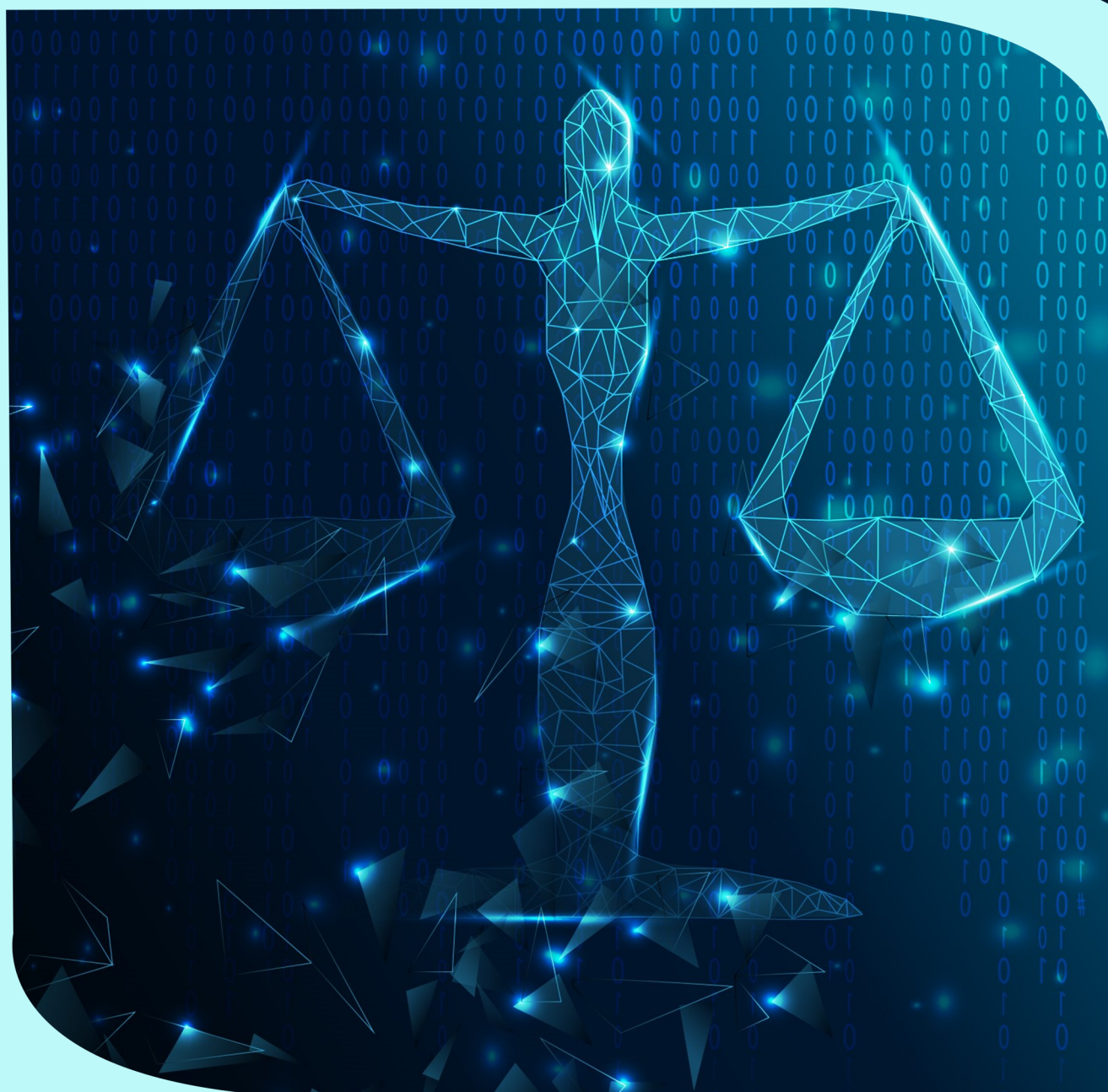


A (Não) Efetividade das Ciências Jurídicas no Brasil 2

**Douglas Santos Mezacasa
(Organizador)**

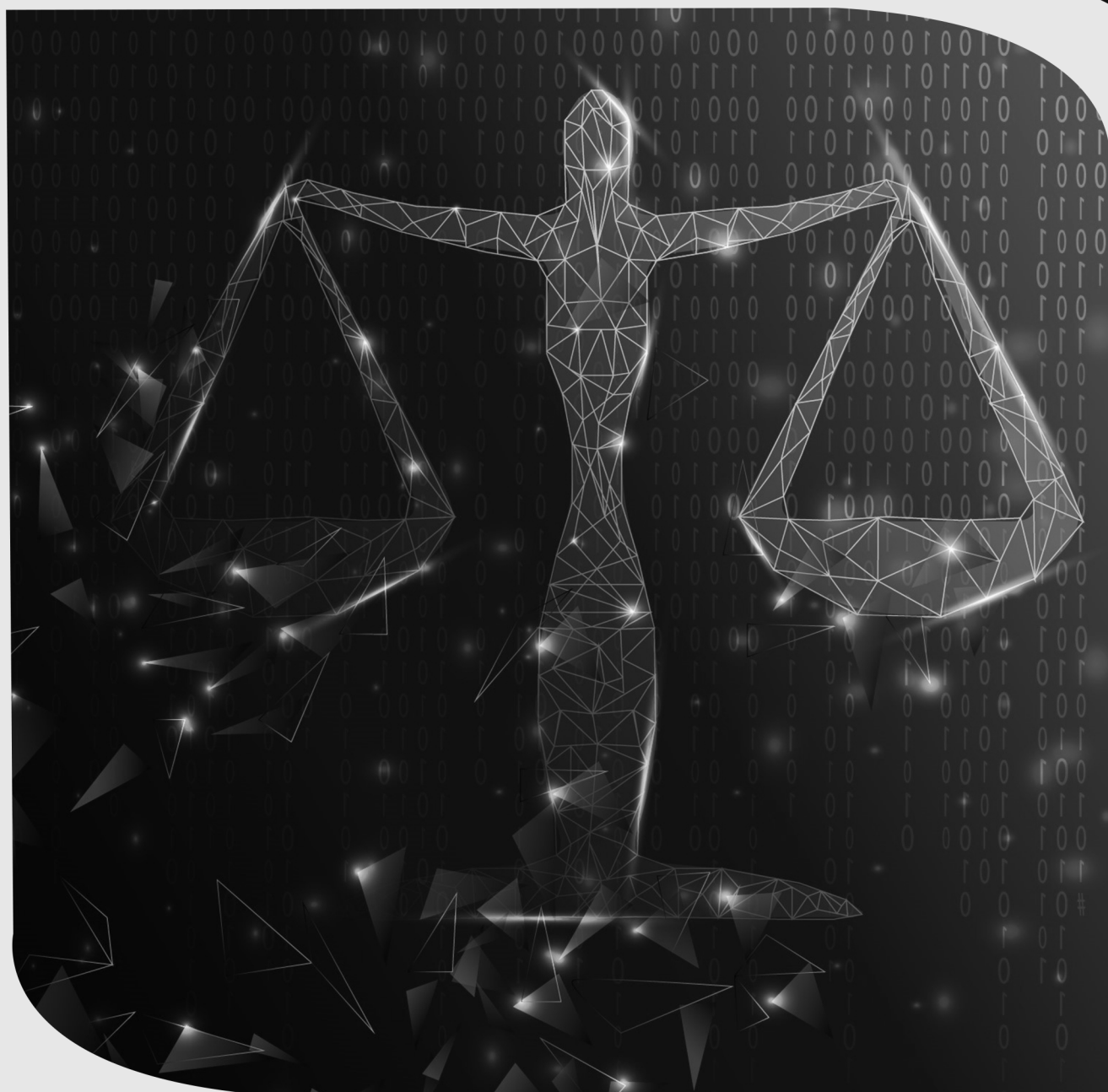


Atena
Editora

Ano 2020

A (Não) Efetividade das Ciências Jurídicas no Brasil 2

Douglas Santos Mezacasa
(Organizador)



Atena
Editora

Ano 2020

2020 by Atena Editora

Copyright © Atena Editora

Copyright do Texto © 2020 Os autores

Copyright da Edição © 2020 Atena Editora

Editora Chefe: Profª Drª Antonella Carvalho de Oliveira

Diagramação: Natália Sandrini de Azevedo

Edição de Arte: Lorena Prestes

Revisão: Os Autores



Todo o conteúdo deste livro está licenciado sob uma Licença de Atribuição *Creative Commons*. Atribuição 4.0 Internacional (CC BY 4.0).

O conteúdo dos artigos e seus dados em sua forma, correção e confiabilidade são de responsabilidade exclusiva dos autores. Permitido o download da obra e o compartilhamento desde que sejam atribuídos créditos aos autores, mas sem a possibilidade de alterá-la de nenhuma forma ou utilizá-la para fins comerciais.

