



ESCOLA DA MAGISTRATURA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

A RUPTURA INSTITUCIONAL E OS DIREITOS HUMANOS COMO LIMITES
DO PODER CONSTITUINTE ORIGINÁRIO

Felipe Hilgenberg Almeida

Rio de Janeiro
2017

FELIPE HILGENBERG ALMEIDA

A RUPTURA INSTITUCIONAL E OS DIREITOS HUMANOS COMO LIMITES
DO PODER CONSTITUINTE ORIGINÁRIO

Artigo 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

Néli L. C Fetzner

Nélson C. Tavares Júnior

Rio de Janeiro
2017

A RUPTURA INSTITUCIONAL E OS DIREITOS HUMANOS COMO LIMITES DO PODER CONSTITUINTE ORIGINÁRIO

Felipe Hilgenberg Almeida

Graduado pela Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro. Pós-graduando em Direito Público e Privado pela Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro.

Resumo – O Poder Constituinte Originário é a maior forma de expressão democrática do Estado, tendo como titular exclusivo o povo. Por muito tempo, foi visto como ilimitado, sendo a mais pura forma de instituição de uma nova ordem normativa, não podendo, portanto, sofrer restrições. Entretanto, com o avanço da teoria constitucional e do Pós-Positivismo, segundo teorias mais modernas de Estado e dos detentores do poder, o Poder Constituinte Originário não pode mais ser concebido como ilimitado, comportando cada vez menos, o mundo contemporâneo, a ideia de Estados totalitários que ignoram os anseios de sua população. Destarte, o presente trabalho parte da premissa da existência de limites ao Poder Constituinte Originário, visando a analisar tais limites e as formas de impô-los, sem pretender esgotar o tema.

Palavras-chave – Direito Constitucional. Poder Constituinte Originário. Limites. Direitos Humanos. Formas de controle.

Sumário – Introdução. 1. A ilimitabilidade do Poder Constituinte Originário e a vedação ao retrocesso em matéria de direitos humanos. 2. A responsabilidade internacional como limite ao Poder Constituinte Originário. 3. Possibilidades práticas de controle do Poder Constituinte Originário. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

O trabalho apresentado aborda o tema da limitabilidade do Poder Constituinte Originário, que, por muitos autores, é considerado ilimitado, sem que se dê muita atenção à característica. O objetivo do presente estudo é discutir os direitos humanos como possíveis limites para esse Poder.

O tema apresenta relevância num país como o Brasil, que passou por diversas mudanças institucionais de grande porte, que, por diversas vezes, alteraram drasticamente sua estrutura política e social. Para cada uma das fases pelas quais a nação passou, uma nova Constituição nos foi apresentada. A história brasileira conta, ao todo, com sete ou oito constituições, a depender se se considera a Emenda Constitucional de 1969 como uma nova Carta.

Num momento de turbulência política e econômica como o que passa o país, com discussões acerca de mudanças drásticas em seus sistemas políticos, previdenciários, entre

diversos outros, a questão dos limites do Poder Constituinte Originário acaba por ganhar novo relevo.

Assim, há que se discutir o progresso feito no campo dos direitos humanos e a possibilidade de retrocesso no caso de mais uma quebra institucional na história brasileira.

Ademais, o cenário internacional num mundo cada vez mais globalizado se mostra deveras presente no cenário jurídico, com diversos tratados internacionais de direitos humanos dos quais o país é signatário, com a possibilidade de responsabilização internacional, demonstrando a necessidade de discutir a situação dos acordos firmados pelo Brasil com demais nações no caso de quebra institucional.

Atenta-se principalmente, como dito, aos direitos humanos, e tratados internacionais que versem sobre eles, tema cada vez mais consolidado em sua base, mas ainda assim aberto a discussões, como a universalidade desses direitos, ou sua disponibilidade. Seriam os direitos humanos um limite ao Poder Constituinte Originário?

Discute-se, ainda, as possibilidades práticas de controle desse Poder, seja na esfera internacional ou até mesmo um controle popular, uma vez que a sociedade é titular do Poder Constituinte Originário.

O primeiro capítulo visa estabelecer a vedação ao retrocesso como limite ao Poder Constituinte Originário, uma vez que os direitos humanos emanam diretamente da dignidade da pessoa humana, aspecto inato da personalidade.

O segundo capítulo se destina a examinar a responsabilidade internacional do país e possíveis consequências no caso de descumprimento de tratados internacionais sobre direitos humanos, dos quais o Brasil seja signatário, por conta de mudanças constitucionais e essa responsabilidade como coibição (e, assim, limite indireto) à violação desses tratados pelo Poder Constituinte Originário.

