membros de “AC” sobre o conteúdo da constituição a ser redigida e promulgada em nome de “P”.<sup>136</sup>

### 5.3 Poderes deônticos

O terceiro elemento da concepção sócio-ontológica do poder de criação de uma constituição é o conceito de poderes deônticos. Com relação a esse conceito, o povo empodera os criadores constitucionais “AC” com o poder deôntico de redigir e promulgar uma constituição.

Um poder deôntico é uma estrutura de relação de poder<sup>137</sup>. O poder deôntico para a criação de uma constituição corresponde a uma estrutura na qual o grosso dos membros de “P” confere autoridade aos criadores constitucionais “AC” para mudar a constituição e, ao fazê-lo, mudar o *status* legal de todos os membros de “P”. Uma vez que os membros de “P” estão sujeitos à constituição, uma mudança constitucional implica uma mudança em seu *status* jurídico. O que é característico do empoderamento para criar uma constituição é que os membros do grosso de “P” reconhecem a competência dos criadores constitucionais para promulgar a constituição e, por sua vez, concordam que todos os membros de “P” estarão sujeitos a essa nova constituição, independentemente dos seus desejos, atuais ou futuros, de obedecer às novas normas constitucionais<sup>138</sup>.

<sup>135</sup> Austin fala do “grosso dos membros da sociedade” para se referir à população cujo apoio ao soberano é necessária para a validade da lei. AUSTIN, J. *The Province of Jurisprudence Determined*. Cambridge: Cambridge University Press, 1995. p. 169, tradução livre.

<sup>136</sup> Sobre a importância da *expertise* na democracia deliberativa, v. BROWN, M. B. *Expertise and Deliberative Democracy*. Stephen Elstub y Peter McLaverty, *Deliberative Democracy. Issues and Cases*. Edinburgh: Edinburgh University Press, 2014. p. 50, 66-67.

<sup>137</sup> SEARLE, J. What is an Institution? *Journal of Institutional Economics*, v. 1, n. 1, 2005. p. 11.

<sup>138</sup> Esta é uma manifestação específica do propósito dos poderes deônticos, consistente em criar razões para ações independentes dos desejos da pessoa. Sobre este aspecto, v. SEARLE, J. What is an Institution? *Journal of Institutional Economics*, v. 1, n. 1, 2005. p. 12.

## 5.4 Limites

O povo está sujeito a limites conceituais e normativos para empoderar os criadores constitucionais, os quais, por sua vez, sujeitam-se a limites conceituais e normativos para exercer seus poderes deônticos. Como explicado anteriormente, a institucionalização dos elementos constitucionais essenciais é o principal limite conceitual. De acordo com a doutrina, é possível haver outras limitações normativas, geralmente relacionadas à legitimidade processual ou substancial da nova constituição. Esse ponto não será explorado aqui. De qualquer modo, é possível afirmar que essas limitações podem ser derivadas: do respeito ao sistema internacional de direitos humanos, da ampla consolidação das instituições democráticas no âmbito do direito transnacional<sup>139</sup>, do grau de participação democrática no processo de elaboração da constituição e da conformidade com as disposições que regem a mudança constitucional<sup>140</sup>, tais como cláusulas pétreas, princípios constitucionais pré-acordados ou o direito supranacional<sup>141</sup>. A força, o alcance e a eficácia vinculante dessas limitações devem ser analisados em relação a cada sistema jurídico particular, bem como em cada caso específico de substituição e de reforma constitucional<sup>142</sup>.

## 5.5 Reconhecimento intencional coletivo

De acordo com David Dyzenhaus, o conceito de poder constituinte está sujeito ao que denominou “o paradoxo da autoria”. De acordo com esse paradoxo: “para que um povo atue como o autor das formas jurídicas de poder constituído, ele deve existir previamente como autor — entidade com capacidade de autorizar. Entretanto, uma entidade com capacidade para outorgar tal autorização é uma entidade artificial, não apenas um conjunto composto por indivíduos de forma aleatória. Portanto, deve ser juridicamente identificável”<sup>143</sup>.

Esse paradoxo se refere ao conceito de “povo”. Como explicado anteriormente, o povo não pode ser concebido como um superagente coletivo, independente de cada um de seus membros<sup>144</sup>. Contudo, “o povo” também é diferente de uma multidão ou de um grupo composto aleatoriamente por um conjunto de pessoas sem qualquer conexão entre si. A concepção sócio-ontológica do poder de criação constitucional proporciona uma saída para o paradoxo da autoria, ao definir o povo como um grupo que capacita os criadores constitucionais para institucionalizar o constitucionalismo por meio de uma constituição escrita.

Três questões surgem aqui. Quem são os membros do povo? Quantos membros do povo devem estar de acordo para produzir um empoderamento bem-sucedido dos criadores constitucionais? E qual é a estrutura do acordo criado entre os membros do povo para empoderar os criadores?

