

O PODER CONSTITUINTE ORIGINÁRIO, E SUAS LIMITAÇÕES EM FACE DOS DIREITOS HUMANOS E DO DIREITO INTERNACIONAL

Bruno Cardenal Castilho (IC) e Antonio Isidoro Piacentin (Orientador)

Apoio: PIBIC Mackenzie

RESUMO

O poder constituinte originário emerge como um dos grandes elementos teóricos que compõem as bases do Estado moderno. Tal teoria se predispõe a estabelecer balizas que explicam a criação, legitimidade e limitação das sociedades políticas, após a revolução francesa. Diante de tal quadro fático, imperioso analisar profundamente como tal criação teórica se desenvolve na dialética política-jurídica moderna, e de que maneira tal poder pode ser viabilizado e legitimado, após os giros paradigmáticos que ocasionaram o surgimento do Estado contemporâneo; tendo a proteção dos direitos Humanos como finalidade máxima. Para a realização de tal desafio, utilizou-se da análise bibliográfica especializada, onde se buscou a resposta para a indagação referente a possibilidade de se encontrar limitações a atuação moderna do poder constituinte. O desenvolvimento argumentativo da exposição, teve como metodologia condutora a dialética-indutiva, uma vez que foram estudados fenômenos complexos em desenvolvimento, e autônomos entre si, a partir de uma análise de informações previamente assumidas, com uma conclusão possível. Tal conclusão obtida, foi a de que os direitos Humanos, bem como o direito internacional limitam juridicamente a atuação de tal poder político. Concomitantemente, as bases do Estado moderno: povo, território, soberania e finalidade, consubstanciam-se em uma limitação teleológica à dita construção teórica. Para demonstrar os pontos mencionados, percorreu-se um caminho que traça o desenvolvimento histórico do conceito chave do trabalho, bem como sua relação de subordinação ao desenvolvimento dos direitos universais, ao direito internacional e aos elementos do Estado, chegando-se a resposta das indagações.

Palavras-chave: Poder constituinte. Direito Constitucional. Limitações.

ABSTRACT

The originating constituent power becomes as one of the great theoretical elements which form the basis of the modern state. Such theory predisposes to establish goals that explain the creation, legitimacy and limitation of political societies after French Revolution. Faced with such a fact, it is imperative to analyze deeply how such theoretical creation develops from the modern political-juridical dialectic, and in what way such power can be made feasible and legitimized, after the paradigmatic twists that led to the emergence of the contemporary state, having the protection of human rights as the ultimate goal. For the accomplishment of such challenge, a specialized bibliographic analysis was used, where there was searched the

answer to the question regarding the possibility of finding limitations to the modern performance of the Constituent Power. The argumentative development of the exposition had as a conductive methodology the dialectic-inductive, since complex phenomena in development, and autonomous ones, were studied from an analysis of previously assumed information, with a possible conclusion. Such a conclusion was that Human Rights as well as International Law legally limit the performance of such political power. At the same time, the foundations of the modern state: people, territory, sovereignty and purpose, consubstantiate a teleological limitation to such theoretical construction. In order to demonstrate the points advanced, a way was coursed that traces the historical development of the key concept of that research, as well as its relation of subordination to the Human Rights development, to International Law and to the elements of the State, achieving the answer of the questions.

Keywords: Constituent power. Constitutional law. Limitations.

1. INTRODUÇÃO

O constitucionalismo moderno é dotado de uma série de conceitos e instituições que, apesar de sua pouca aplicabilidade legal, constituem parte importante do corpo teórico que estrutura a teoria constitucional contemporânea.

Tais conceitos abstratos possuem papel fundamental na racionalização e legitimação do Direito, enquanto produto intelectual humano e sua concepção do justo.

Dentro dos parâmetros estabelecidos, insere-se a discussão moderna das características e da amplitude do poder constituinte, em especial o originário, e sua importância temática no contexto dos Estados de direito hodiernos.

Nota-se no atual momento histórico, o aprofundamento do estudo acerca da aplicabilidade jurídica fática do poder constituinte resulta em uma correlação direta com a defesa das democracias ocidentais, que se encontra sob ataque em países como Venezuela e Nicarágua, organizando-se sob a égide da limitação do poder político e respeito aos direitos individuais, sendo a proteção integral aos direitos reconhecidamente universais, o fim máximo do Estado na acepção jurídica predominante.

Essa correlação tão estreita se deve ao fato de que a doutrina do poder constituinte é o instrumento construído atualmente para legitimar e estruturar a organização política do Estado, sendo indispensável o reconhecimento de sua importância para a análise do direito em sua dimensão positiva.