Segue-se ponderando, no terceiro capítulo, meios de efetivar eventuais limites ao Poder Constituinte Originário no caso de quebra institucional e da feitura de uma nova Constituição.

A pesquisa é desenvolvida pelo método hipotético-dedutivo, uma vez que o pesquisador pretende eleger um conjunto de proposições hipotéticas, as quais acredita serem viáveis e adequadas para analisar o objeto da pesquisa, com o fito de comprová-las ou rejeitá-las argumentativamente.

Para tanto, a abordagem do objeto desta pesquisa jurídica será necessariamente qualitativa, porquanto o pesquisador pretende se valer da bibliografia pertinente à temática em

foco – analisada e fichada na fase exploratória da pesquisa (legislação, doutrina e jurisprudência) – para sustentar a sua tese.

1. A ILIMITABILIDADE DO PODER CONSTITUINTE ORIGINÁRIO E A VEDAÇÃO AO RETROCESSO EM MATÉRIA DE DIREITOS HUMANOS

Na Teoria Pura do Direito, cunhada por Hans Kelsen¹, vislumbra-se a chamada “norma fundamental”, da qual todas as demais normas de um dado ordenamento jurídico tirariam seu fundamento de validade, sendo hierarquicamente superior. Como norma fundamental e superior a todas as demais, não tiraria seu fundamento jurídico de nada, mas seria pressuposta, pois mesmo que fosse posta por uma autoridade, a competência desta teria que ser retirada de uma norma ainda mais elevada.

Assim, a Constituição seria a expressão positiva dessa norma fundamental, funcionando como o regramento de maior hierarquia do ordenamento jurídico e a ele oferecendo fundamento.

É a expressão do Poder Constituinte Originário (PCO) que dá origem a essa Carta Magna, logo esta é produto daquele. Destarte, pode-se conceitua-lo simplesmente como “o poder de elaborar [...] uma Constituição”.²

Nesse diapasão, pode-se conceituar o Poder Constituinte como a expressão da soberania de uma sociedade e o PCO como aquele que faz nascer a Constituição do Estado, com a função de organizá-lo e proteger os interesses de seu povo.³

Percebe-se, portanto, que o titular desse poder, conforme o conceito, é o próprio povo, do qual, numa sociedade democrática, emana a justificação para o estabelecimento de normas que o regerão. Num conceito de Estado em que a sociedade abre mão de parte de sua liberdade para entrega-la na mão de um poder central, é também dessa sociedade que devem emanar as regras que irão regulamentá-la, ainda que indiretamente, através de seus governantes.

O poder só pode ser legítimo se de acordo com a vontade do povo, que permite a existência do Estado, portanto, a norma fundamental de um ordenamento jurídico só pode ser válida se, igualmente, partir da vontade desse povo.

¹ KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998, p. 135 a 136.

² LENZA, Pedro. *Direito Constitucional Esquematizado*. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 197.

³ MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 29. ed. São Paulo: Atlas, 2013, p. 24 a 25.

Destarte, a doutrina é uníssona em proclamar o povo como titular do PCO^{4 5 6}. Da mesma forma, estabelece, em geral, sua ilimitabilidade como característica^{7 8}, da qual se falará adiante.

Em ponto diverso, tem-se os direitos humanos, que derivariam da dignidade da pessoa humana, considerada com aspecto inato da própria condição de Ser Humano. Numa visão pós-positivista, o ordenamento jurídico estaria além daquela norma escrita e posta pelo governante, existindo um conjunto de regras implícitas, cuja descrição legal é irrelevante para que se proclame sua existência e aplicação concreta. Há o exemplo dos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, em nenhum momento positivados, mas essenciais no ordenamento jurídico pátrio e numa visão de justiça.

Os direitos fundamentais, portanto, seriam um conjunto de direitos indissociáveis da própria condição humana visando efetivar a dignidade da pessoa humana, sem que precisem estar positivados para produzirem seus efeitos⁹.

Se derivam da própria condição humana, esses direitos seriam inafastáveis, independentemente da ordem jurídica vigente. Se todo poder emana do povo e só assim é legítimo, inclusive o PCO, os direitos humanos, que defendem direitos individuais, coletivos, políticos e sociais dos indivíduos que compõem determinada sociedade, não podem ser afastados por governantes, já que o próprio ordenamento surge com o propósito de limitar seus poderes e prevenir liberalidades excessivas – visão dos direitos fundamentais como direitos de defesa.¹⁰

A norma fundamental deixa de ser vista apenas como aquela positivada na Constituição, transcendendo-a, obrigando-nos a enxergar os princípios e regras tidos como fundamentais para além do direito posto.