Responder a essas questões implica assumir uma posição conceitual e normativa, cuja idoneidade para avaliar os casos específicos de substituição ou revisão constitucional também é contextual. Contudo, é possível introduzir algumas afirmações gerais de índole conceitual em relação a essas questões. Por exemplo, com relação à pergunta: quem são os membros do povo? Pode-se assumir, *prima facie*, que conceitualmente são

<sup>139</sup> DIXON, R.; LANDAU, D. Transnational Constitutionalism and a Limited Doctrine of Unconstitutional Constitutional Amendment. *International Journal of Constitutional Law*, v. 13, n. 3, 2015. p. 630.

<sup>140</sup> DIXON, R.; LANDAU, D. Constraining Constitutional Change. *Wake Forest Law Review*, v. 50, 2015.

<sup>141</sup> ROZNAI, Y. The Theory and Practice of ‘Supra-Constitutional’ Limits on Constitutional-Amendments. *International and Comparative Law Quarterly*, v. 62, n. 3, 2013.

<sup>142</sup> Uma questão distinta é saber se os juízes — geralmente tribunais constitucionais — devem ter poderes para impor essas limitações. Não será possível abordar essa questão aqui.

<sup>143</sup> DYZENHAUS, D. Constitutionalism in an old key: Legality and constituent power. *Global Constitutionalism*, v. 1, n. 2, 2012. p. 233-234, tradução livre.

<sup>144</sup> Denis J. Galligan parece defender uma opinião diferente quando afirma: “Por ‘o povo’ refiro-me aos membros de uma sociedade como uma entidade coletiva [...] o povo, em oposição à noção de pessoas individuais” GALLIGAN, D. J. The People, the Constitution, and the Idea of Representation. In: GALLIGAN, D. J.; VERSTEEG, M. (eds.). *Social and Political Foundations of Constitutions*. Cambridge: Cambridge University Press, 2013. p. 134, tradução livre.

os cidadãos. Como afirmado por Ackerman, as revoluções e substituições constitucionais tendem a ocorrer a partir de uma “adaptação não convencional” de um marco institucional existente<sup>145</sup>. O fato de *todos* os cidadãos e *apenas* os cidadãos serem considerados membros do povo é um fato relevante no quadro institucional de todo país. No entanto, tal delimitação do alcance de povo pode ser derrotada por considerações de índole normativa de cada contexto particular. Por exemplo, se o objetivo de uma substituição constitucional é incluir uma minoria, à qual se negou o exercício da cidadania nos processos de discussão política, essa circunstância constitui uma boa razão para considerar os membros de tal minoria como parte do povo, ainda que a ordem jurídica em vigor não os reconheça como cidadãos. Do mesmo modo, se a secessão é o objeto de uma substituição constitucional, pode ser razoável restringir a concepção de povo aos indivíduos que habitam a região que postula separar-se do Estado.

Observações semelhantes poderiam ser tecidas em relação ao número de membros do povo cujo acordo é necessário para um empoderamento bem-sucedido dos criadores constitucionais. Pode-se assumir, *prima facie*, do ponto de vista conceitual, que a concordância do grosso dos cidadãos é necessária. Uma questão conceitual e normativa relevante é: o que significa “o grosso dos cidadãos”? Certamente, esse conceito delineado por Austin expressa uma intuição plausível, a saber, que a validade de uma constituição pressupõe a adesão de um número significativo de membros da sociedade. Uma vantagem do conceito de “o grosso dos cidadãos” reside na sua indeterminação. Nesse sentido, é superior ao conceito de maioria. Assim, pode haver uma constituição cuja validade se baseia na adesão de uma quantidade de cidadãos menor do que a maioria, mas que seja politicamente mais poderosa. Ademais, uma constituição respaldada pela maioria dos cidadãos menos influentes de um país poderia facilmente perder sua validade. Da mesma forma, em relação ao grosso dos cidadãos, um empoderamento exitoso dos criadores constitucionais geralmente requer adesão do grosso dos operadores jurídicos (*legal officials*), que serão responsáveis tanto por implementar, quanto por fazer cumprir a nova Constituição<sup>146</sup>.

A questão final é: qual deve ser a estrutura do acordo entre os membros do povo para empoderar os criadores constitucionais? Devido à diversidade de formas de colaboração humana e de expressões de concordância, adesão ou conformidade, a resposta a essa pergunta é altamente complexa. Eu delinearei três argumentos a esse respeito.