A partir das perspectivas expostas será realizado um trabalho com o intuito de defender a tese de que o poder constituinte contemporâneo deve ser atualizado em determinados quesitos, em especial sua amplitude, posto que as finalidades do Estado e as principais concepções jurídicas dominantes foram profundamente alteradas desde a revolução francesa, principalmente após a segunda guerra mundial, e que a redefinição paradigmática de determinados conceitos da teoria clássica tem como escopo revitalizar a aceitação e aplicação da noção de poder constituinte como fonte de soberania e construção de uma sociedade autônoma e democrática.

2. DESENVOLVIMENTO DO ARGUMENTO

A. HISTÓRIA DO PODER CONSTITUINTE

A doutrina aqui analisada possui sua essência teórica ancorada à ideia de Estado de Direito, proveniente das reflexões e aspirações oriundas da revolução francesa (MENDES, BRANCO, 2016). Apesar de sua estruturação formal ocorrer apenas a partir do século XVIII (dezoito), é de fácil percepção que sua construção se alicerça em um paulatino

desenvolvimento histórico, que agrega valores e conquistas de diversas épocas, para ganhar corpo teórico no ápice da revolução francesa.

Dentro desse parâmetro, tal doutrina surge preponderantemente para legitimar a estruturação e formação do poder político moderno, com base na soberania popular e no conceito de nação, por meio das constituições escritas como principal documento idealizador de tais finalidades (BONAVIDES, 2015).

Obviamente que para se chegar ao núcleo duro do conceito e função do poder constituinte, houve, conforme citado, um processo histórico acumulativo, que teve início nas civilizações antigas como a exemplo de Atenas.

Aristóteles em seu livro “Política” já fazia uma distinção curiosa sobre dois tipos de leis existentes na polis: as leis estruturantes e leis ordinárias, sendo as primeiras superiores em relação às segundas e também em relação às deliberações da magistratura da época (FERREIRA FILHO, 1999). Nota-se aqui uma clara distinção em relação ao peso das leis em função do papel social que desempenha, sendo o cumprimento das leis estruturantes exigíveis por todos os cidadãos em face dos poderes instituídos por tais leis. A despeito do embrião da distinção de leis constituintes e leis constituídas encontrarem seu repouso neste momento histórico, é necessário frisar que não houve, por parte dos Atenienses, qualquer tipo de tentativa de explicações em relação a tal sopesamento existente na administração cotidiana da polis (FERREIRA FILHO, 1999).

Seguindo a linha histórica, passamos para a França onde houve o surgimento de uma doutrina conhecida como “doutrina das leis fundamentais do reino”, desenvolvida no período monárquico. Ela propunha a existência de leis que se faziam superiores às demais e inclusive ao próprio monarca.

Interessante notar que a tese trazida introduziu ao debate acadêmico duas características de grande peso: a primeira delas diz respeito à noção de leis fundamentais ou distintas como função limitadora do poder político, então representada pela figura do Rei; a segunda contribuição diz respeito ao desenvolvimento de um raciocínio referente à possibilidade de mudar as conhecidas leis fundamentais apenas mediante processo especial (na época a reunião dos estados gerais¹), que atualmente se reveste pela terminologia de rigidez constitucional (FERREIRA FILHO, 1999).

¹ Era um órgão político consultivo e deliberativo existente na França, durante o regime absolutista, composto por representantes dos três estamentos sociais: nobreza, clero e povo. Tinha o intuito de aconselhar o rei quando convocado, e em geral, se formava e deliberava em épocas de profunda crise, em especial, crises fiscais.

Sem embargo, foi efetivamente a partir das teses do contrato social que surgiram no século XVI (dezesseis) que a doutrina do poder constituinte efetivamente passou a ganhar um corpo teórico melhor delineado. Isso porque as contribuições intelectuais até então se resumiam ao estabelecimento de leis com finalidades distintas, além de uma leve orientação das mesmas como instituto limitador. Contudo, foi a partir das colocações contratualistas que fatores como a fonte da formação da sociedade, sua legitimidade e sua função passaram efetivamente a serem discutidas. Estabelece-se claramente uma inversão sob o prisma pelo qual as questões eram postas, passando os intelectuais a se preocuparem mais com elementos teóricos de legitimação do poder político, do que propriamente o poder em si.

