O PODER CONSTITUINTE ORIGINÁRIO E SUAS LIMITAÇÕES MATERIAIS PARA GARANTIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS DA PESSOA HUMANA.

Igor Mariano Bernardes Aguiar[1]

Paulo Henrique Dos Santos Sousa[2]

Valdirene Cássia Da Silva[3]

RESUMO

Este estudo busca demonstrar que existem limitações ao Poder Constituinte Originário diante dos Direitos Fundamentais. Para atingir este objetivo, foram revisadas obras literárias de autores consagrados na presente temática. Em se tratando de uma revisão doutrinária é possível evidenciar diversos pontos de vista a respeito do assunto, dado a complexidade do tema. Obteve-se como resposta, a partir da leitura das obras, a compreensão de que o Poder Constituinte Originário é dotado de caráter ilimitado, todavia, em determinados casos pode ser restrito em face da dignidade da pessoa humana, considerando-se sua aplicabilidade em âmbito internacional.

Palavras-chave: Poder Constituinte Originário; Limitações; Direitos Fundamentais; Dignidade da Pessoa Humana.

1 INTRODUÇÃO

Conforme a pirâmide jurídica de Hans Kelsen, a Constituição fica no topo de toda a estrutura normativa. Em função desse posicionamento hierárquico o poder constituinte é visto como ilimitado. Assim, esse poder é anterior à própria criação do Estado e independe de qualquer ordem jurídica previamente estabelecida. Essa visão positivista do direito prevaleceu por tempo superior a um século até que, diante de importantes acontecimentos históricos, a visão puramente positiva da constituição, que não deveria estar subordinada aos direitos humanos, deu origem a uma nova

[1] Acadêmico do 10º Período do Curso de Direito do UniCatólica.
[2] Acadêmico do 10º Período do Curso de Direito do UniCatólica.
[3]Orientadora. Doutora e Mestre em Educação pela Universidade Federal da Bahia. Especialista em Comunicação, Estratégias e Linguagens. Graduada em Comunicação Social, habilitação em Relações Públicas. Atualmente é professora titular do Centro Universitário Católica do Tocantins - UniCatólica. Tem experiência na área de Comunicação, com ênfase em educação, tecnologias da informação e da comunicação, atuando principalmente nos seguintes temas: formação de professores, comunicação, mídia e cultura. Membro do Programa de Pós-graduação em Ensino de Ciências e Saúde, da Universidade Federal do Tocantins-Brasil.

visão do constitucionalismo. Nesta visão passou-se a contestar essa característica da ilimitabilidade do Poder Constituinte, acreditando-se que existem limites materiais a este Poder.

O Poder Constituinte Originário, conforme entendimento doutrinário, é o meio pelo qual inaugura-se um novo ordenamento jurídico de um determinado Estado, de maneira que esta nova ordem jurídica é independente e autônoma em detrimento à anteriormente estabelecida. O povo é titular desse Poder, portanto, todo poder deve, em última análise, ser controlado pelo povo.

Os governados possuem Direitos Fundamentais, direitos estes universais. Estes direitos impõem limites ao Poder Constituinte Originário, mostrando que ele está fadado a sofrer uma redefinição conceitual com fundamento no constitucionalismo contemporâneo e na caracterização da universalidade dos direitos fundamentais.

2 O PODER CONSTITUINTE ORIGINÁRIO

Durante o Iluminismo a compreensão da sociedade sobre a Constituição mudou significativamente. Esta época envolveu uma reavaliação significativa da realidade social, bem como várias revoluções intelectuais, incluindo a francesa. Como resultado dessa reconsideração, Bobbio (2006) diz que, decidiu-se que as relações de poder político deveriam ser definidas e reguladas por normas jurídicas contidas em um grupo de normas constitucionais. Além disso, decidiu-se que um Estado deveria ter um núcleo material - ou fundamento - da realidade social.

Inerentemente ao Iluminismo surgem os movimentos constitucionalistas e se desenvolve a teoria do Poder Constituinte. Esses Movimentos constitucionalistas afirmam que as leis definidas nas constituições devem ser usadas para implementar novas ideias como liberdade, igualdade e democracia. No ápice do movimento revolucionário francês, foi aprovada a Declaração dos Direitos do Homem e Cidadão, manifestação clara do conceito material da Constituição conforme extraído de seu art. 16: “Qualquer sociedade em que não esteja assegurada a garantia dos direitos, estabelecida a separação dos poderes, tem Constituição”.