Em primeiro lugar, o acordo dos membros do povo em torno do empoderamento dos criadores da constituição é uma ação coletiva intencional de seus membros. Há, pelo menos, duas condições necessárias, que são comuns às explicações sobre ações intencionais coletivas<sup>147</sup>. Essas condições são: (1) a ação deve ser realizada por vários agentes individuais que, em conjunto, atuam como um grupo. Em virtude disso, a ação é atribuível ao grupo; (2) os agentes individuais que atuam em conjunto devem fazê-lo de acordo com, e devido a, algumas intenções comuns, que são dotadas de um conteúdo especial. Esse conteúdo pressupõe que o grupo desempenhe uma ação relevante por meio das ações individuais dos seus membros<sup>148</sup>.

Em segundo lugar, no caso da criação de uma constituição, os membros do povo podem produzir o empoderamento coletivo dos criadores constitucionais por meio de ações como: a eleição de uma assembleia constituinte extraconstitucional ou o referendo constitucional; ou podem, ainda, participar das deliberações organizadas pelo constituinte acerca do conteúdo da constituição. São essas as classes de ações intencionais individuais que contribuem para a formação da ação coletiva intencional do povo. O conteúdo das intenções comuns dos membros do povo corresponde à concordância de tais membros quanto a conferir poderes aos criadores constitucionais, bem como a sujeitar-se à constituição a ser elaborada e promulgada por eles, desde

<sup>145</sup> ACKERMAN, B. *We the People: Transformations*. Cambridge, Mass: Harvard University Press, 2000. p. 11-13, tradução livre.

<sup>146</sup> Sobre a importância do acordo pelos oficiais de direito, ver: HART, H. *The Concept of Law*. Oxford: Clarendon Press, 1994. p. 116.

<sup>147</sup> Sobre esses elementos e sua relevância para o propósito de explicar a natureza do direito, v. SANCHEZ BRÍGIDO, R. *Collective Intentional Activities and the Law*. *Oxford Journal of Legal Studies*, v. 29, n. 2, 2009. p. 305-306.

<sup>148</sup> LUDWIG, *Understanding Collective Action*. Mimeografado. 2016. p. 168.

que ela institucionalize o constitucionalismo. Observada tal condição, a sujeição é aceita independentemente de desejos futuros de obediência ou adesão às novas normas constitucionais.

Em terceiro lugar, a concordância dos membros do povo em relação ao empoderamento para a criação de uma constituição pode ser manifestada *ex-ante* — na votação relacionada à convocação de uma assembleia constituinte — ou *ex post* — ao votar pela aprovação do texto constitucional em um referendo. Pode ser explícito — como nos dois exemplos anteriores de ações *ex ante* e *ex post* — ou implícito. Em relação a essa última possibilidade, a validade de uma constituição pressupõe necessariamente o acordo implícito, *ex post*, do grosso dos operadores jurídicos na implementação e cumprimento da constituição. Assim, essa é uma condição necessária para um exercício bem-sucedido do poder de criação constitucional.

Em síntese, o poder de substituir ou revisar uma constituição é: (i) um poder deôntico e limitado para alterar o status jurídico dos membros do povo; (ii) detido pelos criadores da constituição; (iii) decorrente do — e limitado por — um empoderamento, no qual o grosso do povo, por um lado, designa tais criadores como seus representantes e atribui a eles a função de substituir ou revisar a constituição, e, por outro lado, aceita se submeter à constituição nova ou revisada, desde que os elementos constitucionais essenciais sejam institucionalizados; (iv) os representantes são coletiva e intencionalmente reconhecidos (*ex ante* ou *ex post*, implícita ou explicitamente, pelo grosso do povo e dos operadores legais) como aqueles que têm o *status* de criadores constitucionais, com o fim de exercer a sua função de institucionalizar o constitucionalismo.

Tal estrutura conceitual pode ser usada para obter uma avaliação mais transparente da legitimidade das substituições ou revisões constitucionais. Essa avaliação dependerá dos padrões mais fortes ou mais fracos utilizados para determinar: o número de membros que compõe o conceito de “o grosso do povo”, as características do empoderamento outorgado para a criação de uma constituição, o reconhecimento coletivo intencional dos criadores da constituição, bem como a qualidade da institucionalização do constitucionalismo.