O contratualismo assevera que as sociedades modernas se estruturavam sob a premissa de um pacto social, que decorria do acordo convergente de vontade das pessoas até então livres em seu estado de natureza, que se solidificava pelo contrato estabelecido por livre vontade. Notório o fato de que a doutrina analisada rompia com o até então pensamento predominante de sociabilidade natural proveniente de Aristóteles.

Porém importante frisar que, as teses contratuais possuíam um âmbito de concordância limitado, sendo os motivos e consequências, às diferenças de maior importância estabelecidas por seus principais pensadores: Hobbes, Locke e Rousseau.

Hobbes partia do pressuposto de que o homem vivia em constante guerra em seu estado de natureza, sendo necessário o estabelecimento de uma sociedade que tivesse em seu contrato social a função primordial de gerar proteção (MORRISON, 2012). Obviamente a noção política de Hobbes era amplamente influenciada pelo contexto político da época, o absolutismo.

Locke por outro lado, aduzia que o ser humano necessitava da sociedade como forma de garantir a proteção de seus direitos naturais, mesmo que para alcançar tal finalidade ele tivesse que abrir mão de parcela de seus direitos no caminho, para possibilitar a boa convivência, sendo a lei o instrumento apto para efetuar tais restrições (FERREIRA FILHO, 2007). Já é possível visualizar uma mudança drástica de paradigma em relação ao estado natural do homem e sua finalidade em Locke.

Não obstante é efetivamente em Rousseau que a teoria do contrato social adquiriu uma aproximação maior do que seria produzido posteriormente por Abade Sieyès. Isso pelo fato de o contratualista entender que o pacto social ocorria para que a população condicionasse seus direitos naturais à disposição da vontade geral, e na criação não apenas da sociedade, mas também do governo, exercido pela soberania popular (MORRISON, 2012).

Na esteira histórica de Rousseau, Abade Sieyès no século XVIII (dezoito), no ápice da revolução francesa, constrói uma teoria em seu livro “Que é o Terceiro Estado?”, onde o mesmo defende que uma constituição escrita deve ter como premissa um poder que derive diretamente da soberania popular, que pertenceria ao ente abstrato nação. Tal poder seria autoridade máxima constitucional, responsável por elaborar tal documento, e conceber as estruturas e limitações do poder político.

Sieyès chama tal fenômeno popular de poder constituinte originário, que seria o legitimador social da constituição estabelecida, responsável por delimitar o pacto político que iria vigorar para todos os cidadãos franceses.

O poder constituinte originário, na concepção do autor, seria o marco inicial de todo o ordenamento jurídico e construção política, e como manifestação soberana do Estado, não podendo ser condicionado por nenhuma outra força política ou jurídica pré-existente a ele.

Daí se falar em inicialidade e incondicionalidade ao se tratar das principais características do poder constituinte.

Contudo o aspecto mais interessante e que será abordado adiante por conta de sua importância prática para a aplicabilidade do poder constituinte no dia-dia jurídico, será a noção introduzida por Sieyès e mantida intacta até hoje de que o poder constituinte por conta de ser expressão máxima e soberana não possuía limitações em relação à amplitude de sua atuação, com exceção dos direitos naturais (FERREIRA FILHO, 2012).

Essa noção ilimitada traz problemas práticos com a evolução do direito constitucional moderno, que se pauta pelo estabelecimento de limitações políticas e respeito aos direitos Humanos, o que por decorrência lógica não se coaduna com a noção de despotismo político, mesmo que em nome da soberania.

Dentro de tal conceituação histórica é que os desenvolvimentos da teoria do Estado moderno, do direito internacional e dos direitos Humanos, surgirão como balizadores para uma redefinição paradigmática dos parâmetros hermenêuticos, que deverão ser colocados na balança ao se analisar a atuação do poder constituinte originário nos estados contemporâneos.

B. AS LIMITAÇÕES DO PODER CONSTITUINTE ORIGINÁRIOS EM FACE DOS DIREITOS HUMANOS

Conforme já analisado na introdução do presente trabalho, o poder constituinte originário é uma noção intelectual desenvolvida no seio da revolução francesa como forma de institucionalização do poder político por parte da burguesia, que havia catalisado toda a

ruptura institucional. Por conta disso, Sieyès entendia que tal fenômeno não tinha limites, por ser expressa manifestação da soberania popular, conforme conhecida formula de Rousseau.

Sem embargo, quando se fala em exercício de poder político sem limitações no mundo jurídico contemporâneo, é necessário se ter parcimônia em razão de uma série de aspectos históricos que redefiniram completamente o prisma ético pelo qual o direito passou a ser analisado.