A Revolução Francesa acreditava que os erros constantes no governo eram devidos ao obscurantismo de séculos anteriores de ignorância. Sua inspiração veio principalmente da declaração dos direitos do homem e na formulação inglesa de uma monarquia constitucional. Consequentemente, os revolucionários franceses

procuraram desconstituir a tradição e abolir as tradições consideradas sagradas, eles acreditavam que isso permitiria que um Poder Constituinte Originário onipotente, autônomo criasse uma nova ordem jurídica (CAETANO, 1996).

Mendes (2010) destaca que Emmanuel Sieyès criou a teoria do Poder Constituinte às vésperas da Revolução Francesa. Em sua obra “O que é o Terceiro Estado?” ele desafiou ideias anteriores sobre o poder originário divino. Isso, consequentemente, rompeu com a legitimação dinástica do poder.

O poder constituinte originário é o poder político que tem as condições para a criação da Constituição, lei fundamental do sistema jurídico, de forma inaugural, ilimitada e incondicional em relação ao ordenamento jurídico anterior. Ela se manifesta como uma força que se constitui em sua pureza, criadora da Constituição, rompendo a ordem jurídica existente e inaugurando um novo ordenamento (FILHO, 1999). Este poder onipotente, que nunca sai do estado de natureza e não está sujeito a nenhuma coação, é a maior manifestação de vontade do estado, e não está vinculado a nenhum poder ou forma pré-estabelecida, conforme a sua característica denominada incondicionalidade, fazendo com que a legislação anterior perca a sua validade.

O Poder Constituinte Originário tem a característica de ser irrestrito por lei, ou seja, não é restringido por disposições legais anteriores. Por exemplo, pode mudar completamente a estrutura do Estado ou os direitos dos cidadãos sem questionar sua validade com base no sistema jurídico anterior. Afirma o Doutrinador Canotilho (2003, 67), “que este poder deve obedecer a padrões e modelos de conduta espirituais, culturais, éticos e sociais radicados na consciência jurídica geral da comunidade”.

Este poder pode ser também histórico, quando elabora uma primeira constituição, a partir do surgimento de um estado novo, ou pode ser originário ou revolucionário, que acontece quando o estado já possui uma constituição respectiva, vindo a criar outra e revogá-la. O verbo revolução é colocado para traduzir a imensa quebra com o sistema político e social que produzia efeito em um estado. De maneira que, seria desnecessário que se tratasse de uma revolução contenciosa, havendo a possibilidade de ser uma revolução harmoniosa, podendo ser proveniente tanto de um plebiscito, como de uma ação popular (Moraes, 2003)

Max Weber (1982) aduz em sua obra, Ensaios de Sociologia, traduzida por Waltensir Dutra, que o Estado se dá desde uma sociedade política, sendo constituída pela comunidade que reside em um território, com o intuito de combater arbitrariedades impostas pelos regimes totalitaristas. Assim, entende-se a norma

constituinte dotada de soberania que organiza os ditames de determinada comunidade, estabelecendo deste modo as suas normas com a finalidade de evitar injustiças sociais.

A teoria clássica do poder constituinte distorce conceitos constitucionais fundamentais ao objetivar os seres humanos e ignorar as forças culturais e políticas pluralistas a que estão sujeitos. A legitimidade popular e o princípio democrático limitam a manifestação constitucional, que deve garantir a manutenção dos direitos fundamentais justamente por seu caráter democrático e universalista. Assim, O Poder Constituinte, teoricamente um poder absoluto, é moldado pela consciência cultural do povo e pelas opiniões filosóficas e jurídicas de seus representantes. Assevera Wachowicz (2008) que é impossível reintroduzir a escravidão ou o feudalismo como sistemas jurídicos no século atual devido à evolução da doutrina do Direito Constitucional. Destarte será possível avaliar o conteúdo e a legitimidade da Constituição com base em certos princípios como dignidade humana, justiça, liberdade, igualdade e democracia.

2.1 A titularidade do Poder Constituinte Originário

Saber a quem pertence o Poder Constituinte Originário é saber qual autoridade política pode estabelecer uma nova ordem jurídica por meio de leis de ordem superior. O Poder Constituinte, entendido como a soberania constitucional do povo ou o poder coletivo de ordenar seu próprio destino dentro do Estado, parece evidente sob a hegemonia dos regimes democráticos contemporâneos. Afinal, se a condição de todo poder é, em última análise, ser aceita pelos governados, então pode-se dizer que a soberania e, portanto, o poder originário pertence ao povo.