## Referências

- ACKERMAN, B. *We the People: transformations*. Cambridge, Mass: Harvard University Press, 2000.
- AGAMBEN, G. *Homo Sacer*. Stanford: Stanford University Press, 1998.
- ALBERT, R. Nonconstitutional Amendments. *Canadian Journal of Law and Jurisprudence*, v. 22, n. 1, 2009.
- ALBERT, R. The Cult of Constitutionalism. *Florida State University Law Review*, n. 39, 2012.
- ALBERT, R. Constitutional Amendment by Constitutional Desuetude. *American Journal of Comparative Law*, v. 62, 2014.
- ALBERT, R. Amendment and Revision in the Unmaking of Constitutions. In: LANDAU, D.; LERNER, H. *Handbook on Comparative Constitution-Making*. Cheltenham: Edward Elgar, 2017. Disponível em: <<https://papers.ssrn.com/sol3/papers2.cfm?a>> Acesso em: 13 fev. 2017.
- ALBERT, R. Constitutional Amendment and Dismemberment. *The Yale Journal of International Law*, v. 43, n. 1, 2018.
- ALEXY, R. *A Theory of Constitutional Rights*. Oxford: Oxford University Press, 2002.
- ALEXY, R. On the Concept and the Nature of Law. *Ratio Juris*, v. 21, n. 3, 2008.
- ANDERSON, G. W. Societal Constitutionalism, Social Movements, and Constitutionalism from Below. *Indiana Journal of Global Legal Studies*, v. 20, n. 2, 2013.
- ARATO, A. *Post Sovereign Constitution Making: learning and legitimacy*. Oxford University Press: Oxford, 2016.

- ARATO, J. Treaty Interpretation and Constitutional Transformation: Informal Change in International Organizations. *Yale Journal of International Law*, v. 38, 2013.
- ATRIA, F. Sobre la soberanía y lo político. *Derecho y humanidades*. v. 12, 2006.
- AUSTIN, J. *The Province of Jurisprudence Determined*. Cambridge: Cambridge University Press, 1995.
- AUSTIN, J. *How to do Things with Words*. Oxford: Oxford University Press, 1976.
- AYALA CORAO, C. M. Venezuela: De la constituyente de 1999 a la reforma constitucional de 2007. In: GARZA, J. M. (ed.). *Procesos constituyentes contemporáneos en América Latina. Tendencias y Perspectivas*. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2009.
- BANKS, A. M. Expanding Participation in Constitution Making: Challenges and Opportunities. *William & Mary Law Review*, v. 46, 2008.
- BARAK, A. Unconstitutional Constitutional Amendments. *Israeli Law Review*, v. 44, 2011.
- BERNAL, C. Unconstitutional constitutional amendments in the case study of Colombia: An analysis of the justification and meaning of the constitutional replacement doctrine. *International Journal of Constitutional Law*, v. 11, n. 2, 2013.
- BERNAL, C. Informal Constitutional Change. *American Journal of Comparative Law*, v. 62, 2014.
- BERNAL, C. How Constitutional Crowddrafting can enhance Legitimacy in Constitution-Making?. In: LANDAU, D.; LERNER, H. (eds.). *Handbook on Comparative Constitution-Making*. Cheltenham: Edward Elgar, 2017.
- BÖCKENFÖRDE, E. W. Die verfassunggebende Gewalt des Volkes. Ein Grenzbegriff des Verfassungsrechts. In: BÖCKENFÖRDE, E.W. *Demokratie: Studien zur Verfassungstheorie und zum Verfassungsrecht*. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1991.
- BODIN, J. *Les six livres de la République*. Paris: Librairie générale française, 1993.
- BOISVERT, D., & LUDWIG, K. Semantic for Nondeclaratives. In: LEPORE, E.; SMITH, B. C. (eds.). *The Oxford Handbook of the Philosophy of Language*. Oxford: Oxford University Press, 2006.
- BRAMFORTH, N.; LEYLAND, P. Introduction: Accountability in the Contemporary Constitution. In: BRAMFORTH, N.; LEYLAND, P. (eds.). *Accountability in the Contemporary Constitution*. Oxford: Oxford University Press, 2013.
- BRATMAN, M. *Faces of Intention: Selected Essays on Intention and Agency*. Cambridge: Cambridge University Press, 1999.
- BRATMAN, M. *Shared Agency. A Planning Theory of Acting Together*. Oxford: Oxford University Press, 2013.
- BREWER-CARÍAS, A. R. La configuración judicial del proceso constituyente o de cómo el guardián de la Constitución abrió el camino para su violación y para su propia extinción. *Revista de Derecho Público*, n. 78-80, 1999.
- BREWER-CARÍAS, A. R. *Poder Constituyente Originario y Asamblea Nacional Constituyente*. Caracas: Editorial Jurídica Venezolana, 1999.
- BREWER-CARÍAS, A. R. *Dismatling Democracy in Venezuela. The Chávez Authoritarian Experiment*. Cambridge: Cambridge University Press, 2010.
- BROWN, M. B. *Expertise and Deliberative Democracy*. Stephen Elstub y Peter McLaverty, Deliberative Democracy. Issues and Cases. Edinburgh: Edinburgh University Press, 2014.