Quando a doutrina do poder constituinte foi elaborada, o próprio Sieyès admitia em seu trabalho inicial a possibilidade de limitações do poder constituinte originário em face dos direitos naturais (FERREIRA FILHO, 1999). Isso era devido preponderantemente à ideia da época de que determinados direitos estariam intrinsecamente ligados a própria essência do ser humano e que nem mesmo o fenômeno máximo que cria a constituição poderia atentar contra eles. No mundo contemporâneo tal raciocínio jurídico permanece em vigor, tendo apenas mudado o parâmetro de controle das ações políticas do poder constituinte originário, que deixou de ser os antigos direitos naturais, e passou a ser a noção moderna de direitos Humanos. Isso se deve ao fato de que os atuais direitos Humanos nada mais são do que uma decorrência lógica dos direitos naturais, adaptadas para a concepção jurídica dominante no pós-guerra. É dentro de tal revolução, que os direitos humanos passam sistematicamente a exercer uma função limitadora, que terá sua legitimidade analisada a seguir.

I. A FUNDAMENTAÇÃO DA NATUREZA DO PODER CONSTITUINTE

O poder constituinte originário é um evento político e jurídico que institui o Estado por meio da criação de um ordenamento constitucional. Nesse aspecto conforme definição de Tatiana Del Giudice Cappa Chiaradia:

A teoria do Poder Constituinte é uma doutrina de legitimação do poder, decorrente da nova forma de manifestação do poder político, fundado na soberania nacional e popular, e surgida depois dos movimentos históricos e revolucionários do século XVIII descritos anteriormente (pág. 156, 2009).

Sendo assim a teoria do poder constituinte possui sua natureza assentada na razão humana (CHIARADIA, 2009), sendo produto da necessidade política de criar mecanismos que deem legitimidade ao exercício da soberania de cada nação.

Entretanto, é importante observar algo que o próprio Rousseau já analisava; a soberania é um exercício de autodeterminação de uma comunidade politicamente organizada. Por conta disso, a soberania deve sempre agir segundo o melhor interesse da comunidade.

E é justamente nesse ponto que a presente argumentação irá focar: sendo a natureza do poder constituinte a própria razão humana, e sendo sua finalidade a legitimação do poder

político e soberania nos Estados modernos, a noção idealizada por Rousseau de “melhor interesse da comunidade” passa pela noção moderna de direitos Humanos.

II. DIREITOS HUMANOS COMO FUNDAMENTO ÉTICO DAS SOCIEDADES MODERNAS

Os direitos Humanos são um conjunto de normas com o intuito de proteger o indivíduo enquanto cidadão universal (BOBBIO, 2004). O conjunto de normas que compõe tal paradigma é decorrente de diretrizes oriundas de um processo de afirmação histórica (COMPARATO, 2005) provenientes das experiências vividas pela humanidade, em especial no pós-guerra.

A historicidade dos direitos Humanos é proveniente da dialética entre desenvolvimento econômico, social e rupturas institucionais, e tem como função a limitação do poder político e a reafirmação da dignidade da pessoa humana com fim máximo dos Estados modernos (FERREIRA FILHO, 2012).

Em síntese, a noção de direitos Humanos surge das tragédias da primeira e segunda guerra mundial, em especial os acontecimentos do Holocausto, que geraram na comunidade internacional uma sensibilização quanto à necessidade de se instituir normas mínimas e universais que possibilitassem a integração jurídica do gênero Humano sob uma perspectiva uniforme de garantias que oportunizassem o respeito à dignidade humana, sendo dessa forma os direitos Humanos, uma noção universal do justo e ideal proposto pela comunidade internacional após as experiências históricas da humanidade.

Em razão de tal raciocínio, é possível remeter ao ponto exposto anteriormente. O melhor interesse da comunidade, conforme Rousseau, tal qual a soberania se sujeita, pode ser entendido atualmente como a proteção dos direitos Humanos, sendo por isso, uma limitação ao exercício da soberania e consequentemente do exercício do poder constituinte nas comunidades políticas modernas.

III. A FUNDAMENTAÇÃO DOS LIMITES TRANSCEDENTES DO PODER ORIGINÁRIO

O autor português Jorge Miranda já levantou a possibilidade de limitação do poder constituinte originário em razão dos direitos naturais, e dos valores éticos, chamando-os de limitações transcendentais (MIRANDA, 2015).

Tais limitações nada mais são do que os argumentos acima deduzidos.