Segundo Silva (2012), essa perspectiva é fruto da minuciosa construção da doutrina constitucional, assim como o regime político democrático é uma evolução histórica. Bonavides (2008) ressalta que foi a partir dos movimentos constitucionalistas que a teoria do Poder Constituinte passou a ser inserida nos conceitos de soberania nacional e soberania popular, resultando em uma nova versão de soberania e autoridade governamental, exercida pela nação de forma participativa, como o único que possui essa supremacia.

Assim, as correntes filosóficas do individualismo e do iluminismo, ao desenvolverem uma teoria do poder constituinte que se permite querer e criar novas

ordens políticas e sociais, conduzem também ao Estado constitucional, à representação ou ao Estado de Direito.

De acordo com Canotilho (2003), o exercício da forma democrática pode ocorrer direta ou indiretamente. Em primeiro lugar, as pessoas estão diretamente envolvidas no processo de elaboração da constituição por meio de referendos, plebiscitos ou propostas para promulgar certas disposições constitucionais. No segundo caso, a participação popular mais frequente ocorre indiretamente por meio de uma assembleia constituinte composta por representantes eleitos pelo povo. (Constituição Federal de 1988, art. 14).

Assim, a titularidade do exercício do Poder Constituinte está intimamente relacionada ao princípio democrático. As constituições são consideradas de origem democrática somente se forem efetivamente promulgadas nas condições mínimas de liberdade e participação efetiva dos cidadãos, e não impostas pelos governantes (MIRANDA, 2000). Tampouco, é possível separar a titularidade do poder da própria comunidade. Portanto, a cerne do estado como coletivo de pessoas é uma comunidade, que não se reduz a instituições e entidades que expressam sua vontade. Além disso, os detentores de parcelas de poder político são oriundos do coletivo e devem ser nomeados entre seus membros.

Em um regime democrático, de acordo com Gomes (2011), a titularidade está atrelada à supremacia da vontade que, se materializa com a ocorrência de eleições de forma periódicas, com o voto direto e secreto, no qual todos os cidadãos, devidamente legitimados, podem exercer o voto, bem como serem votados. Diferentemente do que ocorre em um governo aristocrático, onde o governo é posto para uma minoria privilegiada em detrimento de toda a nação. Ainda de acordo com o autor, compreende-se que o fato de o povo ter sido titularizado como legítimo possuidor do poder originário, fez com que cada vez mais se consolidasse a ideia da supremacia do interesse dos cidadãos.

Na França, Emmanuel Joseph Sieyès foi precursor ao analisar a nação como detentora desse poder político. Para Sieyès, a titularidade do poder constituinte era marcadamente participativa, com a nação tendo poder supremo sobre o Estado e podendo construir sua própria organização (FILHO, 2010). Ainda de acordo com o autor, vários significados de uma nação podem ser identificados. É geralmente considerada no sentido sociológico, ou seja, uma comunidade com uma base cultural comum. Embora haja uma tendência de que uma nação seja também um estado, não

são necessariamente coincidentes, pois nesse sentido podem existir várias nações diferentes dentro de um mesmo estado.

Sieyès atribui à nação um sentido de comunidade que inclui um interesse permanente que não se limita aos interesses dos indivíduos que o criaram em determinado momento. Na ideia de Sieyès, o poder supremo existirá no interesse de toda a sociedade, em sua permanência no tempo, um poder que não pertence a cada um, mas a todos, e, portanto, indivisível (FILHO, 2010).

Ao longo dos séculos, à medida que os princípios democráticos e o sufrágio universal amadureceram, a doutrina constitucional começou a combinar esses conceitos anteriormente opostos. De fato, todo o povo, na esfera do exercício do direito de voto, faz parte da soberania nacional e é membro da nação. O Poder Constituinte da nação é uma força permanente (BARROSO, 2010), ela não desaparece quando expressa - em vez disso, é uma manifestação da liberdade humana. O poder constituinte da nação subsiste, e se manifesta, entre outras coisas, na possibilidade de seu exercício originário, o de criar uma nova constituição.