A própria nomenclatura dos direitos fundamentais nos leva à conclusão de sua perenidade: se são, de fato, fundamentais, não podem ser afastados, ainda que numa mudança de ordem jurídica. Pode-se vislumbrar a alteração da expressão de determinado direito fundamental conforme a evolução social, mas nunca sua completa supressão, eis que essencial, indispensável.

⁴ LENZA, op. cit. p. 197.

⁵ MORAES, op. cit. p. 24.

⁶ MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 103 a 104.

⁷ Ibid., p. 104.

⁸ MORAES, op. cit. p. 26.

⁹ MENDES; BRANCO, op. cit. p. 138.

¹⁰ MORAES, op. cit., p. 28.

Assim surge a vedação ao retrocesso ou proibição de regresso¹¹, também expressão dos direitos fundamentais como direitos de defesa. A partir do momento em que o Estado reconhece um direito como fundamental, não é possível retroceder nessa matéria sem violar a dignidade da pessoa humana.

A própria história da humanidade aponta para a evolução dos direitos individuais e coletivos, configurando verdadeiro retrocesso histórico a supressão de direitos fundamentais. Se, ao longo de toda a história a humanidade partiu de um ponto onde nenhum direito era assegurado aos cidadãos, com arbítrios estatais como norma, com evolução lenta, mas perceptível, em matéria garantias individuais e coletivas, não se mostra possível que, ainda em caso de quebra institucional que justifique a feitura de uma nova Constituição, se permita o regresso em matéria de direitos fundamentais.

Reconhecer um direito fundamental nada mais é do que declarar uma forma de expressão da dignidade da pessoa humana, da própria condição de humano, não sendo possível afastá-lo em momento posterior se a dignidade da pessoa humana ainda é um valor social.

Como dito anteriormente, o PCO é de titularidade do povo, mas é manifestado, em regra, por meio de uma Assembleia Constituinte¹². Tem-se, portanto, que esse poder não é exercido diretamente, mas através de representantes de seu real titular.

Na prática, isso gera instabilidades. Nem sempre a vontade exarada pelo representante do povo é a real vontade desse povo. Por vezes isso é benéfico, como contemplar uma função contramajoritária, já que a democracia não é o governo da maioria, mas do povo, cujas minorias também precisam ter seus direitos protegidos e efetivados. Entretanto, a história nos apresentou diversos exemplos em que o poder de titularidade do povo foi exercido diretamente contra seus direitos fundamentais e, por consequência, contra a dignidade da pessoa humana.

Para o legítimo exercício do PCO, portanto, o representante, por óbvio, não pode violar direitos fundamentais do titular desse poder, logo, a característica da ilimitabilidade do PCO já começa a desaparecer.

Se exercer o PCO contra os direitos fundamentais de seus titulares torna o resultado desse exercício, qual seja, a Constituição, ilegítimo, pode-se dizer que os direitos fundamentais configuram verdadeiro limite ao Poder Constituinte Originário.

¹¹ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003, p. 338 a 340.

¹² LENZA, op. cit. p. 202.

O constitucionalista português Jorge Miranda¹³ contempla a existência de limites ao PCO em três categorias: limites transcendentais, limites imanentes e limites heterônomos. Os limites transcendentais seriam justamente aqueles que emanam dos direitos fundamentais.¹⁴

Não é possível contemplar que o PCO seja utilizado para regredir nos avanços sociais e jurídicos de constituições anteriores, piorando a situação de seus titulares e abrindo espaço para arbítrios do Estado. Num Estado Democrático de Direito e numa lógica pós-positivista, um poder não pode, como dito, ser usado contra seus titulares, encontrando, assim, verdadeira limitação em seus direitos fundamentais, demonstrando o propósito do presente trabalho de estabelecer limites ao Poder Constituinte Originário.

2. A RESPONSABILIDADE INTERNACIONAL COMO LIMITE AO PODER CONSTITUINTE ORIGINÁRIO

A seguir, analisa-se a questão sob o prisma do direito internacional, mas especificamente sob a ótica dos tratados internacionais sobre direitos humanos dos quais o Brasil é signatário e as consequências do descumprimento deles por desrespeito aos direitos humanos numa nova Constituição, averiguando se é possível configurá-los como limite ao Poder Constituinte Originário.

Primeiramente, há que se diferenciar as teorias sobre a relação das convenções internacionais com o direito interno do Estado, que se dividem, essencialmente, em duas: a teoria monista e a teoria dualista¹⁵.