- COLÓN-RÍOS, J. I. The Legitimacy of the Juridical: Constituent Power, Democracy, and the Limits of Constitutional Reform. *Osgoode Hall Law Journal*, v. 48, n. 2, 2010.
- COLÓN-RÍOS, J. I. Carl Schmitt and Constituent Power in Latin American Courts: The Cases of Venezuela and Colombia. *Constellations*, v. 18, n. 3, 2011.
- COLÓN-RÍOS, J. I. *Weak Constitutionalism. Democratic legitimacy and the question of constituent power*. Londres y Nueva York: Routledge, 2012.
- COLÓN-RÍOS, J. I. Five Conceptions of Constituent Power. *Law Quarterly Review*, v. 130, 2014.
- COLÓN-RÍOS, J. I. Rousseau, Theorist of Constituent Power. *Oxford Journal of Legal Studies*, 2016.
- CONTIADES, X. *Engineering Constitutional Change: a comparative perspective on Europe, Canada and the USA*. Londres: Routledge, 2012.
- CONTIADES, X.; FO'TIADOU, A. *Participatory Constitutional Change. The People as Amenders of the Constitution*. Londres: Routledge, 2017.
- CRISAFULLI, V. *Disposizione (e norma)*, XIII *Enciclopedia del Diritto*, 1964.
- CRISTI, R. The Metaphysics of Constituent Power: Schmitt and the Genesis of Chile's 1980 Constitution. *Cardozo Law Review*, v. 21, 1999-2000.
- CRISTI, Renato. The Metaphysics of Constituent Power: Schmitt and the Genesis of Chile's 1980 Constitution. *Cardozo Law Review*, v. 21, n. 5-6, 2000.
- DAVIES, A. C. *The Public Law of Government Contracts*. Oxford: Oxford University Press, 2008.
- DIETER, G. The Twilight of Constitutionalism? In: DOBNER, P.; LOUGHLIN, M. (ed.). *The Achievement of Constitutionalism*. Oxford: Oxford University Press, 2010.
- DIXON, R.; LANDAU, D. Constraining Constitutional Change. *Wake Forest Law Review*, v. 50, 2015.
- DIXON, R.; LANDAU, D. Transnational Constitutionalism and a Limited Doctrine of Unconstitutional Constitutional Amendment. *International Journal of Constitutional Law*, v. 13, n. 3, 2015.
- DURKHEIM, É. *Le suicide. Étude de sociologie (1897)*. 2. ed. Paris: Les Presses Universitaires de France, 1967.
- DWORKIN, R. *Justice in Robes*. Cambridge Mass: Belknap Press of the Harvard University Press, 2006.
- DWORKIN, R. *Justice for Hedgehogs*. Cambridge Mass.: Belknap Press of the Harvard University Press, 2011.
- DYZENHAUS, D. The Question of Constituent Power. In: LOUGHLIN, M.; WAIKER, N. (eds.). *The Paradox of Constitutionalism*. Oxford: Oxford University Press, 2007.
- DYZENHAUS, D. Constitutionalism in an old key: Legality and constituent power. *Global Constitutionalism*, v. 1, n. 2, 2012.
- EISENSTADT, T. A.; LEVAN, A. C.; MABOUDI, T. When Talk Trumps Text: The Democratizing Effects of Deliberation during Constitution-Making, 1974–2011. *American Political Science Review*, v. 109, n. 3, 2015.
- ELKINS, Z.; GINSBURG, T.; MELTON, J. *The Endurance of National Constitutions*. Cambridge: Cambridge University Press, 2009.
- FERRER BELTRÁN, J.; MORESO, J. J.; PAPAYANNIS, D. M. *Neutrality and Theory of Law*. Dordrecht: Springer, 2013.
- GALLIGAN, D. J. The People, the Constitution, and the Idea of Representation. In: GALLIGAN, D. J.; VERSTEEG, M. (eds.). *Social and Political Foundations of Constitutions*. Cambridge: Cambridge University Press, 2013.