Os direitos naturais e a ética, formam um conjunto que idealizou a noção moderna de direitos humanos.

Nas palavras de Fábio Konder Comparato:

Os direitos Humanos em sua totalidade- não só os direitos civis e políticos, mas também os econômicos, sociais e culturais; não apenas os direitos dos povos, mas ainda os de toda a humanidade, compreendida hoje como novo sujeito de direitos no plano mundial- representam a cristalização do supremo princípio da dignidade da pessoa humana (Pag. 623, 2011).

Por conta disso os direitos Humanos podem ser concebidos como a nova fonte transcendente de limitação ao poder constituinte originário, uma vez que, sendo ele o imperativo ético máximo no mundo jurídico contemporâneo a ser respeitado, além de ser delineado como a concepção máxima de respeito aos povos, atuará como fonte material de limitação ao poder soberano da própria comunidade.

IV. A LIMITAÇÃO DO PODER CONSTITUINTE PELOS DIREITOS HUMANOS COMO FUNDAMENTO LÓGICO DO EXERCÍCIO DO PODER POLÍTICO

Nos tópicos anteriores foi abordada a questão exclusiva pertinente aos Direitos Humanos como fonte material de limitação. Contudo cabe ainda um segundo raciocínio pertinente ao tema.

Os estados modernos que surgem com o advento da revolução francesa, têm como pressupostos filosóficos básicos a ideia de limitação do poder político (FERREIRA FILHO, 2012), fato que pode ser vislumbrado com a adoção de constituições escritas e do modelo baseado na separação dos poderes, que deu origem ao período jurídico conhecido como liberal.

Foi exatamente nessa esteira de eventos históricos que a doutrina do poder constituinte originário surge, como maneira de legitimar o poder soberano do estado, conforme já analisado.

Seria de uma completa desconexão com a realidade, partindo desses fatos, presumir que o poder constituinte é efetivamente sem limitações. Se o fundamento filosófico do poder constituinte surge em um período que tinha como principal bandeira o combate ao despotismo político, a própria essência do poder constituinte está condicionada a uma interpretação histórica de tal contexto, bem como teleológica.

É de tamanha irracionalidade presumir que o poder constituinte possui um poder sem limitações, sendo que sua própria criação deriva de uma noção de poder político respaldado por limites.

Se a finalidade máxima do poder constituinte é a criação de um Estado limitado e racionalizado, ele próprio está condicionado aos exatos mesmos termos, ou seja, a sua finalidade o sujeita a uma condição de limitação, sob pena de seu exercício configurar um

autêntico desvio de finalidade, conforme a doutrina jurídica atual cunha alguns atos administrativos.

Seguindo tal corrente Canotilho anota que:

A doutrina actual rejeita esta compreensão. Desde logo, se o poder constituinte se destina a criar uma constituição concebida como organização e limitação do poder, não se vê como esta “vontade de constituição” pode deixar de condicionar a vontade do criador (Pag. 81, 2003).

Se o poder constituinte existe para legitimar a soberania popular como fonte de criação do estado moderno, impossível pré-conceber tal fenómeno como autorizado de realizar atos que importem em atentar contra o próprio povo que o exerce. Com isso se conclui que sua finalidade deve respeitar sua própria função, na criação de um estado que respeite e garanta a execução integral dos direitos Humanos como padrão ético mínimo para a preservação da dignidade da pessoa humana.

C. AS LIMITAÇÕES DO PODER CONSTITUINTE ORIGINÁRIO EM FACE DO DIREITO INTERNACIONAL

Conforme explana Hee Moon Jo:

O termo “direito internacional” (international law) foi utilizado pela primeira vez por Jeremy Bentham, em 1789, em seu livro “Introduction to the Principles of Morals and Legislation”, onde o autor provavelmente procurou precisar o termo “Law of nations”, usado até então (Pag. 39, 2004).

O autor prossegue usando a definição de Celso Mello para conceituar o direito internacional moderno como: “o conjunto de regras que determinam os direitos e os deveres respectivos do Estado nas suas relações mútuas (Fauchile) (MOON JO, pag. 40, 2004)”.

O direito internacional durante um logo período, de domínio positivista, foi entendido como meramente o direito regulatório dos Estados como sujeitos internacionais. Contudo, após a primeira guerra mundial se iniciou um processo lento de transição, que paulatinamente introduziu ao plano internacional uma serie de sujeitos novos, capazes de possuírem personalidade legal internacional (MOON JO, 2004).