Para os adeptos da teoria dualista, o direito interno e o direito internacional são esferas completamente distintas, não podendo os tratados internacionais serem aplicados internamente¹⁶. Aqui, para a aplicação do direito internacional no ordenamento interno do país, é necessária a internalização do tratado, num processo conhecido como “adoção” ou “transformação”. Apenas então a norma geraria obrigações internas, sendo certo que, antes desse fenômeno, a norma internacional obrigaria apenas o Estado no plano externo, ou seja, seria apenas um compromisso externo assumido pelo Governo, sem consequências no plano interno. As regras internas do Estado, portanto, não sofreriam conflitos hierárquicos com as

¹³ PIOLI apud MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional*. Tomo II, 3.ed. Coimbra: Almedina, 1996, p. 106 a 109..

¹⁴ Os limites heterônomos seriam ordenamentos jurídicos diversos, como o direito internacional, do qual tratarei em capítulo separado.

¹⁵ MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. *Curso de Direito Internacional Público*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 67.

¹⁶ *Ibid.*

normas internacionais, que só entrariam no ordenamento interno na forma especificada e autorizada por ele.¹⁷

Em entendimento oposto, a teoria monista afirma que o direito interno e o internacional integram um único ordenamento jurídico, não sendo necessário qualquer procedimento de internalização para que as normas constantes dos tratados internacionais sejam aplicáveis no plano interno dos Estados signatários¹⁸. Desse entendimento surge dúvida quanto à hierarquia das normas, no caso de conflitos entre sistema jurídico interno e internacional. Da teoria monista, portanto, surgem duas doutrinas: o monismo internacionalista, que entende que o direito internacional deve sempre prevalecer sobre o interno; e o monismo nacionalista, lecionando que o direito interno é aquele que deve prevalecer.¹⁹

O ordenamento jurídico brasileiro adota a teoria dualista²⁰, separando o ordenamento interno dos tratados assinados, estes passando a fazer parte daquele apenas após procedimento de internalização. Ademais, nossa Constituição atual não contempla o direito internacional como fonte do ordenamento, mas apenas os diplomas legais que o trouxeram para o ordenamento interno, que terão hierarquia, em regra, de lei ordinária. A exceção constitucional, presente no art. 5º, §3º, diz respeito a tratados internacionais sobre direitos humanos que sejam internalizados pelo mesmo procedimento de aprovação de uma Emenda Constitucional (EC), caso em que o tratado terá hierarquia equivalente a uma Emenda Constitucional, com os mesmos limites do Poder Constituinte Derivado reformador.

Entretanto, o STF, na decisão do Recurso Extraordinário (RE) n. 466.343/SP²¹, entendeu que, por se tratar de tratado sobre direitos humanos, o Pacto de San José da Costa Rica, internalizado anteriormente à EC n. 45/2004 (antes da vigência do art. 5º, §3º da CRFB, portanto, sem possibilidade de ser internalizado com hierarquia de EC), possui hierarquia supralegal, ainda que não equivalente a EC, mesmo tendo sido adotado pelo procedimento ordinário de aprovação de tratados na ordem interna, sinalizando a importância dos direitos humanos no ordenamento jurídico brasileiro. Tal decisão abriu precedente para que se considerasse qualquer tratado internacional sobre direitos humanos internalizado pelo Brasil como norma de hierarquia supralegal.

¹⁷ Ibid., p. 67 a 68.

¹⁸ Ibid. p. 72.

¹⁹ Ibid., p. 73 a 74.

²⁰ Ibid. p. 70.

²¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *RE nº 466433*. Relator: Ministro Cezar Peluso. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28RE%24%2ESCLA%2E+E+466343%2ENUMER%2E%29+OU+%28RE%2EACMS%2E+ADJ2+466343%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos>>

Vê-se, portanto, um avanço na importância do direito internacional no ordenamento brasileiro, principalmente a partir da EC n. 45/2004, que passou a permitir tratados de direitos humanos internalizados com hierarquia de norma constitucional. Tal evolução não só denota a importância do direito internacional num mundo cada vez mais globalizado, em que quase todas as relações possuem alguma influência externa, nos meios utilizados ou nos próprios atores das relações, mas também a importância dos direitos humanos, na medida em que cada vez mais aceita-se um universo mínimo de direitos que alguém, pela simples condição humana, deve ter numa sociedade contemporânea e dinâmica.

Como salientado, adotando a teoria dualista, o direito internacional, por si só não pode ser fundamento jurídico no ordenamento interno brasileiro, apenas sua manifestação, composta pelo instrumento normativo que o adotou. Não obstante a ausência de responsabilidade interna, subsiste a responsabilidade internacional. 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.