Conselho Editorial

Ciências Humanas e Sociais Aplicadas

Profª Drª Adriana Demite Stephani – Universidade Federal do Tocantins

Prof. Dr. Álvaro Augusto de Borba Barreto – Universidade Federal de Pelotas

Prof. Dr. Alexandre Jose Schumacher – Instituto Federal de Educação, Ciência e Tecnologia de Mato Grosso

Profª Drª Angeli Rose do Nascimento – Universidade Federal do Estado do Rio de Janeiro

Prof. Dr. Antonio Carlos Frasson – Universidade Tecnológica Federal do Paraná

Prof. Dr. Antonio Gasparetto Júnior – Instituto Federal do Sudeste de Minas Gerais

Prof. Dr. Antonio Isidro-Filho – Universidade de Brasília

Prof. Dr. Carlos Antonio de Souza Moraes – Universidade Federal Fluminense

Prof. Dr. Constantino Ribeiro de Oliveira Junior – Universidade Estadual de Ponta Grossa

Profª Drª Cristina Gaio – Universidade de Lisboa

Profª Drª Denise Rocha – Universidade Federal do Ceará

Prof. Dr. Deyvison de Lima Oliveira – Universidade Federal de Rondônia

Prof. Dr. Edvaldo Antunes de Farias – Universidade Estácio de Sá

Prof. Dr. Eloi Martins Senhora – Universidade Federal de Roraima

Prof. Dr. Fabiano Tadeu Grazioli – Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai e das Missões

Prof. Dr. Gilmei Fleck – Universidade Estadual do Oeste do Paraná

Profª Drª Ivone Goulart Lopes – Istituto Internazionale delle Figlie de Maria Ausiliatrice

Prof. Dr. Julio Candido de Meirelles Junior – Universidade Federal Fluminense

Profª Drª Keyla Christina Almeida Portela – Instituto Federal de Educação, Ciência e Tecnologia de Mato Grosso

Profª Drª Lina Maria Gonçalves – Universidade Federal do Tocantins

Profª Drª Natiéli Piovesan – Instituto Federal do Rio Grande do Norte

Prof. Dr. Marcelo Pereira da Silva – Universidade Federal do Maranhão

Profª Drª Miranilde Oliveira Neves – Instituto de Educação, Ciência e Tecnologia do Pará

Profª Drª Paola Andressa Scortegagna – Universidade Estadual de Ponta Grossa

Profª Drª Rita de Cássia da Silva Oliveira – Universidade Estadual de Ponta Grossa

Profª Drª Sandra Regina Gardacho Pietrobon – Universidade Estadual do Centro-Oeste

Profª Drª Sheila Marta Carregosa Rocha – Universidade do Estado da Bahia

Prof. Dr. Rui Maia Diamantino – Universidade Salvador

Prof. Dr. Urandi João Rodrigues Junior – Universidade Federal do Oeste do Pará

Profª Drª Vanessa Bordin Viera – Universidade Federal de Campina Grande

Prof. Dr. William Cleber Domingues Silva – Universidade Federal Rural do Rio de Janeiro

Prof. Dr. Willian Douglas Guilherme – Universidade Federal do Tocantins

Ciências Agrárias e Multidisciplinar

Prof. Dr. Alexandre Igor Azevedo Pereira – Instituto Federal Goiano

Prof. Dr. Antonio Pasqualetto – Pontifícia Universidade Católica de Goiás

Profª Drª Daiane Garabeli Trojan – Universidade Norte do Paraná

Profª Drª Diocléa Almeida Seabra Silva – Universidade Federal Rural da Amazônia
Prof. Dr. Écio Souza Diniz – Universidade Federal de Viçosa
Prof. Dr. Fábio Steiner – Universidade Estadual de Mato Grosso do Sul
Prof. Dr. Fágner Cavalcante Patrocínio dos Santos – Universidade Federal do Ceará
Profª Drª Girlene Santos de Souza – Universidade Federal do Recôncavo da Bahia
Prof. Dr. Júlio César Ribeiro – Universidade Federal Rural do Rio de Janeiro
Profª Drª Lina Raquel Santos Araújo – Universidade Estadual do Ceará
Prof. Dr. Pedro Manuel Villa – Universidade Federal de Viçosa
Profª Drª Raissa Rachel Salustriano da Silva Matos – Universidade Federal do Maranhão
Prof. Dr. Ronilson Freitas de Souza – Universidade do Estado do Pará
Profª Drª Talita de Santos Matos – Universidade Federal Rural do Rio de Janeiro
Prof. Dr. Tiago da Silva Teófilo – Universidade Federal Rural do Semi-Árido
Prof. Dr. Valdemar Antonio Paffaro Junior – Universidade Federal de Alfenas