Nos tempos modernos, utiliza-se o termo Povo para se referir ao beneficiário desse Poder em seu sentido plural. Este termo refere-se ao sujeito político coletivo com sentido de grandeza nas políticas plurissubjetivas que influenciam a formação do sentimento político antes das constituições e durante o próprio processo de constituição (CANOTILHO, 2003). As pessoas não precisam ser de uma etnia específica ou ter um poder econômico determinado; eles só precisam compartilhar uma imensidão de forças em comum. Caetano destaca:

> Preferimos, pois, a palavra Povo para designar a coletividade humana que, a fim de realizar um ideal próprio de justiça, segurança e bem-estar, reivindica a instituição de um poder político privativo que lhe garanta o direito adequado às suas necessidades e aspirações.
>
> A coletividade que pela primeira vez se erige em Estado pode já ser uma Nação, mas pode também ser constituída por indivíduos provenientes de outra Nação ou de várias Nações, a quem a fixação em novo território haja dotado de condições de vida diferentes das originais, inspirando-lhes novos ideais jurídicos. O Povo é, pois, o conjunto dos indivíduos que para a realização de interesses comuns se constitui em comunidade política, sob a égide de leis próprias e a direção de um mesmo poder.
>
> Porque o povo que é constituído apenas por nacionais, resulta que só esses podem intervir no exercício do poder constituinte (originário). (CAETANO, 1996, p. 123-124).

Com a consolidação do povo como titular do Poder Constituinte Originário, direitos fundamentais se fazem necessários de serem garantidos na respectiva

legislação de um país, conforme assevera tratados internacionais. Deste modo, o povo sendo titular de direitos e deveres, uma constituição inicial deve ser soberana, no que concerne a todos os direitos inerentes à pessoa humana (MENDES, 2009). Compreende-se, pois, que, apenas nas constituições nas quais a nação detém o poder constituinte originário, de forma direta ou indireta, através dos governantes eleitos e, sendo titular deste Poder originário, faz com que se exteriorize o Regime Democrático de Direito.

3 DIREITOS FUNDAMENTAIS

O entendimento acerca dos direitos fundamentais, pode ser estabelecido a partir de três correntes de pensamento. A primeira possuindo uma noção da escola do jusnaturalismo, que aborda esses direitos como antecedentes a qualquer lei estabelecida, sendo uma peculiaridade concernente à própria humanidade. Já a segunda, defendida pelos juspositivistas, que esses direitos nascem das normas positivadas em um ordenamento jurídico. A terceira corrente sustenta que as normas fundamentais foram conquistadas ao longo do tempo através de muita batalha. Este último pensamento é o mais dominante na atualidade não havendo um surgimento de fato, de maneira que estão constantemente em evolução (CANOTILHO, 1998).

Como as observações históricas demonstram, os direitos fundamentais associados ao reconhecimento das esferas de poder político do povo mostram-se incompatíveis com os regimes totalitários. Não há necessidade de falar adequadamente sobre direitos e liberdades fundamentais em um estado totalitário, ou pelo menos no totalitarismo em geral, onde não se pode encontrar uma relação direta do povo com o poder. Portanto, os direitos fundamentais são a garantia dos princípios democráticos (MIRANDA, 2000).

Os direitos fundamentais relacionam-se profundamente com os princípios democráticos, nas palavras de Bobbio:

> O reconhecimento e a proteção dos direitos do homem estão na base das Constituições modernas, (...) Direitos do homem, democracia e paz são três momentos necessários do mesmo movimento histórico: sem direitos do homem, reconhecidos e protegidos, não há democracia; sem democracia, não existem as condições mínimas para a solução pacífica dos conflitos. Em outras palavras, a democracia é a sociedade dos cidadãos, e os súditos se tornam cidadãos quando lhes são reconhecidos direitos fundamentais; haverá paz estável, uma paz que não tenha a guerra como alternativa,

> somente quando existirem cidadãos não apenas deste ou daquele Estado, mas do mundo (BOBBIO, 2004, p. 1).

A compreensão doutrinária é de que os direitos fundamentais detêm três gerações. A primeira geração dos direitos fundamentais é inspirada no direito natural. Esses direitos são característicos do indivíduo e demonstrados por meio de sua subjetividade. São considerados “negativos” porque oferecem resistência e oposição ao Estado. Além de separar a sociedade do Estado, esses direitos evidenciam a clara distinção entre eles. Envolvem os direitos da liberdade, que são os direitos civis e políticos, decorrentes das revoluções liberais e da transição do Estado Absolutista para o Estado de Direito (BONAVIDES, 2008).