Em última análise, o direito internacional é o ramo que regula as relações entre os Estados e outras entidades com personalidade jurídica internacional, visando à cooperação, desenvolvimento e manutenção da paz.

O principal meio pelo qual os Estados impõem e aceitam obrigações no plano internacional, são os tratados internacionais, que podem ser definidos nas palavras de Hee Moon Jo como “um acordo internacional celebrado por escrito entre Estados e regidos pelo DI, quer inserido num único instrumento, quer em dois ou mais instrumentos conexos, e qualquer que seja a sua designação específica (MOON JO, pag.86, 2004)”.

Por conta disso, uma vez que o Estado em questão celebre um tratado internacional, tal instrumento passa a possuir força normativa de lei para o respectivo Estado, o obrigando no plano internacional a seu cumprimento.

Esta constatação é de fundamental importância para a tese aqui trabalhada.

I. TRATADOS INTERNACIONAIS COMO FONTES DE LIMITAÇÃO DE SOBERANIA

Originalmente, o poder constituinte foi concebido como sem limitações jurídicas, uma vez que representava a manifestação máxima da soberania popular na criação de um Estado (FERREIRA FILHO, 1999), contudo é importante frisar a finalidade última do poder constituinte.

A doutrina criada por Seiyès é tida como uma tese de legitimação do poder político, responsável por delimitar e criar as bases do Estado moderno, no entanto a própria noção de Estado precede o fenômeno jurídico-político do poder constituinte.

O poder constituinte originário não é responsável pela criação do Estado na sua acepção clássica, mas apenas a criação dos moldes políticos e jurídicos por meio do exercício da soberania popular. Posto isso, é necessário antever que o Estado, enquanto sujeito de direitos no plano internacional, independe do fenômeno constituinte interno que o estrutura.

Se o raciocínio acima for aceito, é necessário admitir que uma vez que o Estado tenha se obrigado a realizar determinados atos no plano internacional, tais obrigações se impõem ao ente, independente do fenômeno constituinte e suas opções políticas.

Isso pode ser vislumbrado no pensamento de vários autores, como Canotilho que escreve ao tratar das limitações do poder constituinte, que ele, “Encontra-se vinculado a princípios de direito internacional (princípio da independência, princípio da autodeterminação, princípio da observância dos direitos humanos) (CANOTILHO, pag. 81, 2003)”.

Seguindo a mesma linha de raciocínio, outro autor português, Jorge Miranda, aduz em seus escritos que uma das limitações possíveis para a atuação do poder constituinte é chamada de limites heterônomos e são oriundos de outros ordenamentos jurídicos, sendo em princípio os *jus cogens* e regras ou atos de direito internacional, sua principal fonte de limitação.

O autor conceitua com brilhantismo que:

Limites heterônomos de Direito Internacional, com carácter especial, são os que correspondem às limitações do conteúdo da Constituição por virtude de deveres assumidos por um Estado para com outros ou outros Estados ou para com a comunidade internacional no seu conjunto (MIRANDA, pag. 238, 2015).

Note-se que a limitação proposta por Miranda possui uma abrangência e objetividade maior que a de Canotilho, por conta disso entendemos que a razão esteja com o Mestre de Lisboa, posto que as obrigações de direito internacional atinjam ao Estado como pessoa jurídica autônoma, e não aos seus cidadãos, e que os tratados são instrumentos passíveis de gerar obrigações em relação ao plano internacional, atuando como limitadores de soberania dos Estados e, conseqüentemente, possuindo o condão de condicionar a atuação do poder constituinte, uma vez que tais obrigações são assumidas pelos Estados enquanto entes supra individuais. Com isso se conclui que os tratados condicionam o direito constitucional interno, criado pelo constituinte, a exemplo do que ocorre com os direitos Humanos.

Tal influencia recíproca entre o direito internacional e a constituição interna, pode ser avaliada pelas conclusões de Néstor Pedro Sagüés:

Paralelamente, el derecho internacional público también condiciona hoy al derecho constitucional. Así, por ejemplo, um instrumento como el Pacto de San José da Costa Rica (Convención Interamericana de Derechos Humanos) impede, en tanto no sea denunciado, que el Estado signatário desconozca em su constitución (o em el resto del derecho interno) los derechos que proclama dicho Pacto (Pag. 41-42, 2001)².

Com isso conclui-se que o direito internacional, enquanto propulsor de obrigações para os Estados por meio de tratados internacionais, atua como fonte material de restrição do poder constituinte, impondo a este último a necessidade de observância dos preceitos legais assumidos pelo Estado em relação à comunidade internacional.