Ciências Biológicas e da Saúde

Prof. Dr. André Ribeiro da Silva – Universidade de Brasília
Profª Drª Anelise Levay Murari – Universidade Federal de Pelotas
Prof. Dr. Benedito Rodrigues da Silva Neto – Universidade Federal de Goiás
Prof. Dr. Edson da Silva – Universidade Federal dos Vales do Jequitinhonha e Mucuri
Profª Drª Eleuza Rodrigues Machado – Faculdade Anhanguera de Brasília
Profª Drª Elane Schwinden Prudêncio – Universidade Federal de Santa Catarina
Prof. Dr. Ferlando Lima Santos – Universidade Federal do Recôncavo da Bahia
Prof. Dr. Fernando José Guedes da Silva Júnior – Universidade Federal do Piauí
Profª Drª Gabriela Vieira do Amaral – Universidade de Vassouras
Prof. Dr. Gianfábio Pimentel Franco – Universidade Federal de Santa Maria
Profª Drª Iara Lúcia Tescarollo – Universidade São Francisco
Prof. Dr. Igor Luiz Vieira de Lima Santos – Universidade Federal de Campina Grande
Prof. Dr. José Max Barbosa de Oliveira Junior – Universidade Federal do Oeste do Pará
Profª Drª Magnólia de Araújo Campos – Universidade Federal de Campina Grande
Profª Drª Mylena Andréa Oliveira Torres – Universidade Ceuma
Profª Drª Natiéli Piovesan – Instituto Federaci do Rio Grande do Norte
Prof. Dr. Paulo Inada – Universidade Estadual de Maringá
Profª Drª Renata Mendes de Freitas – Universidade Federal de Juiz de Fora
Profª Drª Vanessa Lima Gonçalves – Universidade Estadual de Ponta Grossa
Profª Drª Vanessa Bordin Viera – Universidade Federal de Campina Grande

Ciências Exatas e da Terra e Engenharias

Prof. Dr. Adélio Alcino Sampaio Castro Machado – Universidade do Porto
Prof. Dr. Alexandre Leite dos Santos Silva – Universidade Federal do Piauí
Prof. Dr. Carlos Eduardo Sanches de Andrade – Universidade Federal de Goiás
Profª Drª Carmen Lúcia Voigt – Universidade Norte do Paraná
Prof. Dr. Eloi Rufato Junior – Universidade Tecnológica Federal do Paraná
Prof. Dr. Fabrício Menezes Ramos – Instituto Federal do Pará
Prof. Dr. Juliano Carlo Rufino de Freitas – Universidade Federal de Campina Grande
Profª Drª Luciana do Nascimento Mendes – Instituto Federal de Educação, Ciência e Tecnologia do Rio Grande do Norte
Prof. Dr. Marcelo Marques – Universidade Estadual de Maringá
Profª Drª Neiva Maria de Almeida – Universidade Federal da Paraíba
Profª Drª Natiéli Piovesan – Instituto Federal do Rio Grande do Norte
Prof. Dr. Takeshy Tachizawa – Faculdade de Campo Limpo Paulista

Conselho Técnico Científico

Prof. Me. Abrãao Carvalho Nogueira – Universidade Federal do Espírito Santo
Prof. Me. Adalberto Zorzo – Centro Estadual de Educação Tecnológica Paula Souza
Prof. Dr. Adaylson Wagner Sousa de Vasconcelos – Ordem dos Advogados do Brasil/Seccional Paraíba
Prof. Me. André Flávio Gonçalves Silva – Universidade Federal do Maranhão