A segunda geração dos direitos fundamentais surge porque percebeu-se que a mera liberdade não garante dignidade. Essa geração alcança os direitos relacionados à igualdade, abrangendo os direitos sociais, direitos econômicos e os direitos culturais, em razão da evolução do Estado Liberal para o Estado Social. Ao contrário da dimensão anterior, os direitos de segunda geração reconhecem ao indivíduo direito a prestações estatais. Ou seja, o Estado passa a ser obrigado a atuar positivamente para garantir os direitos sociais, econômicos e culturais (BOBBIO, 2004).

A terceira geração dos direitos fundamentais são direitos de fraternidade ou solidariedade. São direitos difusos e coletivos garantidos às pessoas em geral. Esses direitos incluem a defesa do meio ambiente e dos consumidores. Direitos que abrangem todos em uma comunidade que possam ser afetados por práticas prejudiciais (BONAVIDES, 2008). Ressalta o STF sobre o meio ambiente:

> (...) O direito à integridade do meio ambiente – típico direito de terceira geração – constitui prerrogativa jurídica de titularidade coletiva, refletindo, dentro do processo de afirmação dos direitos humanos, a expressão significativa de um poder atribuído, não ao indivíduo identificado em sua singularidade, mas, num sentido verdadeiramente mais abrangente, à própria coletividade social.(..).(MS 22.164/SP , Relator Ministro Celso de Mello, Tribunal Pleno, julgado em 30.10.1995, DJ 17.11.1995).

O STF esclarece muito bem o posicionamento da Corte em relação aos direitos fundamentais:

> Enquanto os direitos de primeira geração (direitos civis e políticos) – que compreendem as liberdades clássicas, negativas ou formais – realçam o princípio da liberdade e os direitos de segunda geração (direitos econômicos, sociais e culturais) – que se identificam com as liberdades positivas, reais ou concretas – acentuam o princípio da igualdade, os direitos de terceira geração, que materializam poderes de titularidade coletiva atribuídos genericamente a todas as formações sociais, consagram o princípio da solidariedade e constituem um momento importante no processo de

> desenvolvimento, expansão e reconhecimento dos direitos humanos, caracterizados, enquanto valores fundamentais indisponíveis, pela nota de uma essencial inexauribilidade (MS 22.164/SP, Relator Ministro Celso de Mello, Tribunal Pleno, julgado em 30.10.1995, DJ 17.11.1995).

Outros doutrinadores proeminentes afirmam que existem quarta e quinta gerações dos direitos fundamentais. Bobbio (2004), insere na quarta geração dos direitos fundamentais os direitos relacionados à pesquisa biológica e à manipulação do patrimônio genético humano. Sob outra perspectiva, Bonavides (2008), entende que a quarta geração dos direitos fundamentais envolve a proteção da dignidade por meio do acesso à democracia, à informação e à participação política. Ainda de acordo com o autor, existe a quinta geração dos direitos humanos, responsável pelo direito à paz, principalmente devido a atentados terroristas como o “11 de setembro de 2001”, que apavorou a comunidade internacional e colocou medo de novos atentados e ataques à paz mundial.

Nesse sentido, os direitos fundamentais são dotados de alguns traços marcantes como o fato de possuírem um caráter universal de maneira que pertencem a todos, sendo inerente ao próprio ser humano. É dotado de imprescritibilidade, levando em conta que não decaem com o tempo. São irrenunciáveis, não podendo os seus titulares indispor desses preceitos inerentes à sua dignidade. São inalienáveis, não podendo ser negociados, bem como, indivisíveis, tendo em mente que formam um conjunto coletivo. E devem ser de aplicação imediata. De modo que não admite o retrocesso (LENZA, 2015)

Os direitos fundamentais possuem caráter universal, sendo que eles passaram a ter esse reconhecimento de universalidade a partir do fim da Segunda Guerra Mundial, em que o avanço do direito internacional público culminou na crescente internacionalização dos direitos fundamentais, designado internacionalmente pelo termo “direitos humanos” (Bilder,1992). Nessa concepção de universalidade, Ramos (2017), afirma que dois atributos foram priorizados na busca pela internacionalização dos direitos fundamentais, são eles: o reconhecimento de que os seres humanos estão sujeitos a direitos e a imposição de limites à soberania dos Estados. Fato que foi motivado pela constatação de que a dignidade humana havia sido totalmente violada devido a tais conflitos, com os estados agindo sem consideração pelos demais. Isso foi feito para evitar que os estados agissem arbitrariamente por interesse próprio.