Quando um direito emanado por um tratado assinado pelo país é violado por um de seus agentes, ou mesmo quando esse Estado permite que esse direito seja violado, por ausência de norma legal interna que o proteja, ele responde na esfera internacional, por ser sua a responsabilidade diante da comunidade jurídica externa. Ainda que a responsabilidade individual não possa ser aferida, restará sempre a responsabilidade estatal na esfera internacional, por violação da obrigação assumida por ele perante os demais atores.²²

O Estado pode ter sua punição determinada por órgãos jurisdicionais internacionais, mas a execução dessa pena pode ser problemática, uma vez que, pela descentralização do direito internacional, falta força coercitiva desses órgãos, em especial para determinadas penas. Entretanto, existem determinadas sanções que podem ser aplicadas por órgãos com influência suficiente para fazer valer sua decisão, como no caso da Organização das Nações Unidas (ONU), que tem a Corte Internacional de Justiça, ou Corte de Haia, como principal órgão judiciário, capaz de aplicar sanções penais aos países por descumprimentos de normas e

²² Ibid., p. 510.

preceitos internacionais²³. Os demais países integrantes são capazes de conferir executoriedade à aplicação da pena, que envolvem: retorsão, represálias, embargos, boicotagem, ou mesmo rompimento de relações diplomáticas²⁴, fazendo com que, na ordem internacional atual, dificilmente um país saia impune de graves violações de direitos humanos. É o que se percebe, no momento atual, na Coreia do Norte, que insiste em desrespeitar acordos internacionais regulando armamento atômico nuclear e sendo punida pelos demais integrantes da ONU, que, juntos, possuem influência coercitiva suficiente de modo a inibir violações.

Tais sanções advêm apenas da responsabilidade do Estado perante outros Estados, mas deve-se lembrar de que o descumprimento de normas internacionais, em especial aquelas de direitos humanos emanadas por tratados assinados pelo Estado coator, configuram ilícitos internacionais contra os demais Estados signatários daquele acordo internacional, permitindo a aplicação das penas. Ademais, como dito, a crescente globalização e desaparecimento contínuo de barreiras físicas entre países, com constantes relações internacionais (simplesmente acessar um sítio de internet baseado em outro país já configuraria uma relação internacional sem fronteiras, demonstrando o dinamismo do mundo atualmente) demanda o crescimento do direito internacional e de sua aplicação na regulação das complexas relações do mundo no século XXI, que passa a ser cada vez mais presente e a se envolver cada vez mais em ações envolvendo pessoas privadas e seus próprios Estados, interferindo, por exemplo, em violações patentes de direitos humanos de países, ainda que não sejam signatários de tratados específicos.

Com o advento da internet, é cada vez mais difícil, se não impossível, esconder violações a direitos primordiais da mera condição de ser humano, fazendo surgir fortes movimentos sociais que exigem a intervenção internacional nos países coatores. Dessa forma, cada vez mais o direito internacional se mostra barreira para a ilimitabilidade do Poder Constituinte Originário, já que, não apenas o Estado que supre determinados direitos fundamentais pode se ver responsabilizado e punido na ordem internacional, como pode ser condenado socialmente, prejudicando sua economia e sua imagem internacional.

²³ Ibid., p. 953 e 954.

²⁴ Ibid., p. 962 a 966.

3. POSSIBILIDADES PRÁTICAS DE CONTROLE DO PODER CONSTITUINTE ORIGINÁRIO

Por fim, deve-se atentar ao problema da possibilidade concreta de implementação dos limites ao Poder Constituinte Originário. O tema se mostra especialmente difícil, pois a prática esbarraria em violações a direitos humanos básicos, dificultando qualquer ação legal, numa visão estritamente positivista, no eventual sistema vigente.

Saliente-se que, num Estado Democrático de Direito, o poder só pode ser justificado através da realização de direitos fundamentais, em especial a dignidade da pessoa humana, base de todo o sistema dos direitos humanos.²⁵ Assim, em sentido contrário, o desrespeito a esse conceito retira a justificativa do poder conferido a esse Estado, tornando ilegítimas as ordens emanadas por ele e, por sua vez, legitimando ações de resistência a essas ordens. Destarte, ainda que estritamente ilegais diante do sistema vigente, as reações ao poder ilegítimo seriam justificáveis na defesa da democracia.

Na ausência de instituições democráticas pela defesa dos direitos humanos, pois violados pelo nova Constituição, em desrespeito aos limites que lhe são naturalmente impostos por sua própria natureza e pelos seus detentores, como analisado no primeiro capítulo do presente trabalho, a primeira linha de defesa dos cidadãos seria o chamado direito de resistência, concretizado precipuamente pela desobediência civil.

