



ESCOLA DA MAGISTRATURA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

AS (IM)POSSÍVEIS LIMITAÇÕES MATERIAIS AO PODER CONSTITUINTE ORIGINÁRIO:
UMA NECESSÁRIA RELEITURA CONTEMPORÂNEA DE UM CONCEITO OITOCENTISTA

Renata Sabbatino Fernandes Santos

Rio de Janeiro
2020

RENATA SABBATINO FERNANDES SANTOS

AS (IM)POSSÍVEIS LIMITAÇÕES MATERIAIS AO PODER CONSTITUINTE ORIGINÁRIO:
UMA NECESSÁRIA RELEITURA CONTEMPORÂNEA DE UM CONCEITO OITOCENTISTA

Artigo científico apresentado como exigência de conclusão de Curso de Pós-Graduação *Lato Sensu* da Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro.

Professores Orientadores:

Mônica C. F. Areal

Nelson C. Tavares Junior

Ubirajara da Fonseca Neto

Rio de Janeiro
2020

AS (IM)POSSÍVEIS LIMITAÇÕES MATERIAIS AO PODER CONSTITUINTE ORIGINÁRIO: UMA NECESSÁRIA RELEITURA CONTEMPORÂNEA DE UM CONCEITO OITOCENTISTA

Renata Sabbatino Fernandes Santos

Graduada pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Advogada.

Resumo – o Poder Constituinte Originário sempre foi apresentado como sendo ilimitado, incondicional e inicial. Essa ideia é atribuída a Sieyès e surgiu para se contrapor ao Estado Absolutista, que conferia amplos poderes aos governantes. Contudo, mais de duzentos anos se passaram. A sociedade, a cultura, o sistema econômico e os avanços tecnológicos transformaram profundamente o estudo jurídico e, principalmente, o Direito Constitucional. A essência deste trabalho visa analisar a adequação do conceito clássico de Poder Constituinte Originário as demandas da sociedade pós-moderna e as novas tendências sobre o tema.

Palavras-chave – Direito Constitucional. Teoria Geral do Estado. Poder Constituinte Originário.

Sumário – Introdução. 1. Discussões acerca da necessária atualização do conceito clássico de Poder Constituinte Originário. 2. A doutrina contemporânea e os limites imanentes, transcendentais e heterônomos: uma tendência? 3. Da (im)possibilidade de imposição de limites ao Poder Constituinte Originário em decorrência dos Tratados Internacionais. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

A presente pesquisa científica discute a possibilidade de limitação material do poder constituinte originário atualmente dentro de um contexto de globalização e grande importância dos Direitos Humanos e dos Tratados Internacionais que o Estado brasileiro se encontra vinculado. Procura-se demonstrar que o conceito de poder constituinte originário tal qual a doutrina majoritária adota está, em certa medida, defasado.

Para tanto, abordam-se posições doutrinárias e de direito comparado a respeito do tema de modo a conseguir discutir a necessidade de um novo conceito que esteja mais adequado às novas tendências contemporâneas e ocidentais.

A teoria constitucional tem definido o poder constituinte originário como, dentre outras características, absolutamente ilimitado. No entanto, as doutrinas constitucionais contemporâneas, bem como a própria Constituição Federal buscam fortalecer a concepção de Estado Democrático de Direito por meio dos Direitos Humanos e das garantias individuais de modo a consagrar a justiça social em parâmetro mundial.

Desta feita, seria plausível defender, ainda, o Poder Constituinte originário como completamente dissociado de valores relacionados aos Direitos Humanos? Dentro de um sistema jurídico pós-positivista, aceitar que o poder constituinte originário tem o condão de inaugurar qualquer sociedade é, atualmente, adequado?

O tema é controvertido em doutrina e não tem a devida atenção da Academia, uma vez que a instauração de uma nova ordem social não é algo tão frequente.

Para melhor compreensão do tema, busca-se apresentar o conceito de poder constituinte originário clássico e o adotado majoritariamente pela doutrina constitucional brasileira. Posteriormente, faz-se necessário compreender como esse conceito foi alterado nos ordenamentos jurídicos estrangeiros ao longo dos anos, principalmente depois do advento do pós-positivismo. Pretende-se, ainda, despertar a atenção para a possibilidade de limitações materiais previamente estabelecidas como uma alternativa viável para evitar o arbítrio e preservar os ditames de uma justiça social construída em escala mundial por meio do respeito aos Direitos Humanos.

Inicia-se o primeiro capítulo do trabalho apresentando o conceito clássico de poder constituinte originário, bem como questionando se é necessária uma nova abordagem sobre o assunto.