Dessa forma, os direitos fundamentais não se afirmam apenas na ordem interna do Estado e frente à relação tradicional entre o Estado e o indivíduo, mas também no ordenamento jurídico internacional. A Liga das Nações (1919), bem como, a Organização Internacional do Trabalho e a Organização das Nações Unidas (1945), são as precursoras na busca pela internacionalização desses direitos fundamentais. A Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948, foi um acontecimento fundamental para a positivação dos direitos inerentes ao ser humano. Sendo assim, não mais se trata de um assunto de direito exclusivamente interno, passando a ser uma norma de alcance universal, de maneira que os sujeitos de direitos foram elevados ao patamar de proteção internacional, conforme prevê a Organização das Nações Unidas, criada em 1945.

A proposta de internacionalização dos direitos fundamentais, nos ensinamentos de Piovesan (2013), fundamenta-se na elaboração de organismos e órgãos de natureza internacional, a partir de um acordo de vontade de variados estados dotados de soberania, fazendo com que nasça uma conjuntura moldada e direcionada pelo desejo coletivo e igualitário de diferentes nações. Apoiado no princípio da cooperação externa e direcionado no dever de implementar ações guiadas pelas forças reunidas dos diversos Estados.

Nesse aspecto, uma possível alegação de perda da especial soberania dos Estados na esfera da defesa dos direitos da pessoa humana evidencia-se antiquada, em decorrência da concordância pelos Estados da regularização em âmbito externo referente ao tema. Como resultado, a relação entre os Estado e seus nacionais evoluiu de uma questão puramente interna para um objeto de direito internacional, como se entende, por exemplo, do art. 1º (3) da Carta das Nações Unidas (1945), que define como propósito da ONU “conseguir uma cooperação internacional para resolver os problemas internacionais de caráter econômico, social, cultural ou humanitário, e para promover e estimular o respeito aos direitos humanos e às liberdades fundamentais para todos, sem distinção de raça, sexo, língua ou religião;”.

Nesse sentido, Castilho (2011) entende que os direitos expressamente garantidos nas convenções garantem ao indivíduo o direito em possuir uma vida minimamente digna, como também o acesso a um sistema judiciário; o acesso a um sistema de saúde de qualidade e o direito de manifestar-se politicamente, podendo instituir grupos políticos.

4 A LIMITAÇÃO DO PODER CONSTITUINTE ORIGINÁRIO PARA GARANTIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

A doutrina divide-se, quanto aos limites ao Poder Constituinte Originário, que são debatidos por duas linhas de pensamento: uma Juspositivista, que acredita não existir limites para esse Poder, sendo ele ilimitado e dotado de autonomia. Já a corrente Jusnaturalista sustenta que o Poder constituinte originário se encontra limitado no direito natural (PADILHA, 2014).

O poder constituinte originário, conceituado pelas teorias juspositivistas como infinito juridicamente, está fadado a sofrer uma redefinição conceitual a partir do constitucionalismo contemporâneo e do reconhecimento da universalidade dos direitos fundamentais. Hodiernamente, temos os limites éticos-jurídicos ao poder constituinte assumindo a dignidade humana a posição central a este Poder. Segundo Comparato (2010, p. 13), “dignidade é a convicção de que todos os seres humanos têm direito a ser igualmente respeitados, pelo simples fato de sua humanidade”. Assim este Poder deverá obedecer a “padrões e modelos de conduta espirituais, culturais, éticos e sociais, radicados na consciência jurídica geral da comunidade” (CANOTILHO, 1993, P. 81).

Barroso compreende a respeito da limitação ao Poder Constituinte Originário que:

> Se a teoria democrática do poder constituinte se assenta na sua legitimidade, não há como imaginá-lo como um poder ilimitado. O poder constituinte estará sempre condicionado pelos valores sociais e políticos que levaram à sua deflagração e pela ideia de Direito que traz de si. Não se trata de um poder exercido em um vácuo histórico, nem existe norma constitucional autônoma em relação à realidade. O poder constituinte, portanto, também é um poder de Direito. Ele está fora e acima do Direito posto preexistente, mas é limitado pela cosmovisão da sociedade - suas concepções sobre ética, dignidade, liberdade - e pelas instituições jurídicas necessárias à sua positivação. Fora daí pode haver dominação e outorga, mas não constitucionalismo democrático (BARROSO, 2010, p. 137).