Um claro exemplo de tratado internacional apto a limitar a atuação do poder constituinte, é a Declaração Universal dos Direitos Humanos, que se torna documento hábil para suscitar o princípio do não retrocesso em temas de Direitos Humanos, impondo aos Estados sua observância, mesmo após novo processo constituinte.

D. A LIMITAÇÃO DO PODER CONSTITUINTE ORIGINÁRIO EM FACE DA CONSTITUIÇÃO E DAS FINALIDADES DO ESTADO MODERNO

Uma vez que tenha sido trabalhada a noção de limitação ao poder constituinte em razão dos direitos Humanos e do direito internacional, é necessário retroceder ao núcleo duro dos Estados modernos para consolidar a tese de limitação aqui proposta. Não basta assumir que os imperativos éticos da noção moderna de direitos Humanos e a normatividade de tratados internacionais aos Estados são as únicas fontes a serem observadas na criação e modulação das constituições internas, mas também a própria essência dos Estados e suas

² Paralelamente, o direito internacional público também condiciona todo o direito constitucional. Assim, por exemplo, um instrumento como o Pacto de San José da Costa Rica (Convención Interamericana de Derechos Humanos) impede, contanto que não seja denunciado, que o Estado signatário não reconheça em sua constituição (como no resto do direito interno) os direitos que proclama nesse Pacto.

características principais atuam como parâmetro de controle para as atuações do poder constituinte a todo o momento, garantido seu exercício legítimo.

I. CONCEPÇÃO DO ESTADO MODERNO

A expressão “Estado” aparece pela primeira vez no livro de Maquiavel, O Príncipe, passando a ser associada às cidades estados da época. Contudo tal conceito sofreu uma evolução histórica, até ter sua acepção moderna consolidada no século XVI, para definir uma sociedade política possuidora de características próprias (DALLARI, 2015).

Dentre as teorias que explicam a criação do Estado, aquela que possui a maior relevância para o tema aqui tratado é sem sombra de dúvida a contratual, com seus expoentes mais importantes como Locke, Hobbes e Rousseau.

O fato determinante, é que independente da teoria que se utilize para explicar a sua criação, os autores em geral conceituam quatro elementos indispensáveis para que se possa reconhecer a existência de uma sociedade política organizada.

Tais elementos são: povo, território, soberania e finalidade. (DALLARI, 2015).

Eles se relacionam de uma maneira a garantir que o Estado possua um povo que o estruturara, em um determinado território e que possuam capacidade e autonomia de se governarem livremente, não tendo suas decisões políticas amarradas a nenhuma vontade exterior ao corpo social.

É com base nesses quatro elementos que o Estado moderno se consolida e, a partir do fenômeno do poder constituinte, passa a se organizar politicamente e juridicamente.

É exatamente esse ponto de confluência entre os elementos do Estado e sua organização em um corpo político e jurídico pelo poder constituinte que deve ser observado.

Como já foi dito anteriormente, o poder constituinte não cria os Estados, mas apenas os estrutura, ou seja, atua como um preenchimento político de maneira a garantir estabilidade social. Com isso é de notória obviedade que o poder constituinte se submete aos elementos do Estado, que o precede e direciona sua finalidade. Aqui se encontra o núcleo do raciocínio pertinente à limitação trabalhada.

Se os elementos do Estado logicamente precedem o poder constituinte e são necessários para sua manifestação, uma vez que o poder constituinte só ocorre em um Estado formado, é necessário entender que o próprio poder constituinte deve balizar suas ações políticas para garantir e preservar os elementos mais básicos que compõem tal sociedade.

É notório que o poder constituinte possui, de fato, uma clara limitação, não podendo abrir mão ou lesar as noções de soberania, povo e território, sob pena de extinguir o próprio Estado e consequentemente seu local de atuação.

O autor português, Jorge Miranda, conceitua tais limites como Imanentes e diz:

[...] decorrem da noção e do sentido do poder constituinte formal enquanto poder situado, que se identifica por certa origem e finalidade e se manifesta em certas circunstâncias; são os limites ligados à configuração do Estado à luz do poder constituinte material ou à própria identidade do estado de que cada Constituição representa apenas um momento da marcha histórica. E compreendem limites que se reportam a soberania do Estado e, de alguma maneira (por vezes), à forma de Estado, bem como limites atinentes à legitimidade política em concreto (Pag. 237, 2015).

O raciocínio pertinente ao tema é simples.