Profª Drª Andreza Lopes – Instituto de Pesquisa e Desenvolvimento Acadêmico
 Profª Drª Andrezza Miguel da Silva – Universidade Estadual do Sudoeste da Bahia
 Prof. Dr. Antonio Hot Pereira de Faria – Polícia Militar de Minas Gerais
 Profª Ma. Bianca Camargo Martins – UniCesumar
 Profª Ma. Carolina Shimomura Nanya – Universidade Federal de São Carlos
 Prof. Me. Carlos Antônio dos Santos – Universidade Federal Rural do Rio de Janeiro
 Prof. Ma. Cláudia de Araújo Marques – Faculdade de Música do Espírito Santo
 Prof. Me. Daniel da Silva Miranda – Universidade Federal do Pará
 Profª Ma. Dayane de Melo Barros – Universidade Federal de Pernambuco
 Prof. Me. Douglas Santos Mezacas -Universidade Estadual de Goiás
 Prof. Dr. Edwaldo Costa – Marinha do Brasil
 Prof. Me. Eliel Constantino da Silva – Universidade Estadual Paulista Júlio de Mesquita
 Profª Ma. Fabiana Coelho Couto Rocha Corrêa – Centro Universitário Estácio Juiz de Fora
 Prof. Me. Felipe da Costa Negrão – Universidade Federal do Amazonas
 Profª Drª Germana Ponce de Leon Ramírez – Centro Universitário Adventista de São Paulo
 Prof. Me. Gevair Campos – Instituto Mineiro de Agropecuária
 Prof. Me. Guilherme Renato Gomes – Universidade Norte do Paraná
 Profª Ma. Jaqueline Oliveira Rezende – Universidade Federal de Uberlândia
 Prof. Me. Javier Antonio Albornoz – University of Miami and Miami Dade College
 Profª Ma. Jéssica Verger Nardeli – Universidade Estadual Paulista Júlio de Mesquita Filho
 Prof. Me. José Luiz Leonardo de Araujo Pimenta – Instituto Nacional de Investigación Agropecuaria Uruguay
 Prof. Me. José Messias Ribeiro Júnior – Instituto Federal de Educação Tecnológica de Pernambuco
 Profª Ma. Juliana Thaisa Rodrigues Pacheco – Universidade Estadual de Ponta Grossa
 Prof. Me. Leonardo Tullio – Universidade Estadual de Ponta Grossa
 Profª Ma. Lilian Coelho de Freitas – Instituto Federal do Pará
 Profª Ma. Liliani Aparecida Sereno Fontes de Medeiros – Consórcio CEDERJ
 Profª Drª Lívia do Carmo Silva – Universidade Federal de Goiás
 Prof. Me. Luis Henrique Almeida Castro – Universidade Federal da Grande Dourados
 Prof. Dr. Luan Vinicius Bernardelli – Universidade Estadual de Maringá
 Profª Ma. Marileila Marques Toledo – Universidade Federal dos Vales do Jequitinhonha e Mucuri
 Prof. Me. Rafael Henrique Silva – Hospital Universitário da Universidade Federal da Grande Dourados
 Profª Ma. Renata Luciane Polsaque Young Blood – UniSecal
 Profª Ma. Solange Aparecida de Souza Monteiro – Instituto Federal de São Paulo
 Prof. Me. Tallys Newton Fernandes de Matos – Faculdade Regional Jaguaribana
 Prof. Dr. Welleson Feitosa Gazel – Universidade Paulista

**Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)
(eDOC BRASIL, Belo Horizonte/MG)**

N194 A (não) efetividade das ciências jurídicas no Brasil 2 [recurso eletrônico] / Organizador Douglas Santos Mezacasa. – Ponta Grossa, PR: Atena Editora, 2020.

Formato: PDF
 Requisitos de sistema: Adobe Acrobat Reader.
 Modo de acesso: World Wide Web.
 Inclui bibliografia
 ISBN 978-65-86002-70-6
 DOI 10.22533/at.ed.706203003

1. Direito – Brasil. 2. Direito – Filosofia. I. Mezacasa, Douglas Santos.

CDD 340

Elaborado por Maurício Amormino Júnior – CRB6/2422

Atena Editora
 Ponta Grossa – Paraná - Brasil
www.atenaeditora.com.br
contato@atenaeditora.com.br

APRESENTAÇÃO

A Constituição Federal de 1988 ao apresentar um extenso rol normativo, trouxe o princípio da dignidade da pessoa humana consagrando-o como marco importante e representativo da redemocratização brasileira. Porém, no que se refere com a preocupação com os direitos fundamentais, com os objetivos republicanos essenciais e com a elevação do indivíduo como eixo central de proteção, os comandos expedidos pelo constituinte e pela própria legislação ordinária (não) são efetivamente concretizados, o que acaba provocando discussões teóricas acerca dos temas relativos a todas as searas jurídicas.

Pensar na efetivação do direito brasileiro inserido nas relações jurídicas nos exige refletir em que medida o ordenamento jurídico se ocupa em diferentes espaços, percepções, áreas, culturas, métodos de reflexão e de interpretações das mesmas. O direito e a realidade se unem para questionar até que ponto as normas estão sendo aplicadas no âmbito jurídico no intuito de efetivar os direitos e garantir a justiça social dos cidadãos. Porém, trata-se de uma aderência complexa e específica que necessita de análises científicas inter-relacionadas com as áreas das ciências jurídicas.

Em busca pela eficácia da aplicação da norma no sistema jurídico, a Atena Editora lança a sua segunda edição da coletânea intitulada “A (Não) Efetividade das Ciências Jurídicas no Brasil 2”, um compendio composto por vinte e três capítulos que une pesquisadores especialistas, mestres e doutores de instituições localizadas de todas as áreas do Brasil. Trata-se de uma obra que discute temáticas variadas de todas as searas das grandes áreas das Ciências Jurídicas. De maneira geral, os capítulos, que abordam esses espaços, estruturam-se com o objetivo de analisar a aplicação das fontes do direito como forma de (não) efetivação das normas acerca da sua concretude e seus efeitos aos casos concretos.