Conforme os ensinamentos de Padilha (2014), em sua obra de Direito Constitucional, é abordado três tipos de limites ao poder originário, são eles: os transcendentes, que na visão do autor são advindos do Direito Natural e se fundamentam em valores dotados de ética e entendimento acerca das normas jurídicas; os limites imanentes, que são impostos ao poder constituinte formal; e os heterônomos, que são limites gerados em razão da conjugação com outros ordenamentos jurídicos. De modo que essas limitações vieram a ganhar notoriedade

no pós-guerra, tendo diversos países exteriorizados tais normas através da Declaração Universal dos Direitos Humanos.

Luís Roberto Barroso menciona em seu curso de Direito Constitucional (2010), o entendimento do francês Emmanuel Joseph Sieyès, que o poder originário possuiria características de incondicionalidade e permanência, dado que inaugura uma nova ordem jurídica, todavia, para ele, encontra-se limitado no Direito Natural. Na visão de John Locke, em sua obra, segundo tratado sobre o governo civil, traduzida por Magda Lopes e Marisa Lobo da Costa (2014), trata que os direitos naturais são as garantias à vida, à liberdade e, também, à propriedade. De maneira que, um Estado para ser dotado de legitimidade deve resguardar tais direitos essenciais.

Conforme já abordado, os Direitos Fundamentais foram internacionalizados, e sob a ótica internacional foram denominados de Direitos Humanos, constituindo, portanto, uma ética universal. Enquanto que Direitos Fundamentais refere-se apenas ao plano interno, Direitos Humanos refere-se ao plano internacional. Nas palavras de Rafael Barreto (2012, p 25): “apesar da variação de plano de positivação não há, em verdade, diferença de conteúdo entre os direitos fundamentais, eis que os direitos são os mesmos e objetivam a proteção da dignidade da pessoa”.

Concernente à proteção da dignidade da pessoa humana Piovesan afirma:

> O reconhecimento de que os seres humanos têm direitos sob o plano internacional implica na noção de que a negação desses mesmos direitos impõe, como resposta, a responsabilização internacional do Estado violador. Isto é, emerge a necessidade de delinear limites à noção tradicional de soberania estatal, introduzindo formas de responsabilização do estado na arena internacional, quando as instituições nacionais se mostram omissas ou falhas na tarefa de proteção dos direitos humanos internacionalmente assegurados. Verificar-se-á como, na ordem contemporânea, reforça-se, cada vez mais, este complexo sistema de “concorrência internacional”, pelo qual a ausência ou insuficiência de respostas às violações de direitos humanos, no âmbito nacional, monitoramento desses direitos pela comunidade internacional. Importa esclarecer que a sistemática internacional de proteção dos direitos humanos, ao construir uma garantia adicional de proteção, invoca dupla dimensão, enquanto: a) parâmetro protetivo mínimo a ser observado pelos Estados, propiciando avanços e evitando retrocessos no sistema nacional de direitos humanos; e b) instância de proteção dos direitos humanos, quando as instituições nacionais se mostram falhas ou omissas no dever de proteção desses direitos (PIOVESAN, 2013. p. 67).

A partir dos ensinamentos de Vicente Paulo e Marcelo Alexandrino (2015), compreende-se que o direito em cenário internacional, poderá vir a atuar como um limitador ao poder constituinte originário, visto que se encontra amparado nos direitos humanos, expressamente assegurados em tratados e convenções. Existem várias normas, tratados e declarações de direitos humanos que são vinculantes para a

comunidade internacional, incluindo a Declaração Universal dos Direitos Humanos(1948), o Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos(1976), Convenção Internacional Sobre a Eliminação de Todas as Maneiras de Discriminação Racial(1963), a Convenção Sobre a Eliminação de Todos os Modos de Discriminação Contra a Mulher(1979), a Convenção Sobre os Direitos da Criança(1989) e o Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais(1996), dentre outros.

Nesse sentido, evidencia-se que os estados possuem determinada autonomia para legislar no que concerne a um novo ordenamento jurídico, todavia, desde que respeitados os limites de uma constituição supranacional, aquela na qual não fica restrita apenas no próprio território, tendo assim um alcance internacional. O que faz com que haja segurança jurídica, nas relações de convivência entre os países.

5 CONCLUSÃO

Este estudo foi realizado com o objetivo de identificar os limites materiais ao poder constituinte originário, que nascem, em oposição ao abuso de poder, considerando a concepção que a história dos povos inclui esforços para estabelecer padrões mínimos de garantias para sua dignidade. Esse atributo impõe limites à atuação do Poder Constituinte devido à pluralidade popular, ao ideário de direito e de justiça vigente na sociedade. A legitimidade de uma constituição vem do fato que ela foi feita refletindo os valores do povo. Por esta razão, o poder concedido por uma constituição também deve ser guiado pela dignidade humana.