Segue-se ponderando, no segundo capítulo, se é possível encontrar na doutrina a discussão acerca de possíveis limites materiais a uma nova ordem jurídica, com o objetivo de criar uma consciência jurídica coletiva que respeite valores supranacionais como a Dignidade da Pessoa Humana.

O terceiro capítulo pesquisa a possibilidade de estabelecer limites materiais ao Poder Constituinte Originário, de modo que este se torne mais adequado ao sistema jurídico pós-positivista, ao mundo globalizado e ao nível de progresso e concretização de direitos e garantias fundamentais atingidos pela humanidade ocidental.

Para tanto, foi necessário refletir se se mostra razoável que, sob o manto de um conceito obsoleto, seja admitido o desfazimento de conquistas históricas de Direitos Humanos e garantias fundamentais.

A pesquisa é desenvolvida pelo método bibliográfico, com dados históricos, de direito comparado e documental, os quais acredita serem viáveis e adequados para analisar o objeto da pesquisa, com o fito de comprová-los ou rejeitá-los argumentativamente. Considera-se própria da natureza do trabalho a pesquisa bibliográfica e esta foi realizada através da análise de obras dos mais relevantes autores que escrevem sobre o tema, tanto em âmbito nacional

quanto em âmbito internacional. Busca-se detalhar um cenário amplo sobre o assunto, de modo que seja estabelecida uma análise contemporânea do objeto.

Assim, a abordagem do tema desta pesquisa jurídica será necessariamente bibliográfica e conceitual, porquanto a pesquisadora pretende se valer da bibliografia pertinente à temática em foco – analisada e fichada na fase exploratória da pesquisa (principalmente doutrina) – para sustentar a sua tese.

1. DICUSSÕES ACERCA DA NECESSÁRIA ATUALIZAÇÃO DO CONCEITO CLÁSSICO DE PODER CONSTITUINTE ORIGINÁRIO

A noção de poder constituinte está intrinsecamente ligada ao conceito de uma constituição escrita, visto que a concepção de posituação de normas traz, em si, a necessidade de que determinada força motriz as tenha positivado.

A história constitucional moderna apresenta o poder constituinte originário como aquele que instaura nova ordem constitucional a partir da elaboração de uma nova constituição. E, a partir do poder constituinte originário, emanam os assim chamados poderes constituídos, uma vez que as manifestações destes poderes encontram fundamento de validade no poder constituinte originário e são, por este último, instituídos, regulados e limitados.¹

O poder constituinte é um aspecto presente em todas as sociedades politicamente organizadas, todavia a sua conceituação teórica está relacionada ao pensamento iluminista do final do século XVIII, mais especificamente pelo Abade Emmanuel Sieyès.²

Em contraposição ao poder constituído, o poder constituinte originário também apresenta as suas próprias características. Paulo Gustavo Gonet Branco³ afirma que:

dizem os autores que se trata de um poder que tem na insubordinação a qualquer outro a sua própria natureza; dele se diz ser absolutamente livre, capaz de se expressar pela forma que melhor lhe convier, um poder que se funda sobre si mesmo, onímodo e incontrolável, justamente por ser anterior a toda normação e que abarca todos os demais poderes; um poder permanente e inalienável; um poder que depende apenas de sua eficácia.

¹SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Curso de Direito Constitucional*. 7. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018, p.102.

²Ibidem, p. 103.

³MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2018, p. 102.

Desta feita, podem-se estabelecer, no mínimo, quatro características do poder constituinte originário. Segundo a doutrina clássica supracitada, ele seria inicial, inalienável, incondicionado e ilimitado.

A primeira característica chamada inicialidade tem relação direta com o adjetivo originário e presente em seu próprio conceito. Nesta perspectiva, este poder constituinte rompe com a ordem anterior e inaugura uma nova ordem jurídica estatal. Muito embora as novas constituições, muitas vezes, absorvam as estruturas anteriores, estas revelam um aspecto fundacional.⁴

No que diz respeito à segunda característica, pode-se afirmar que está relacionada com a impossibilidade de alienação. Em outras palavras, o titular do poder constituinte – que é tema de grandes controvérsias, mas, em geral, se aceita que é o povo de um estado soberano – não exaure o seu exercício com a promulgação de uma nova constituição. Sendo o poder constituinte originário um poder permanente e inalienável, este não desaparece com a entrada em vigor da constituição. Mantém-se, efetivamente, em estado de latência.⁵

Com relação a sua característica vinculada à forma de manifestação, tem-se que o poder constituinte originário não está submetido a nenhuma regra de forma ou de conteúdo. Isto é, a incondicionalidade pressupõe que a sua manifestação seja livre.