A segunda edição realizada em formato de e-book, é inovadora nas pesquisas jurídicas e nas áreas de concentração do direito contemporâneo. Nesse sentido, a coletânea abordará temas relativos às questões de proteção e garantia à saúde, assuntos que permeiam as questões de gênero do país, o sistema penal e suas especificidades, as questões processuais no âmbito civil, administrativo e tributário, a democracia e entre outros temas que compreendem os valores morais e culturais da sociedade com a consequência de criação e evolução das normas e suas concretudes.

Temas diversos e interessantes são, deste modo, discutidos aqui com a proposta de fundamentar o conhecimento de acadêmicos, mestres, doutores e todos aqueles juristas que de alguma forma se interessam pela ciência jurídica e pelo Direito. Possuir um material acadêmico que reflita a evolução de diferentes áreas

do direito e da sociedade, de forma temporal, com dados e resultados substanciais e concretos torna-se muito relevante para o campo da pesquisa no Brasil.

Deste modo a obra “A (Não) Efetividade das Ciências Jurídicas no Brasil 2” apresenta uma teoria bem fundamentada nos resultados práticos obtidos pelos diversos professores, acadêmicos e pesquisadores que arduamente desenvolveram seus trabalhos que aqui serão apresentados de maneira concisa e didática. Sabemos o quão importante é a divulgação científica, por isso evidenciamos também a estrutura da Atena Editora capaz de oferecer uma plataforma consolidada e confiável para estes pesquisadores exporem e divulguem seus resultados.

Douglas Santos Mezacasa

SUMÁRIO

CAPÍTULO 1	1
A APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA VEDAÇÃO DE RETROCESSO SOCIAL NA PROTEÇÃO DO DIREITO SOCIAL À SAÚDE E EM RELAÇÃO À A EMENDA CONSTITUCIONAL N° 95/2016	
Henrique Lopes Dornelas	
DOI 10.22533/at.ed.7062030031	
CAPÍTULO 2	16
A CONSAGRAÇÃO DA IDENTIDADE DE GÊNERO NO ORDENAMENTO JURÍDICO COMO DILEMA ATUAL DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS	
Milena Thaís Kerkhoff Utzig	
DOI 10.22533/at.ed.7062030032	
CAPÍTULO 3	30
A IMPLANTAÇÃO DE NÚCLEO DE APOIO TÉCNICO PARA O COMBATE À JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE	
Nayara Luiza Pereira Rodrigues	
Pollyana Callou de Moraes Dantas	
Antonio Lucimilton de Souza Macêdo	
Jonas Sampaio da Cruz	
Sarah Rachel Pinheiro	
Pedro Alex Leite Cruz	
DOI 10.22533/at.ed.7062030033	
CAPÍTULO 4	36
A INEFICÁCIA DOS DIREITOS HUMANOS FUNDAMENTAIS NAS CHACINAS DO CARANDIRU E DE ALÇAÇUZ	
Beatriz Borges Maia	
Nathália Melo Sousa Santos	
DOI 10.22533/at.ed.7062030034	
CAPÍTULO 5	41
A PERFORMANCE DA SUSTENTAÇÃO ORAL DOS OPERADORES DO DIREITO NO TRIBUNAL DO JURI	
Alexandre Ranieri Ferreira	
Larissa Pereira Melo da Silva	
Fernando Antonio Pessoa da Silva Junior	
DOI 10.22533/at.ed.7062030035	
CAPÍTULO 6	52
A REFORMA TRABALHISTA (LEI N° 13.467/2017) E OS NOVOS PARADIGMAS DO TELETRABALHO NO BRASIL	
Adriana Mendonça da Silva	
Nayhara Régia dos Santos Nogueira	
DOI 10.22533/at.ed.7062030036	
CAPÍTULO 7	70
A RELEVÂNCIA DO USO DE ALGEMAS NA ATIVIDADE POLICIAL SOB A PERSPECTIVA CONSTITUCIONAL E LEGAL	
Antônio José da Silva Filho	
Ranieldo Barreiras Barbosa Souza	
DOI 10.22533/at.ed.7062030037	