- GALLIGAN, D. J.; VERSTEEG, M. Theoretical Perspectives on the Social Foundations of Constitutions. In: GALLIGAN, D. J.; VERSTEEG, M. (eds.). *Social and Political Foundations of Constitutions*. Cambridge University Press: Cambridge, 2013.
- GILBERT, M. *On Social Facts*. Princeton: Princeton University Press, 1992.
- GILBERT, M. *Living Together. Rationality, Sociality and Obligation*. Nova York e Londres: Lahman, Boulder, 1996.
- GILBERT, M. *Sociality and Responsibility: New Essays in Plural Subject Theory*. Minneapolis: Rowman & Littlefield Publishers, 2000.
- HARDIN, R. *Liberalism, Constitutionalism and Democracy*. Oxford: Oxford University Press, 1999.
- HARDIN, R. Why a Constitution? In: GALLIGAN, D. J.; VERSTEEG, M. (eds.). *Social and Political Foundations of Constitutions*. Cambridge: Cambridge University Press, 2013.
- HART, H. *The Concept of Law*. Oxford: Clarendon Press, 1994.
- HAYEK, F. A. *The Constitution of Liberty*. Londres e Henley: Routledge & Kegan Paul, 1976.
- HERNÁNDEZ, J. A. La Constitución de Colombia de 1991 y sus enemigos. El fracaso del consenso constitucional. *Colombia Internacional*, v. 79, 2013.
- HIMMA, K. E. Reconsidering a Dogma: Conceptual Analysis, the Naturalistic Turn, and Legal Philosophy. In: FREEMAN, Michael; HARRISON, Ross (eds.). *Law and philosophy. Current Legal Issues*. Oxford: Oxford University Press, 2007.
- HIRSCHL, R. The strategic Foundations of Constitutions. In: GALLIGAN, D.; VERSTEEG, M. (Edits.). *Social and Political Foundations of Constitutions*. Cambridge: Cambridge University Press, 2013.
- HOHFELD, N. *Fundamental Legal Conceptions, as applied in judicial Reasoning*. Nueva Jersey: The Lawbook Exchange, 2010.
- HUTCHINSON, A.; COLÓN-RÍOS, J. I. Constituciones Duraderas – Una Crítica Democrática. *Anuario de Derecho Público*, ed. 1, 2011.
- KALYVAS, A. Popular Sovereignty, Democracy, and the Constituent Power. *Constellations*, v. 12, n. 2, 2005.
- KALYVAS, A. Constituent Power. *Political concepts: a critical lexicon*. Disponível em: <<http://www.political-concepts.org/constituentpower/>> Acesso em 20 de fev. de 2018
- KANT, I. On the Common Saying: ‘This May be True in Theory, but it does not Apply in Practice’. In: REISS, H. (ed.). *Kant: political writings*. Cambridge: Cambridge University Press, 1991.
- KHOSLA, M. Constitutional Amendment. In: CHOUDHRY, S.; KHOSLA M.; BHANU MEHTA, P. (Edits.), *The Oxford Handbook of the Indian Constitution*. Oxford: Oxford University Press, 2016.
- KING, P. Neo-Bolivarian Constitutional Design: Comparing the 1999 Venezuelan, 2008 Ecuadorian, and 2009 Bolivian Constitutions. In: GALLIGAN, D. J.; VERSTEEG, M. (Edits.), *Social and Political Foundations of Constitutions*. Cambridge: Cambridge University Press, 2013.
- KIRK, L. *The Routledge Handbook of Collective Intentionality*. Londres e Nova York: Routledg, 2017.
- KLEIN, C.; SAJÓ, A. Constitution-Making: Process and Substance. In: M. ROSENFELD; SAJÓ, A. (eds.). *The Oxford Handbook of Comparative Constitutional Law*. Oxford: Oxford University Press, 2012.
- KRISHNASWAMY, S. *Democracy and Constitutionalism in India: A Study of the Basic Structure Doctrine*. Oxford: Oxford University Press, 2011.
- KUMM, M. Constituent power, cosmopolitan constitutionalism, and post-positivist law. *International Journal*

- of *Constitutional Law*, v. 14, n. 3, 2016.
- LANDAU, D. The Importance of Constitution-Making. *Denver University Law Review*, v. 89, n. 3, 2011-2012.
- LANDAU, D. Constitution-Making gone wrong. *Alabama Law Review*, 2013.
- LANDAU, D. Abusive Constitutionalism. *University of California Davis Law Review*, v. 47, 2013.
- LAUTENBACH, G. *The Concept of the Rule of Law and the European Court of Human Rights*. Oxford: Oxford University Press, 2013.
- LINDAHL, H. Ontology of the Constituent Power. *Constellations*, v. 22, n. 2, 2015.
- LOCKE, J. *Two Treatises of Government*: Book II. Cambridge: Cambridge University Press, 1988.
- LOUGHLIN, M. Constituent Power Subverted: From English Constitutional Argument to British Constitutional Practice. In: LOUGHLIN, M.; WAIKER, N. *The Paradox of Constitutionalism*. Oxford: Oxford University Press, 2007.
- LOUGHLIN, M. What is Constitutionalisation?. In: DOBNER, P.; LOUGHLIN, M. (eds.). *The Twilight of Constitutionalism?* Oxford: Oxford University Press, 2010.
- LOUGHLIN, M. *Foundations of Public Law*. Oxford: Oxford University Press, 2011.
- LOUGHLIN, M. Why Sovereignty?. In: RAWLINGS, R.; LEYLAND, P.; YOUNG, A. L. *Sovereignty and the Law. Domestic, European, and International Perspectives*. Oxford: Oxford University Press, 2013.
- LOUGHLIN, M. The Concept of Constituent Power. *European Journal of Political Theory*, v. 13, n. 2, 2014.
- LOUGHLIN, M.; WAIKER, N. Introduction. In: LOUGHLIN, M.; WAIKER, N. *The Paradox of Constitutionalism*. Oxford: Oxford University Press, 2007.
- LUDWIG, K. Proxy Agency in Collective Action. *Noûs*, v. 48, n. 1, 2013.
- LUDWIG, K. *Understanding Collective Action*, manuscrito sem publicar, 2016
- EZCURDIA, Maite. The Concept-Conception Distinction. *Philosophical Issues*, v. 9, 1998.
- MARMOR, A. Legal Positivism: Still Descriptive and Morally Neutral. *Oxford Journal of Legal Studies*, v. 26, n. 4, 2006
- MILLER, L. E. *Framing the State in Times of Transition: Case Studies in Constitution Making*. Washington: United States Institute of Peace, 2010.
- MILLER, S. *Social Action: a teleological account*. Cambridge: Cambridge University Press, 2001.
- NATALE, A. A. La reforma constitucional argentina de 1994. *Cuestiones constitucionales*, n. 2, 2000.
- NEGRETTO, G. Replacing and Amending Constitutions: The Logic of Constitutional Change in Latin America. *Law and Society Review*, v. 46, n. 4, 2012.
- NEGRETTO, G. L. Authoritarian Constitution Making. The Role of the Military in Latin America. In: GINSBURG, T.; SIMPSON, A. *Constitutions in Authoritarian Regimes*. Cambridge: Cambridge University Press, 2013.
- NEGRI, A. *Insurgencies. Constituent Power and the Modern State*. Minneapolis e Londres: University of Minnesota Press, 1999.
- NINO, C. S. El concepto de poder constituyente originario y la justificación jurídica. In: BULYGIN, E.; FARRELL, M. D.; NINO C. S., RABOSSI, E. *El lenguaje del derecho: homenaje a Genaro R. Carrió*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1983.
- O'DONOGHUE, A. *Constitutionalism in Global Constitutionalisation*. Cambridge: Cambridge University Press,