A última característica é a mais controversa e é o ponto central da discussão do presente trabalho. Está relacionada à liberdade do poder constituinte originário com relação a imposições da ordem jurídica. Autores clássicos, dentre os quais pode-se citar Gilmar Ferreira Mendes⁶, afirmam que o poder constituinte originário “não se inclui em nenhuma ordem jurídica e, portanto, não será objeto de nenhuma ordem jurídica. O Direito anterior não o alcança nem limita a sua atividade. Pode decidir o que quiser”.

A característica da ilimitação, em suma, consubstancia a ideia de que o poder constituinte tudo pode e não se encontra submetido a nenhuma forma de controle jurídico, de sorte que ele não estaria vinculado a nenhuma estrutura de comando preexistente.

Registra-se que o entendimento uníssono da doutrina majoritária aceita a imposição de limitações fora do âmbito jurídico, de modo que o poder constituinte originário não pode se esquivar de adotar parâmetros éticos, religiosos, culturais que são sustentáculo da sociedade em que se manifesta.

⁴MENDES, op. cit., p. 106.

⁵Ibidem.

⁶Ibidem, p. 102.

Contudo, há controvérsia em doutrina sobre o tema no que tange a essas limitações jurídicas. Em âmbito internacional, pode-se mencionar como um dos mais proeminentes autores sobre o tema o português Jorge Miranda. Em âmbito nacional, Ingo Sarlet, Flávia Piovesan, Celso Albuquerque de Mello e Luís Roberto Barroso apresentam, este primeiro de forma menos contundente, entendimentos de que o poder constituinte originário não seria, de todo, absoluto.

O referido autor português evidencia a existência de duas perspectivas do poder constituinte originário: uma material e outra formal. O poder constituinte material seria anterior ao poder constituinte formal. Este precederia logicamente o poder constituinte formal, pois traria consigo o valor que comanda a norma, o conceito de Direito e de Justiça. Desta feita, Jorge Miranda⁷ afirma que:

o poder constituinte material precede o poder constituinte formal. Precede-o logicamente, porque a ideia de Direito precede a regra do Direito, o valor comanda a norma, a opção política fundamental a forma que elege para agir sobre factos, a legitimidade a legalidade. E precede-o historicamente, porque (sem considerar, mesmo, a constituição institucional de antes do constitucionalismo), há quase sempre dois tempos no processo constituinte, o do triunfo de certa ideia de Direito ou do nascimento de certo regime e o da formalização dessa ideia ou desse regime;

Portanto, entende-se como poder constituinte material uma nova ideia de Direito, e que, ao fim e ao cabo, culmina com a decretação de uma nova Constituição formal. Esta última, é o resultado da Constituição material e podem se manifestar em conjunto ou em lapsos temporais distintos.

Para o referido autor⁸, o poder constituinte não equivale a um poder soberano e absoluto. Ou seja, ele não tem a capacidade de emprestar qualquer tipo de conteúdo à Constituição e isto ganha especial relevo quando da concretização da Constituição formal como “específico estatuto fundamental do Estado”.

Desse modo, Jorge Miranda estabelece três categorias de limites materiais ao poder constituinte: limites transcendentais, imanentes e heterônomos. Os referidos limites serão analisados de forma pormenorizada em capítulo oportuno.

No contexto da doutrina nacional, Ingo Sarlet⁹, de forma mais tímida, afirma ser possível falar de condicionamentos de caráter pré-constituinte e pós-constituinte. Contudo, estas limitações estão relacionadas com a ideia de Constituição formal de Jorge Miranda. Ou

⁷MIRANDA, Jorge. *Teoria do Estado e da Constituição*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 216.

⁸Ibidem, p. 235.

⁹SARLET, op. cit., p. 119-120.

seja, aquela efetivamente positivada. Neste sentido, somente poderiam ser observados limites no processo de positivação da Constituição material.

Em contraposição, a renomada jurista Flávia Piovesan¹⁰ tem entendimento mais assertivo quanto à possibilidade de limitações materiais ao poder constituinte originário. Para ela, o poder constituinte dos estados e, portanto, de suas Constituições nacionais, está cada vez mais vinculado a aos princípios e regras do direito internacional. Para Piovesan:

é como se o Direito Internacional fosse transformado em parâmetro de validade das próprias Constituições nacionais (cujas normas passam a ser consideradas nulas se violadoras das normas do *jus cogens* internacional). O Poder Constituinte soberano criador de Constituições está hoje longe de ser um sistema autônomo que gravita em torno da soberania do Estado. A abertura ao Direito Internacional exige a observância de princípios materiais de política e direito internacional tendencialmente informador do Direito interno. Nesse raciocínio, a abertura à normação internacional passa a ser elemento caracterizador da ordem constitucional contemporânea.