CAPÍTULO 8	84
A SUBSIDIARIEDADE COMO FUNDAMENTO PRINCÍPIOLÓGICO PARA A EFETIVAÇÃO DO DIREITO À SAÚDE	
Ana Luísa Sevegnani	
DOI 10.22533/at.ed.7062030038	
CAPÍTULO 9	98
ANÁLISE DE CONTRATOS COM CLÁUSULAS ABUSIVAS	
Weider Silva Pinheiro	
DOI 10.22533/at.ed.7062030039	
CAPÍTULO 10	107
AS COMISSÕES DE MEDIAÇÃO DE CONFLITOS NA REDE MUNICIPAL DE ENSINO DE SÃO PAULO	
Elaine Aparecida Pereira	
Paulo Roberto Rodrigues Simões	
DOI 10.22533/at.ed.70620300310	
CAPÍTULO 11	122
DA GARANTIA CONSTITUCIONAL DE ACESSO À JUSTIÇA E OS NOVOS PARADIGMAS ESTABELECIDOS PELA LEI Nº 13.467, DE 13 DE JULHO DE 2017	
Adriana Mendonça da Silva	
Hilza Maria Feitosa Paixão	
DOI 10.22533/at.ed.70620300311	
CAPÍTULO 12	132
DESCONSIDERAR A PERSONALIDADE JURÍDICA É MEIO PARA REDIRECIONAR EXECUÇÕES FISCAIS, NA FORMA DO ARTIGO 135, III DO CTN?	
Marcelo Paar Santiago	
DOI 10.22533/at.ed.70620300312	
CAPÍTULO 13	168
DIREITOS REPRODUTIVOS DA MULHER NO ROMANCE DISTÓPICO CONTO DA AIA DE MARGARET ATWOOD	
Letícia dos Santos Sousa	
DOI 10.22533/at.ed.70620300313	
CAPÍTULO 14	173
ELITIZAÇÃO, EXCLUSÃO E VIOLÊNCIA NOS ESTÁDIOS	
Luiz Felipe Rosolen Ferro	
Antonio Isidoro Piacentin	
DOI 10.22533/at.ed.70620300314	
CAPÍTULO 15	191
HABEAS CORPUS PARA ANIMAIS NÃO HUMANOS	
Lígia Lopes Bortolucci Ruas	
Natália Regina Karolensky	
Eduardo Augusto Ruas	
DOI 10.22533/at.ed.70620300315	

CAPÍTULO 16	205
INSEGURANÇA JURÍDICA TRAZIDA PELO STF NAS DECISÕES TOMADAS FORA DE SUA COMPETÊNCIA EM CONFLITO COM O SISTEMA PROCESSUAL PENAL ACUSATÓRIO	
Larissa Regina Lima de Moura	
DOI 10.22533/at.ed.70620300316	
CAPÍTULO 17	214
LEGALIDADE DA ADOÇÃO BRASILEIRA	
Kamilla Ceyça da Silva Lima	
Kalyana Barbosa da Silva	
Lucilene Medeiros Barbosa	
Ana Leide Rodrigues de Sena Góis	
DOI 10.22533/at.ed.70620300317	
CAPÍTULO 18	225
MAR SEM FIM: DIVERSIDADE BIOLÓGICA E A PROTEÇÃO NACIONAL E INTERNACIONAL DOS OCEANOS	
Letícia Kallás Oliveira	
Márcia Brandão Carneiro Leão	
DOI 10.22533/at.ed.70620300318	
CAPÍTULO 19	243
NEOCONSTITUCIONALISMO: UMA DÉCADA DE EVOLUÇÃO CONCEITUAL E JURISPRUDENCIAL	
Ione Campêlo da Silva	
Janine Pereira Ribeiro	
Pedro Germano dos Anjos	
DOI 10.22533/at.ed.70620300319	
CAPÍTULO 20	254
O PODER CONSTITUINTE ORIGINÁRIO, E SUAS LIMITAÇÕES EM FACE DOS DIREITOS HUMANOS E DO DIREITO INTERNACIONAL	
Bruno Cardenal Castilho	
DOI 10.22533/at.ed.70620300320	
CAPÍTULO 21	269
OPERAÇÕES DE FUSÕES E AQUISIÇÕES (M&A) CONFORME A TEORIA DOS JOGOS	
Andreza Molinário Procópio	
DOI 10.22533/at.ed.70620300321	
CAPÍTULO 22	291
PARTO ANÔNIMO: ANÁLISE DE SUA CONVENIÊNCIA DIANTE DO PRINCÍPIO DO MELHOR INTERESSE DA CRIANÇA	
Giovana Massaro Guidi	
Marco Antonio dos Anjos	
DOI 10.22533/at.ed.70620300322	
CAPÍTULO 23	304
PODER GERAL DE EFETIVAÇÃO DA ORDEM JUDICIAL E OS LIMITES DA DISCRICIONARIEDADE	
Alcilênio Junio dos Santos Tavares	
DOI 10.22533/at.ed.70620300323	