2014.

OKLOPCIC, Z. Three arenas of struggle: A contextual approach to the constituent power of 'the people'. *Global Constitutionalism*, v. 3, n. 2, 2015.

OKOTH-OGENDO, H. Constitutions Without Constitutionalism: An African Paradox. In: GREENBERG, D.; KATZ, S. N.; WHEATLEY, S. C.; OLIVIERO, M. B. (eds.), *Constitutionalism and Democracy: transitions in the contemporary world*. Oxford: Oxford University Press, 1993.

PARLETT, W. The Dangers of Popular Constitutional Making. *Brooklyn Journal of International Law*, v. 38, n. 1, 2012.

RAMÍREZ CLEVES, G. A. *Límites de la reforma constitucional en Colombia: el concepto de constitución como fundamento de la restricción*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2005.

RAMÍREZ CLEVES, G. A. El control material de las reformas constitucionales mediante acto legislativo a partir de la jurisprudencia establecida en la Sentencia C-551 de 2003. *Revista de Derecho del Estado*, n. 18, 2006.

RAZ, J. Can There Be a Theory of Law?. In: GOLDING, M. P.; EDMUNDSON, W. A. *The Blackwell Guide to the Philosophy of Law and Legal Theory*. Oxford: Blackwell, 2005.

REINER, G. Models of Institutional Control: The Experience of Islamic Countries. In: GROTE, R.; RÖDER, T. (eds.). *Constitutionalism in islamic countries: between upheaval and continuity*. Oxford: Oxford University Press, 2012.

RÖDER, T. J. The Separation of Powers in Muslim Countries: Historical and Comparative Perspectives. In: GROTE, R.; RÖDER, T. J. (eds.). *Constitutionalism in Islamic Countries: between upheaval and continuity*. Oxford: Oxford University Press, 2012.

ROSS, A. *On Law and Justice*. Berkeley: University of California Press, 1959.

ROSS, A. On Self-Reference and a Puzzle in Constitutional Law. *Mind*, v. 78, n. 309, 1969.

ROUGHAN, N. *Authorities. Conflicts, Cooperation and Transnational Legal Theory*. Oxford: Oxford University Press, 2013.

ROZNAI, Y. The Theory and Practice of 'Supra-Constitutional' Limits on Constitutional-Amendments. *International and Comparative Law Quarterly*, v. 62, n. 3, 2013.

ROZNAI, Y. The Spectrum of Constitutional Amendment Powers, In: ALBERT, R.; *Xenophon Contiades y Alkeme Fotiadou, The Foundations and Traditions of Constitutional Amendment*. Oxford: Hart Publishing, 2017.

SAUNDERS, C. Separation of Powers and the Judicial Branch. *Judicial Review*, v. 11, n. 4, 2006.

SCHMITT, C. *Verfassungslehre*. 5. ed. Berlin: Duncker & Humblot, 1970.

SEARLE, J. *Speech Acts: An Essay in the Philosophy of Language*. Cambridge: Cambridge University Press, 1969.