Desse modo, a referida autora entende ser possível a limitação material do poder constituinte originário por meio de tratados e normas internacionais, visto que a criação de Constituições não é um acontecimento isolado, principalmente, em uma sociedade globalizada e vinculada pelo Direito Internacional. Portanto, pode-se inferir que para Piovesan, a atualização do conceito de poder constituinte originário perpassa, necessariamente, pela apropriação de normas, valores e tratados internacionais.

Outro autor que adota a concepção de que há limitações materiais ao poder constituinte originário é Celso Albuquerque de Mello¹¹. Segundo este autor, as normas internacionais em temas de direitos humanos não podem ser revogadas por normas nacionais e nem mesmo por normas constitucionais. Os tratados internacionais que versem sobre direito humanos, independentemente da sua forma de incorporação no ordenamento jurídico brasileiro, são dotados de hierarquia supraconstitucional e, portanto, seriam um dos limitadores do poder constituinte originário.

Por fim, Luís Roberto Barroso defende que o exercício do poder constituinte originário pode apresentar possíveis limitações materiais. Apesar de reconhecer que o poder constituinte é um fato essencialmente político, não exclui e nem minora as influências

¹⁰PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*. 14. ed., rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 114-115.

¹¹MELLO, Celso Albuquerque. O § 2º do art. 5º da Constituição Federal. In: TORRES, Ricardo Lobo (org). *Teoria dos direitos fundamentais*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 25.

advindas das circunstâncias históricas, políticas e jurídicas. Sobre o assunto, Barroso¹² afirma que:

não se trata, porém, de um poder ilimitado ou incondicionado. Pelo contrário, seu exercício e sua obra são pautados tanto pela realidade fática como pelo Direito, âmbito no qual a dogmática pós-positivista situa os valores civilizatórios, os direitos humanos e a justiça. Contemporaneamente, é a observância de critérios básicos de justiça que diferencia o direito do “não direito”.

Portanto, o conceito de poder constituinte originário adotado costumeiramente não se mostra adequado à sociedade pós-positivista e carece, urgentemente, de uma nova conceituação que permita o reconhecimento de limites materiais a instauração de um novo ordenamento jurídico.

2. A DOCTRINA CONTEMPORÂNEA E OS LIMITES IMANENTES, TRANSCENDENTES E HETERÔNOMOS: UMA TENDÊNCIA?

A visão positivista de que o Poder Constituinte Originário tem total liberdade para definir o seu conteúdo, como visto anteriormente, está ultrapassada e, portanto, algumas limitações deverão ser observadas quando da instauração de uma nova ordem jurídica¹³. Diversos autores se ocupam de estabelecer o quê e quais seriam estas possíveis limitações e, um dos principais, doutrinadores que aborda o assunto é Jorge Miranda¹⁴ que admite a existência de, pelo menos:

três categorias de limites materiais do poder constituinte: limites transcendentais, imanentes e, em certos casos, heterônomos. Os primeiros dirigem-se ao poder constituinte material e, por virtude deste, ao poder constituinte formal; os segundos são específicos do poder constituinte formal; os últimos adstringem tanto um como outro.

A primeira limitação que o autor aborda são os limites transcendentais. Estes limites dizem respeito a valores que podem ser considerados acima do direito. São imperativos derivados do direito natural, mas, também, perpassam este conceito. Abrangem os valores

¹²BARROSO, Luís Roberto. *Curso de Direito Constitucional contemporâneo*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 145.

¹³NOVELINO, Marcelo. *Curso de Direito Constitucional*. 13. ed. Salvador: JusPodivm, 2018, p. 74.

¹⁴MIRANDA, op. cit., p. 376.

éticos superiores e a consciência jurídica coletiva sempre tangenciando a ideia de que determinados valores civilizatórios não admitem a sua supressão.

No que concerne aos valores éticos superiores, estes podem ser definidos como valores que são construídos através do tempo, em lapsos geracionais e presentes em determinada cultura ou sociedade. Pode-se citar, como exemplo, a noção de liberdade tanto no que se refere ao aspecto formal, quanto ao material.

Já a consciência jurídica coletiva está relacionada a consensos sociais profundos ou diretamente ligados à dignidade da pessoa humana. Se, por um lado o valor ético superior é a igualdade, por exemplo, a consciência jurídica coletiva prevê a impossibilidade de um ser humano possuir, como propriedade, outro ser humano.