A partir da garantia dos Direitos Fundamentais em tratados e acordos internacionais, o povo passou a ser visto como legítimo titular do Poder Constituinte Originário, de modo que se estabeleceu o sufrágio universal, através do voto direto e secreto, no qual os cidadãos escolhem os representantes que irão governar um determinado território. A Internacionalização dos direitos fundamentais mostrou-se essencial para que esses direitos alcançassem um nível suprapositivo, de modo que fica vedado aos estados vinculados a tratados e acordos internacionais, que um determinado território possa alegar norma interna para desrespeitar uma norma de caráter internacional que garante expressamente os direitos inalienáveis dos seres humanos.

Dessa forma, ao estabelecer novas ordens jurídicas, a nova constituição deve respeitar os direitos fundamentais de seus cidadãos. Isso porque qualquer lei que

seja criada deve considerar a dignidade inerente das pessoas. A nova constituição também deve manter um clima social saudável e promover a dignidade entre seus cidadãos. Portanto, entende-se que o poder constituinte originário é dotado de caráter ilimitado, todavia, poderá ser limitado materialmente, com vistas a garantir a preservação dos direitos das pessoas e, assim, demonstrar a natureza democrática do sistema.

REFERÊNCIAS

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo:** os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

BARRETO, Rafael. **Direitos Humanos.** 2 ed., rev., ampl., Salvador: Editora JusPodivm, 2012.

BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. Trad. Carmen C. Varriale. **Dicionário de Política**. 12 ed. Brasília: Universidade de Brasília, 2004.

BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos.** 7 ed. Rio de Janeiro, Elsevier, 2004. Trad. Nelson Coutinho.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional.** 22 ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

BRASIL. [Constituição (1998)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.** Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br//ccivil_03/contituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 25 ago. 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Mandado de Segurança** 22.164/SP. Direitos Fundamentais. Relator: Min. Celso de Mello. Tribunal Pleno. 30 nov. 1995.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 2 ed. Coimbra: 1998.

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

CAETANO, Marcello. **Manual de Ciência Política e Direito Constitucional.** 6ª ed. Tomo I. Coimbra: Almeida, 1996.

CASTILHO, Ricardo. **Direitos Humanos.** São Paulo: Saraiva, 2011.

COMPARATO, Fábio Konder. **Afirmação Histórica dos Direitos Humanos.** 7 ed. rev. ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2010.

FRANÇA. **Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, 1789**. Universidade Federal de Minas Gerais: Departamento de História, Textos e Documentos. Disponível em: <http://www.fafich.ufmg.br/hist_discip_grad/DeclaraDireitos.pdf>. Acesso em: 26 ago. 2022.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **O Poder Constituinte**. 3. ed. São Paulo: Saraiva. 1999.

_____. **O Poder Constituinte**. 36. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

GOMES, José Jairo. **Direito Eleitoral.** 7. ed. São Paulo: Atlas Jurídico, 2011.

LENZA, Pedro. **Direito Constitucional Esquematizado**. 16. ed. Saraiva, 2015.

LOCKE, John. **O Segundo Tratado Sobre o Governo Civil.** Trad. por Magda Lopes e Marisa Lobo da Costa. Ed. Vozes, 2001.

MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. **Curso de Direito Internacional Público.** 5. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Curso de Direito Constitucional.** 4 ed. Saraiva, 2009.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet; **Curso de Direito Constitucional.** 5 ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

_____. **Curso de Direito Constitucional.** 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito Constitucional.** Tomo II. Coimbra, Limitada, 2000.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 13. ed. São Paulo: Atlas, 2003.

PADILHA, Rodrigo. **Direito Constitucional**. Ed. Método. 4. ed. 2014.

PAULO, Vicente e ALEXANDRINO, Marcelo. **Direito Constitucional Descomplicado**. 14 ed. São Paulo. 2015.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e Direito Constitucional Internacional**. 14 ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

RAMOS, André de Carvalho. **Curso de Direitos Humanos**. 4 ed. São Paulo. 2017.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Eficácia dos Direitos Fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 35 ed. São Paulo: Malheiros, 2012.

WACHOWICZ, Marcos. **Poder Constituinte e Transição Constitucional:** perspectiva histórico-constitucional: Juruá, 2008.

WEBER, Max. **Ensaios de Sociologia.** 5. ed. Rio de Janeiro. LTC. 1982.