SEARLE, J. *The Construction of Social Reality*. Nova York: Simon & Schuster, 1995.

SEARLE, J. What is an Institution? *Journal of Institutional Economics*, v. 1, n. 1, 2005.

SEARLE, J. *Making the Social World*. Oxford: Oxford University Press, 2010.

SEARLE, J.; VANDERVEKEN, D. *Foundations of Illocutionary Logic*. Cambridge: Cambridge University Press, 1985.

SELZNICK, P. American Society and the Rule of Law. *Syracuse Journal of International Law and Commerce*, v. 33, 2005.

Sentencia 138, 9 de noviembre (Corte Suprema de Justicia de Colombia 1990).

- SHAPIRO, S. *Legality*. Cambridge Mass: Belknap Press of Harvard University Press, 2011.
- SHAPIRO, S. Authority. In: SHAPIRO, S.; COLEMAN, J. (eds.), *The Oxford Handbook of Jurisprudence and Philosophy of Law*. Oxford: Oxford University Press, 2002.
- SHOR, M. The Once and Future Democracy: Argentina at the Bar of Constitutionalism. In: GALLIGAN, D. J.; VERSTEEG, M. (eds.). *Social and Political Foundations of Constitutions*. Cambridge: Cambridge University Press, 2013.
- SIEYÈS, E.-J. *Qu'est-ce que le Tiers-Etat?* Paris: Pagnerre: Pagnerre, 1839.
- SOTO BARRIENTOS, F. Asamblea Constituyente: La experiencia latinoamericana y el actual debate en Chile. *Estudios Constitucionales*, v. 12, n. 1, 2014.
- STACEY, R. Constituent Power and Carl Schmitt's Theory of Constitution in Kenya's Constitution-Making Process. *International Journal of Constitutional Law*, v. 9, n. 3-4, 2011.
- STONE, A. Australia's Constitutional Rights and the Problem of Interpretive Disagreement. *Sydney Law Review*, v. 27, 2005.
- TAMANAH, B. *On the Rule of Law: history, politics, theory*. Cambridge: Cambridge University Press, 2004.
- THIO, L.A. Constitutionalism in Illiberal Politics. In: ROSENFELD, M.; SAJÓ, A. (eds.). *The Oxford Handbook of Comparative Constitutional Law*. Oxford: Oxford University Press, 2012.
- TUOMELA, R. *The Philosophy of Social Practices: A Collective Acceptance View*. Cambridge: Cambridge University Press, 2002.
- TUOMELA, R. *The Philosophy of Sociality*. Oxford: Oxford University Press, 2007.
- TURNER, C. Transitional Constitutionalism and the Case of the Arab Spring. *International and Comparative Law Quarterly*, v. 64, n. 2, 2015.
- TUSHNET, M. Authoritarian Constitutionalism. Some Conceptual Issues. In: GINSBURG, T.; SIMPSON, A. *Constitutions in Authoritarian Regimes*. Cambridge: Cambridge University Press, 2013.
- TUSHNET, M. Peasants with pitchforks, and toilers with Twitter: Constitutional revolutions and the constituent power. *International Journal of Constitutional Law*, v. 13, n. 3, 2015.
- VENEZUELA, Suprema Corte. *Sentença nº 17*. Data de julgamento: janeiro de 1999. SUPREMA CORTE DA VENEZUELA. Vicepresidente del Congreso de la Republica vs Asamblea (Decreto 25-8-99). Data de Julgamento: 14 out. 1999.
- VENN, A. *Introduction to the Study of the Law of the Constitution*. Londres: Macmillan, 1939.
- WALDRON, J. Constitutionalism: a Skeptical View. In: CHRISTIANO, T.; CHRISTMAN, J. (eds.). *Contemporary debates in political philosophy*. Oxford: Wiley-Blackwell, 2009.
- WALDRON, J. A Rights-Based Critique of Constitutional Rights. *Oxford Journal of Legal Studies*, v. 13, n. 1, 1993.
- WALKER, G. The Idea of Nonliberal Constitutionalism. In: SHAPIRO, I.; KYMLICKA, W. (eds.). *Ethnicity and Group Rights*. Nueva York: NYU Press, 1997.
- ZACHARY ELKINS, T. G; BLOUNT, J. Does the Process of Constitution-Making Matter? *Annual Review of Law and Social Science*, v. 5, n. 5, 2009.
- ZHANG, Q. A constitution without constitutionalism? The paths of constitutional development in China. *International Journal of Constitutional Law*, v. 8, n. 4, 2010.

Para publicar na revista Brasileira de Políticas Públicas, acesse o endereço eletrônico [www.rbpp.uniceub.br](http://www.rbpp.uniceub.br)  
Observe as normas de publicação, para facilitar e agilizar o trabalho de edição.