A ideia de limites transcendentais está intrinsecamente ligada ao princípio da proibição do retrocesso social. Este princípio proíbe a injustificada redução do grau de concretização alcançado por determinado direito fundamental. Muito embora a aplicação prática deste princípio seja, doutrinariamente, controvertida, certo é que não se discute a sua existência e a sua aplicabilidade no direito brasileiro.

Além disso, a sua vinculação ao Poder Constituinte Originário visa, justamente, garantir que marcos civilizatórios importantes não sejam desconstituídos por maiorias ocasionais. Sobre o assunto Marcelo Novelino¹⁵ afirma que:

No tocante à natureza e ao âmbito de incidência, o princípio costuma ser invocado tanto como limite extrajurídico oponível ao Poder Constituinte originário, quanto como limite jurídico imposto aos poderes públicos encarregados da concretização dos direitos fundamentais de caráter prestacional. Nesse sentido, teria por finalidade impedir a extinção ou redução injustificada de medidas legislativas ou de políticas públicas adotadas para conferir efetividade às normas jusfundamentais.

O segundo limite abordado é o limite imanente. Este limite refere-se a aspectos como soberania ou a forma do Estado, enquanto poder estabelecido. Esta categoria de limitação veda normas que impedem ou modificam de forma intrínseca a noção de soberania do Estado, sua forma ou configuração política.

Este limite se origina da noção e do sentido do poder constituinte formal, uma vez que está relacionado intrinsecamente com os limites ligados à configuração do Estado. Conforme Jorge Miranda¹⁶,

¹⁵NOVELINO, op. cit., p. 518-519.

¹⁶MIRANDA, op. cit., p. 377.

não se concebe, num Estado soberano e que pretenda continuar a sê-lo, que ele venha a ficar despojado da soberania (v.g., aceitando a anexação a outro Estado); num Estado federal e que pretenda continuar a sê-lo, que ele passe a Estado Unitário, ou reciprocamente (em certos casos); e num Estado em que prevalece certa legitimidade ou certa ideia de Direito, num determinado momento (v.g., a legitimidade democrática) que se venha a estabelecer uma organização política de harmonia com uma legitimidade ou uma ideia de Direito contrária.

Por sua vez, o terceiro e último limite é chamado de limite heterônomo. Este limite estabelece a possibilidade de, eventualmente, ocorrer restrição a concepção de que o Poder Constituinte originário é ilimitado em decorrência da conjugação com outros ordenamentos jurídicos, inclusive, por normas de direito internacional.

Portanto, a nova Constituição de um novo Estado deverá respeitar os acordos e Tratados Internacionais aos quais o ordenamento jurídico anterior se vinculou. Isso porque, muito embora haja certo grau de liberdade na realização de uma nova Constituição, a globalização e os direitos humanos restringem, sob determinada perspectiva, a soberania do Poder Constituinte. Para Novelino¹⁷, por exemplo:

seria vedado às futuras constituições brasileiras consagrar a pena de morte para além dos casos de guerra externa (CF, art. 5.º, XLVII, “a”), ante o disposto na Convenção Americana sobre Direitos Humanos que, promulgada pelo Decreto nº 678, dispõe em seu artigo 4.º, §3.º: “Não se pode restabelecer a pena de morte nos Estados que a hajam abolido”. Tal vedação encontra fundamento na proibição de retrocesso.

A doutrina divide, ainda, os limites heterônomos em três subespécies. Portanto, existiriam os limites heterônomos de Direito internacional com caráter geral, os limites heterônomos de Direito internacional com caráter especial e os limites heterônomos de Direito interno.

Os primeiros estão relacionados com as normas *jus cogens* e estas, por sua vez, e podem ser consideradas as normas estruturantes da comunidade internacional. Essas normas se sobrepõem à Constituição dos Estados enquanto membros da comunidade internacional.

Portanto, este conceito está intrinsecamente ligado à ideia de que existem normas consideradas peremptórias, ou seja, imperativas do direito internacional e inderrogáveis pela vontade das partes. Os artigos 53º e 64º da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados

¹⁷NOVELINO, op. cit., p. 75.

(internalizado no ordenamento brasileiro pelo Decreto nº 7.030¹⁸ de 14 de dezembro de 2009) fazem referência de que forma as normas *jus cogens* vigoram na sociedade internacional.

A Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados estabelece que qualquer norma ou tratado que não esteja em consonância com tais normas deverá ser considerado nulo, bem como caso sobrevenha uma nova norma imperativa de Direito Internacional geral, qualquer tratado existente que estiver em conflito com essa norma torna-se nulo e extingue-se.