Se o poder constituinte tem como pressuposto de existência um Estado no qual ele atua, é inegável que sua essência se condiciona a manutenção do próprio estado.

Por conta disso, o poder constituinte encontrará limitações em face da soberania nacional, território e do povo que compõe o Estado pelo qual ele atua como constituidor da ordem política.

Assim, impensável se torna, por exemplo, a possibilidade de o poder constituinte abrir mão da soberania nacional em seu processo constituinte.

Também não se vislumbra como legítimo que o mesmo poder aqui analisado atente contra o povo que compõe o Estado pelo qual ele atua. Dessa forma, constituições segregacionistas, por exemplo, estariam despidas de sua legitimidade, em função de uma clara opção do constituinte de dividir e estabelecer diferenças raciais para um mesmo povo de um mesmo Estado.

Nesse diapasão, tem-se como norma paradigmática e contestável atualmente, a restrição constitucional brasileira, em face dos analfabetos, constante no art. 14, § 4º da Constituição, que limita injustificadamente a atuação política de tal grupo, violando direitos fundamentais básicos de uma parcela do povo que compõe o Brasil.

A existência de tais normas, mesmo que provenientes do poder constituinte originário deverão ser consideradas inválidas por atentar contra os pressupostos de controle aos quais se submete o poder político instituidor.

Dessa forma, o poder constituinte deverá atuar de maneira a manter a coesão fundamental que sustenta as instituições políticas do Estado moderno.

3. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Em um Estado democrático de direito, se faz de fundamental importância que todos os poderes responsáveis pela organização e manutenção encontrem seus respectivos freios e contrapesos.

A célebre formulação de Montesquieu não deve se deter apenas no que tange a organização do Estado, pelo contrário, deve inundar todos os aspectos da dogmática jurídica.

O poder constituinte não escapa de tal noção.

Estabelecer limitações materiais ou formais ao exercício do poder, mesmo que fruto da soberania e autodeterminação possui uma clara intenção de evitar abusos futuros.

Dentro de tal perspectiva, os direitos Humanos, os tratados internacionais, bem como os elementos do Estado, se tornam parâmetro para a presteza própria que o poder constituinte possui na classe jurídica.

Em razão disso, é necessário concluir que normas constitucionais, mesmo que próprias do constituinte, também possuem um controle externo, devendo ser invalidadas quando contrárias a qualquer um dos interesses aqui presentes.

Atos do poder constituinte que atentem contra as limitações aqui analisadas são nulas. Consequentemente, não possuem o condão de produzir efeitos, e devendo ser invalidadas pelo judiciário em um controle externo, buscando seus fundamentos em questões relativas a tratados, direitos Humanos e teoria do Estado.

Obviamente a noção aqui trabalhada não deve ser banalizada, a ponto da soberania e autodeterminação se tornarem ínfimas.

O que se busca efetivamente com o proposto, é não se permitir maiores interferências indevidas do judiciário na política, mas apenas garantir que todo exercício de poder no Estado de direito encontrará um contraponto valorativo, para a garantia do exercício razoável do poder.

4. REFERÊNCIAS

BOBBIO, Norberto. *A Era dos Direitos*. Tradução Carlos Nelson Coutinho; apresentação de Celso Lafer. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 30. ed. São Paulo: Malheiros, 2015.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7. ed. Coimbra: Almeida, 2003.

CHIARADIA, Tatiana del Giudice Cappa. *A essência do Poder Constituinte*. 2009. 260 f. Dissertação (Mestrado) - Curso de Direito, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2009.

COMPARATO, Fábio Konder. *A Afirmação Histórica dos Direitos Humanos*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

_____. *Ética: direito, moral e religião no mundo moderno*. 2. ed. São Paulo: Companhia das Letras, 2011.

DALLARI, Dalmo de Abreu. *Elementos de Teoria Geral do Estado*. 32. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Direitos humanos fundamentais*. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

_____. *Estado de Direito e Constituição*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

_____. *O Poder Constituinte*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

JO, Hee Moon. *Introdução ao Direito Internacional*. 2. ed. São Paulo: LTr, 2004.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

MIRANDA, Jorge. *Teoria do Estado e da Constituição*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

MORRISON, Wayne. *Filosofia do direito: dos gregos ao pós-modernismo*. 2. ed. São Paulo: Wmf Martins Fontes, 2012.

SAGUÉS, Néstor Pedro. *Elementos de derecho constitucional: tomo I*. 3. ed. Buenos Aires: Astrea, 2001.

Contatos: bcastilho26@gmail.com e antonio.piacentin@mackenzie.br