Essa resistência à opressão remonta suas origens ao próprio surgimento do conceito de poder, ao qual sempre haverá oposição, mas foi reconhecido como direito humano natural apenas no século XVIII, ao ser apresentado como justificativa para os movimentos revolucionários na América do Norte – a Revolução Americana – e na França – a Revolução Francesa.²⁶ Assim, como todo o poder emana do povo, conforme o art. 1º, parágrafo único da CRFB/88²⁷, esse povo igualmente possui legitimidade para se insurgir contra um poder ilegítimo, que fere direitos humanos e distorce as instituições democráticas sobre as quais baseia sua autoridade, consistindo, a resistência à opressão, “uma forma de participação direta do cidadão no exercício do poder quando os processos institucionais se mostram insuficientes”.²⁸ Inclusive, a Declaração Universal dos Direitos Humanos²⁹, em seu

²⁵ ARAUJO, Roberta Corrêa de. *Legitimidade do Poder Político*. Curitiba: Juruá, 2015, p. 248.

²⁶ PAULIN, Pedro Irirs. A desobediência civil como estratégia dos movimentos sociais pelo acesso ao espaço político. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*, São Paulo, ano 19, vol. 74, p. 235.

²⁷ BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 06 mar. 2017.

²⁸ PAULIN, op.cit. pp. 236 e 237.

²⁹ ONU. *Declaração Universal dos Direitos Humanos*. Disponível em <http://www.ohchr.org/EN/UDHR/Documents/UDHR_Translations/por.pdf>. Acesso em: 23 set. 2017.

preâmbulo, dispõe que “é essencial a proteção dos direitos do Homem através de um regime de direito, para que o Homem não seja compelido, em supremo recurso, à revolta contra a tirania e a opressão”, ou seja, a resistência, expressada através da desobediência civil, se torna o último recurso contra um governo antidemocrático, violador de princípios basilares inerentes à condição humana.

O direito de resistência é exercido, como dito, através da desobediência civil, conceituada por John Rawls³⁰ como “um ato público, não violento, consciente, e não obstante um ato político, contrário à lei, geralmente praticado com o objetivo de provocar uma mudança na lei e nas políticas de governo”. Tem-se, portanto, que a desobediência é externada por meio das mais diversas formas de protestos e movimentos sociais, devendo ser pacíficos para serem legítimos. Entretanto, entendo, a despeito do conceito apresentado, que a partir do momento que esses movimentos não violentos são suprimidos através de violência por um poder ilegítimo, surge, então, o direito de se defender, da forma necessária, ainda que não pacífica, sem que isso retire a legitimidade do movimento.

Ademais, essa resistência é, por sua natureza, um fenômeno coletivo, eis que se trata da vontade do povo, não de indivíduos, legitimando a democracia e lutando contra um governo arbitrário e irregular.³¹

A seguir, outra forma de controle do Poder Constituinte Originário, relacionada com o limite imposto pelo direito internacional, está o acesso aos órgãos e Cortes internacionais, sobretudo a Corte Interamericana de Direitos Humanos (CIDH) – Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de San José) – e a Corte Internacional de Justiça (CIJ) – Organização das Nações Unidas (ONU) –, que visam tutelar, não apenas os interesses estatais na esfera supranacional, mas também os de particulares, cujos direitos tenham sido violados por consequência da quebra de um tratado do qual o Brasil é signatário.

Como salientado anteriormente, eventual mudança constitucional no país não exclui os compromissos internacionais assumidos pelo Brasil, subsistindo sua obrigação de respeitar os acordos firmados, sob pena de ser responsabilizado internacionalmente. Além das sanções que podem ser impostas pelos órgãos e Cortes internacionais, existe também um dano à imagem do país que viola os tratados.

³⁰ RAWLS apud PAULIN, Pedro Irirs. A desobediência civil como estratégia dos movimentos sociais pelo acesso ao espaço político. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*, São Paulo, ano 19, vol. 74, p. 245.

³¹ TEIXEIRA, Denilson Victor Machado. *Direito de resistência e desobediência civil: análise e aplicação no Brasil*. Disponível em < <https://jus.com.br/artigos/22230/direito-de-resistencia-e-desobediencia-civil-analise-e-aplicacao-no-brasil>>. Acesso em: 23 set. 2017.

Segundo Mazzuoli³², a sanção internacional é elemento de eficácia da norma, sendo fundamental para o direito internacional. Assim, a responsabilidade supranacional do Estado acaba sendo essencial para o funcionamento efetivo do direito externo. Essa responsabilidade, assim como a desobediência civil, possui um viés mais coletivo do que individual³³, ainda mais quando se trata de um sistema político implantado violador dos princípios democráticos e, conseqüentemente, dos limites do Poder Constituinte Originário, sistema, esse, cujas instituições violam o direito da maioria dos cidadãos daquele Estado.