No que concerne aos limites de Direito internacional de caráter especial, a doutrina afirma existir limitações relacionadas a deveres assumidos, espontaneamente, entre um Estado soberano e outro Estado soberano ou, ainda, frente à comunidade internacional como um todo. Desta forma, caso determinado Estado tenha se comprometido em respeitar determinadas minorias, por exemplo, esta norma poderá ser considerada um limite de Direito internacional de caráter especial.

Segundo Jorge Miranda¹⁹:

É o que se verifica, por exemplo, com as garantias de direitos de minorias nacionais e linguísticas impostas a certos Estados por tratado de paz após a Primeira e a Segunda Guerra mundiais; com a obrigação de Áustria (pelo tratado de Saint-Germain de 1919) de se abster de qualquer acto que pudesse afectar a sua independência; com a proibição de restauração dos Habsburgos na Hungria, após 1918; com a obrigação da Finlândia de garantia dos direitos da população das ilhas da Alândia.

Quanto aos limites heterônomos de Direito interno são aqueles relacionados ao poder constituinte federal em detrimento do poder constituinte estadual. Este último deve respeitar a existência e assegurar a efetividade das normas e atos jurídicos estabelecidos em nível federal. Por outro lado, o poder central deverá garantir a participação estadual na confecção de suas normas para lhe assegurar legitimidade.

Deve-se mencionar, como exemplo, o comprometimento que a Constituição Federal assume com a proteção, preservação e amparo a povos de comunidades tradicionais como os Quilombolas. A responsabilidade com este grupo de minorias está positivada em âmbito federal e deve ser concretizado e respeitado na esfera estadual.

Como abordado no capítulo anterior, a doutrina brasileira ainda não concedeu a devida importância ao assunto, muito embora já admita a possibilidade de limitação ao Poder

¹⁸BRASIL. *Decreto nº 7.030*, de 14 de dezembro de 2009. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/decreto/d7030.htm> - Acessado em: 27 fev. 2020.

¹⁹ MIRANDA, op. cit., p. 378.

Constituinte originário seguindo a tendência da doutrina internacional, mais especificamente, a doutrina europeia.

3. DA (IM)POSSIBILIDADE DE IMPOSIÇÃO DE LIMITES AO PODER CONSTITUINTE ORIGINÁRIO EM DECORRÊNCIA DE TRATADOS INTERNACIONAIS.

Diante de inúmeros limites expostos por diversos doutrinadores, como supramencionado, a possibilidade de imposição de limites ao Poder Constituinte Originário por meio de Tratados Internacionais é um dos limites mais relevantes para o direito brasileiro. Isso porque, a sistemática constitucional que funda o nosso Estado admite, empiricamente, a concepção da possibilidade desta limitação.

Certo é que nos Estados que se pretendem democráticos ou, que ao menos, tenham como finalidade a consolidação de uma democracia, o fundamento do poder e a justificativa para a existência de uma estrutura estatal baseia-se na emancipação humana, sobretudo, pela garantia de acesso a direitos universalmente garantidos aos seus cidadãos.

Com relação aos Tratados Internacionais, aqueles que versam sobre Direitos Humanos acabam tendo mais relevância por consagrarem conceitos juridicamente e socialmente imprescindíveis.

Normalmente tais Tratados versam sobre demandas sociais derivadas de momentos históricos que são, muitas vezes, decorrentes de importantes processos de lutas políticas e da constatação da importância da dignidade humana como forma de preservar os indivíduos do arbítrio estatal e, portanto, acabam por funcionar como marcos civilizatórios fundamentais para todo o processo humanitário.

Segundo Pérez Luño²⁰:

Ello implica cifrar la fundamentación de los derechos humanos en el despliegue multilateral y consciente de las necesidades humanas, que emergen de la experiencia concreta de la vida práctica. Esas necesidades, en cuanto datos social e históricamente vinculados a la experiencia humana, poseen una objetividad y una universalidad que posibilitan su generalización, a través de la discusión racional y el consenso, y su

²⁰LUÑO apud SÁ, Ana Paula Barbosa de. *O poder constituinte originário e sua limitação material pelos tratados internacionais de direitos humanos*. Disponível em: <<https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/rfduerj/article/view/1351>>. Acesso em: 09 mar. de 2020. p. 18.

concreción en postulados axiológico-materiales. El sistema de valores o preferencias conscientes básicos debe servir, en suma, para maximizar y optimizar la satisfacción de las necesidades e intereses de todos y cada uno de los miembros de la especie humana

Infere-se, portanto, que os tratados que versam sobre Direitos Humanos surgem em decorrência de intrínsecas necessidades humanas e se desenvolvem a partir de uma marcha histórica mundial e, lentamente, consagram-se como valores inerentes a todos os seres humanos.