A CIJ, órgão da ONU, tem competência para dirimir conflitos apenas entre Estados. Entretanto, a violação aos tratados firmados gera prejuízo aos demais signatários do acordo, causando-lhes prejuízo, podendo esses Estados representar contra o contraventor perante a CIJ, que terá a competência de impor sanções. No caso de desrespeito às decisões da CIJ, a parte contrária pode recorrer ao Conselho de Segurança da ONU, que poderá adotar medidas para o cumprimento da sentença.³⁴

A CIDH, cuja competência foi ratificada pelo Brasil em 1992, pela forma que foi instituída, acaba sendo o principal recurso internacional para a proteção dos direitos humanos dos cidadãos prejudicados pelo Estado violador, pois, apesar de não permitir o acesso direto de particulares, admite que representem perante a Comissão Interamericana de Direitos, que, então, poderá levar o caso para a Corte e impor sanções ao Estado violador.³⁵

A função precípua da CIDH, conforme leciona Mazzuoli³⁶, é “promover a observância e a defesa dos direitos humanos”. A natureza da proteção oferecida por ela, no entanto, é suplementar àquela provida pelos Estados, atuando em situações que essa proteção seja insuficiente ou mesmo inexistente³⁷, como poderia ocorrer no caso de desrespeito aos limites do Poder Constituinte Originário.

A permissão da atuação em caso de proteção deficiente legitima que a CIDH pratique o chamado “controle de convencionalidade”, definido como “a análise da compatibilidade entre atos internos de cada Estado em face de normas internacionais”³⁸. Ainda que, como visto, o Brasil adote a primazia da Constituição, em detrimento do direito internacional,

³² MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. *Curso de Direito Internacional Público*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 510.

³³ *Ibid.*

³⁴ *Ibid.* p. 579.

³⁵ *Ibid.* p. 613, 828 e 829.

³⁶ *Ibid.* p. 828.

³⁷ *Ibid.* p. 826.

³⁸ SANTOS, Alexandre Dantas Coutinho. O controle de convencionalidade e a sua repercussão no direito brasileiro. In: SARMENTO, Daniel (Org.). *Jurisdição Constitucional e Política*. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p.427.

exceto nos casos de tratados de direitos humanos internalizados na forma do art. 5º, §3º da CRFB, a Corte Interamericana de Direitos Humanos aplica as normas de direito internacional, por possuírem natureza supranacional, em casos de conflito com as normas internas dos países signatários do Pacto de San José da Costa Rica que admitiram a jurisdição da Corte e cuja proteção interna seja deficiente diante daquela oferecida pela Convenção Americana.³⁹ Assim, a sanção pode ser aplicada através do controle de convencionalidade caso o direito interno do Estado conflite com as normas emanadas pelos tratados, gerando responsabilidade internacional independentemente do direito interno.

Deve-se salientar que a CIDH, por si só, não possui órgão para garantir a eficácia executiva de suas decisões na esfera interna dos Estados membros⁴⁰, ou seja, a eficácia das sanções, em verdade, depende da ação dos demais membros da Convenção Americana, capazes de impor sanções econômicas internacionais que, ainda que não garantam reparação dos cidadãos daquele Estado, ou a proteção efetiva dos seus direitos humanos, permitem algum tipo de repreensão às violações perpetradas.

Saliente-se, portanto, que, a nosso sentir, o direito à resistência e a desobediência civil ainda são as formas mais eficazes de o povo, legítimo detentor do Poder Constituinte Originário, fazer valer sua vontade e impor-lhe os devidos limites, como se pôde ver, historicamente, durante a ditadura militar no Brasil, através de movimentos sociais de resistência que culminaram com o famoso protesto das “Diretas Já”, exigindo a volta da Democracia. Os movimentos sociais do final da década de 60 até meados da década de 80 demonstram o efetivo exercício do direito de resistência no Brasil, demonstrada a legitimidade dos movimentos, pois, apesar de ilegais à luz da legislação e Constituição vigente à época, não coube qualquer tipo de sanção sob a égide da nova Constituição de 1988.

CONCLUSÃO

Esta pesquisa constatou, como problemática essencial, a existência de um conflito entre a doutrina clássica de direito constitucional, que acredita ser ilimitado o Poder Constituinte Originário, e a doutrina contemporânea, que admite limitações, baseadas nos conceitos de Estado Democrático de Direito, Neoconstitucionalismo e Pós-positivismo, que veem os princípios e os direitos humanos como atemporais e acima de qualquer valor social que possa ser emanado por uma Constituinte.