A partir desta perspectiva, a adoção de medidas que objetivem mitigar, suprimir ou relativizar os direitos humanos estar-se-ia diante de uma redução de valores ilegítima e que não pode influir na confecção de uma nova ordem jurídica, sob pena de condescender a um odioso retrocesso. Sobre o assunto Ana Paula Barbosa de Sá²¹ afirma que:

E, sendo assim, no momento em que um Estado decide aderir a um determinado tratado internacional que verse sobre direitos humanos, comprometendo-se a adotar, em seu âmbito de jurisdição, certos valores de promoção da pessoa humana que vêm a ser agregados aos que eventualmente já eram reconhecidos pelo mesmo, estabelece ali um marco que não admitiria supressão, sob pena de um odioso retrocesso, o que se estende também para a hipótese de elaboração de uma nova Constituição, situação em que o poder constituinte originário restaria limitado por aqueles documentos internacionais.

Uma vez consolidado o entendimento de que os Tratados Internacionais de Direitos Humanos consagram, corriqueiramente, marcos civilizatórios importantes consagrados pela comunidade internacional, deve-se analisar a questão sob a perspectiva da ordem internacional.

A partir do momento em que um Estado, utilizando-se de sua soberania e independência nacional, subordina-se a um documento internacional que consagra direitos, a sua não observância pode, eventualmente, impor sanções por mecanismos internacionais.

Muito embora não seja estipulada nenhuma responsabilidade em âmbito interno, é possível que ocorra responsabilidade em âmbito internacional. Sobre o assunto Felipe Hilgenberg Almeida²² afirma que:

²¹ SÁ, Ana Paula Barbosa de. *O poder constituinte originário e sua limitação material pelos tratados internacionais de direitos humanos*. Disponível em: <<https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/rfduerj/article/view/1351>>. Acesso em: 09 mar. de 2020. p. 18.

²² ALMEIDA, Felipe Hilgenberg. *A ruptura institucional e os direitos humanos como limites do poder constituinte originário*. Disponível em: <https://www.emerj.tjrj.jus.br/paginas/trabalhos_conclusao/2semestre2017/pdf/FelipeHilgenbergAlmeida.pdf>. Acesso em: 09 mar. 2020. p. 09-10.

Num cenário onde o Poder Constituinte Originário é ilimitado, podendo suprimir direitos humanos concedidos por tratados assinados pelo Brasil, a responsabilidade internacional do país, enquanto signatário, sobrevive. Nesse ponto, o direito internacional acaba não configurando limite propriamente dito à atuação do Poder Constituinte Originário, mas punição por sua utilização em desconformidade com os direitos humanos emanados pelos tratados assinados. Destarte, não deixa de ser uma forma de limitação.

Empiricamente, embora o Poder Constituinte Originário possa ser considerado ilimitado em âmbito interno, certo é que a aquiescência do Estado em determinado momento a um Tratado Internacional pode, eventualmente, ensejar responsabilizações diante da comunidade jurídica externa. O que, de certa forma, enseja uma limitação ao Poder Constituinte Originário.

Sem adentrar ao mérito da polêmica sobre a coercibilidade das sanções estipuladas em âmbito internacional por Organizações Internacionais e a sua efetividade em relação a um Estado soberano, certo é que existem determinadas sanções que podem ser aplicadas com força suficiente para concretizar condutas por parte de seus membros-partes.

No mais, a política interna de determinado membro participante de Tratados Internacionais não se mostra fundamento adequado e legítimo para o seu descumprimento, de modo que a possibilidade de deflagração de novo ordenamento jurídico dificilmente será levado em consideração quando da imposição de determinada sanção.

Deste modo, o não cumprimento do mandato estabelecido pelos princípios do direito internacional e pelas convenções ratificadas pelo Estado, implica infração à obrigação de agir de acordo com o Direito Internacional. De forma concreta significa uma limitação ao cumprimento das obrigações convencionais gerais que os Estados se obrigaram a cumprir. Especificamente, tais imposições podem, ocasionalmente, significar a possibilidade de limitações do Poder Constituinte Originário mediante fundamentos jurídicos.

CONCLUSÃO

Esta pesquisa constatou, como problemática essencial, a existência de um conflito entre o conceito clássico de Poder Constituinte Originário e o entendimento contemporâneo sobre o tema que, muito embora continue utilizando a definição anterior desta manifestação constitucional, não a aceita em sua inteireza.

Apesar de originário, o poder constituinte está vinculado a um processo histórico-cultural, o qual ele deve respeitar sob pena de se ter uma Constituição ilegítima devido ao seu

conteúdo não ser consonante com a vontade do titular do poder constituinte. Para além disso, o Estado que institui uma nova Constituição encontra-se vinculado por diversos documentos internacionais e ao seu próprio processo civilizatório.

Originariamente entende-se o Poder Constituinte Originário como um poder inicial, incondicionado e, por fim, ilimitado, pois pode inserir, em tese, o que quiser na Constituição, tendo ampla liberdade para deliberar sobre qualquer assunto.

Na prática, no entanto, é possível pensar acerca de diversos limites que poderiam ser impostos ao Poder Constituinte Originário sem que isso violasse a autonomia do povo para inaugurar uma nova ordem jurídica. Estes limites não têm como objetivo imobilizar a participação popular e nem lhe retirar a capacidade de se autodeterminar, mas, sim, evitar que retrocessos sejam chancelados por maiorias eventuais.

O entendimento a que chegou esta pesquisadora consubstancia-se na ideia de que não há um Poder Constituinte Originário absoluto, ilimitado e onipotente. Em outras palavras, não é possível, no atual estágio civilizatório em que as nações e os povos se encontram, que haja o surgimento de um novo Estado desvinculado de importantes avanços visando garantir a Dignidade da Pessoa Humana, os direitos e garantias fundamentais os Tratados e Convenções Internacionais.

Quanto à questão que se descortinou ao longo do segundo capítulo, abordou-se o entendimento do direito estrangeiro sobre o assunto. Esta pesquisa chegou ao entendimento de que é possível a adoção de limites ao Poder Constituinte Originário e, dentre os autores que escrevem sobre o assunto, destaca-se Jorge Miranda e os limites por ele estabelecidos: imanentes, heterônomos e transcendentais.

Esta pesquisa pretende sustentar, portanto, que a limitação do Poder Constituinte Originário pode, eventualmente, ser considerado algo vago e sem normatividade. No entanto, ao consubstanciar as ideias do Direito Comparado com a sistemática atual pode-se afirmar que um dos principais limites a manifestação originária poderiam ser os Tratados Internacionais.

Ficou evidente, por essas razões, que a proposta da autora consiste na tese de que é necessária a modificação conceitual do Poder Constituinte Originário para adequá-lo a uma nova realidade globalizada, em que a instauração de um novo ordenamento jurídico deve respeitar, sobretudo, os avanços progressistas e os marcos civilizatórios expostos, principalmente, nos Tratados e Convenções Internacionais.

REFERÊNCIAS

- ALMEIDA, Felipe Hilgenberg. *A ruptura institucional e os direitos humanos como limites do poder constituinte originário*. Disponível em: <https://www.emerj.tjrj.jus.br/paginas/trabalhos_conclusao/2semestre2017/pdf/FelipeHilgenbergAlmeida.pdf>. Acesso em: 09 mar. 2020.
- BARROSO, Luís Roberto. *Curso de Direito Constitucional contemporâneo*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.
- BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito Constitucional*. 14. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.
- BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 10 set. 2019.
- _____. *Decreto nº 7.030*, de 14 de dezembro de 2009. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/decreto/d7030.htm>. Acessado em: 27 fev. 2020.
- LENZA, Pedro. *Direito Constitucional Esquematizado*. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.
- MELLO, Celso D. de Albuquerque. *Direito constitucional internacional: uma introdução*. Rio de Janeiro: Renovar, 1994.
- MELLO, Celso D. Albuquerque. O § 2º do art. 5º da Constituição Federal. In: TORRES, Ricardo Lobo (org). *Teoria dos direitos fundamentais*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.
- MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2018.
- MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional*, t.II, v. II. 7. ed. Coimbra: Coimbra, 2003.
- _____. *Teoria do Estado e da Constituição*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015.
- NOVELINO, Marcelo. *Direito constitucional*. 2. ed. São Paulo: Método, 2008.
- _____. *Curso de Direito Constitucional*. 13 ed. Salvador: JusPodivm, 2018.
- PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*. 14. ed., rev. e atual. – São Paulo: Saraiva, 2013.
- SÁ, Ana Paula Barbosa de. *O poder constituinte originário e sua limitação material pelos tratados internacionais de direitos humanos*. Disponível em: <<https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/rfduerj/article/view/1351>>. Acesso em: 09 mar. de 2020.
- SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Curso de Direito Constitucional*. 7. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.