³⁹ Ibid. p. 428 e 429

⁴⁰ MAZZUOLI, op. cit. p. 839.

O Poder Constituinte Originário, de titularidade do povo, não poderia ser utilizado contra ele, tolhendo seus direitos mais básicos e fundamentais, que advém da mera condição de humano. O Estado surge, segundo estudiosos da Teoria do Estado, a partir do Contrato Social, em que os cidadãos abrem mão de parte de suas liberdades em troca de segurança e de organização social, imposta pelo governante, que só se justifica se realizar os direitos humanos de seu povo, sendo ilegítimo qualquer movimento que vise findá-los.

Deduzi no primeiro capítulo do trabalho, portanto, que os direitos humanos, enquanto, numa posição jusnaturalista, inerentes à condição humana, representam limites ao Poder Constituinte Originário, que não pode ser usado para prejudicar seus titulares, legitimadores de seu exercício.

Continuo analisando a posição do direito internacional, enquanto esfera jurídica independente do ordenamento interno de cada Estado, como limite ao Poder Constituinte, observando que as obrigações assumidas internacionalmente pelo país subsistem, mesmo diante de eventuais mudanças constitucionais, podendo embasar sanções por seu descumprimento.

O terceiro capítulo intenta apresentar meios de impor os limites ao Poder Constituinte Originário, admitindo que, na ausência de um Estado legítimo, respeitador dos direitos de seus cidadãos, a tarefa se mostra árdua, mas não impossível, como demonstrado por diversos movimentos sociais insurgentes na história mundial, como as Revoluções Francesa e Americana.

Conclui-se, portanto, que, pela teoria constitucional moderna, o Poder Constituinte Originário não pode ser concebido como ilimitado, encontrando limites naturais, principalmente, nas vontades de seus próprios detentores, o povo. O presente trabalho, por óbvio, não pretende esgotar o tema, mas trazer à tona a discussão, diante de momentos políticos conturbados.

A pesquisa é desenvolvida pelo método hipotético-dedutivo, uma vez que o pesquisador pretende eleger um conjunto de proposições hipotéticas, as quais acredita serem viáveis e adequadas para analisar o objeto da pesquisa, com o fito de comprová-las ou rejeitá-las argumentativamente.

Para tanto, a abordagem do objeto desta pesquisa jurídica é necessariamente qualitativa, porquanto o pesquisador pretende se valer da bibliografia pertinente à temática em foco, analisada e fichada na fase exploratória da pesquisa, para sustentar a sua tese.

REFERÊNCIAS

- ARAÚJO, Roberta Corrêa de. *Legitimidade do Poder Político*. Curitiba: Juruá, 2015.
- BARROSO, Luís Roberto. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.
- BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 06 mar. 2017.
- _____. Supremo Tribunal Federal. *RE nº 466433*. Relator: Ministro Cezar Peluso. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28RE%24%2ESCLA%2E+E+466343%2ENUME%2E%29+OU+%28RE%2EACMS%2E+ADJ2+466343%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos>>.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003.
- KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.
- LENZA, Pedro. *Direito Constitucional Esquematizado*. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.
- MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. *Curso de Direito Internacional Público*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.
- MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.
- MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 29. ed. São Paulo: Atlas, 2013.
- ONU. *Declaração Universal dos Direitos Humanos*. Disponível em <http://www.ohchr.org/EN/UDHR/Documents/UDHR_Translations/por.pdf>. Acesso em: 23 set. 2017.
- PAULIN, Pedro Irires. A desobediência civil como estratégia dos movimentos sociais pelo acesso ao espaço político. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*, São Paulo, ano 19, vol. 74, p. 235-288, jan.-mar. 2011.
- PIOLI, Roberta Raphaella. *Poder constituinte: espécies e limitações*. Disponível em <<http://ultimainstancia.uol.com.br/conteudo/colunas/65198/poder+constituente+especies+e+limitacoes.shtml>>. Acesso em: 05 abr 2017.
- SANTOS, Alexandre Dantas Coutinho. O controle de convencionalidade e a sua repercussão no direito brasileiro. In: SARMENTO, Daniel (Org.). *Jurisdição Constitucional e Política*. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 425-475.
- SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 33. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

TEIXEIRA, Denilson Victor Machado. *Direito de resistência e desobediência civil*: análise e aplicação no Brasil. Disponível em < <https://jus.com.br/artigos/22230/direito-de-resistencia-e-desobediencia-civil-analise-e-aplicacao-no-brasil>>. Acesso em: 23 set. 2017.