SOBRE O ORGANIZADOR.....	317
ÍNDICE REMISSIVO	318

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

Data de aceite: 23/03/2020

Data de submissão: 02/01/2020

Bruno Cardenal Castilho

Bacharel em Direito pela Universidade
Presbiteriana Mackenzie

Campinas – São Paulo

bcastilho26@gmail.com

Lattes iD: lattes.cnpq.br/1238366781406737

Apoio: PIBIC Mackenzie

RESUMO: O poder constituinte originário emerge como um dos grandes elementos teóricos que compõem as bases do Estado moderno. Tal teoria se predispõe a estabelecer balizas que explicam a criação, legitimidade e limitação das sociedades políticas, após a revolução francesa. Diante de tal quadro fático, imperioso analisar profundamente como tal criação teórica se desenvolve na dialética política-jurídica moderna, e de que maneira tal poder pode ser viabilizado e legitimado, após os giros paradigmáticos que ocasionaram o surgimento do Estado contemporâneo; tendo a proteção dos direitos Humanos como finalidade máxima. Para a realização de tal desafio, utilizou-se da análise bibliográfica especializada, onde se buscou a resposta

para a indagação referente à possibilidade de se encontrar limitações a atuação moderna do poder constituinte. O desenvolvimento argumentativo da exposição teve como metodologia condutora a dialética-indutiva, uma vez que foram estudados fenômenos complexos em desenvolvimento, e autônomos entre si, a partir de uma análise de informações previamente assumidas, com uma conclusão possível. Tal conclusão obtida, foi a de que os direitos Humanos, bem como o direito internacional limitam juridicamente a atuação de tal poder político. Concomitantemente, as bases do Estado moderno: povo, território, soberania e finalidade, consubstanciam-se em uma limitação teleológica à dita construção teórica. Para demonstrar os pontos mencionados, percorreu-se um caminho que traça o desenvolvimento histórico do conceito chave do trabalho, bem como sua relação de subordinação ao desenvolvimento dos direitos universais, ao direito internacional e aos elementos do Estado, chegando-se a resposta das indagações.

PALAVRAS-CHAVE: Poder constituinte. Direito Constitucional. Limitações.

CONSTITUENT ORIGINATING POWER, AND

ABSTRACT: The originating constituent power becomes as one of the great theoretical elements which form the basis of the modern state. Such theory predisposes to establish goals that explain the creation, legitimacy and limitation of political societies after French Revolution. Faced with such a fact, it is imperative to analyze deeply how such theoretical creation develops from the modern political-juridical dialectic, and in what way such power can be made feasible and legitimized, after the paradigmatic twists that led to the emergence of the contemporary state, having the protection of human rights as the ultimate goal. For the accomplishment of such challenge, a specialized bibliographic analysis was used, where there was searched the answer to the question regarding the possibility of finding limitations to the modern performance of the Constituent Power. The argumentative development of the exposition had as a conductive methodology the dialectic-inductive, since complex phenomena in development, and autonomous ones, were studied from an analysis of previously assumed information, with a possible conclusion. Such a conclusion was that Human Rights as well as International Law legally limit the performance of such political power. At the same time, the foundations of the modern state: people, territory, sovereignty and purpose, consubstantiate a teleological limitation to such theoretical construction. In order to demonstrate the points advanced, a way was coursed that traces the historical development of the key concept of that research, as well as its relation of subordination to the Human Rights development, to International Law and to the elements of the State, achieving the answer of the questions.

KEYWORDS: Constituent power. Constitutional law. Limitations.

1 | INTRODUÇÃO

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

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

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

Nota-se no atual momento histórico, o aprofundamento do estudo acerca da aplicabilidade jurídica fática do poder constituinte resulta em uma correlação direta com a defesa das democracias ocidentais, organizando-se sob a égide da limitação

do poder político e respeito aos direitos individuais, sendo a proteção integral aos direitos reconhecidamente universais, o fim máximo do Estado na acepção jurídica predominante.

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

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

2 | A HISTÓRIA DO PODER CONSTITUINTE

A doutrina aqui analisada possui sua essência teórica ancorada à ideia de Estado de Direito, proveniente das reflexões e aspirações oriundas da revolução francesa (MENDES, BRANCO, 2016). Apesar de sua estruturação formal ocorrer apenas a partir do século XVIII (dezoito), é de fácil percepção que sua construção se alicerça em um paulatino desenvolvimento histórico, que agrega valores e conquistas de diversas épocas, para ganhar corpo teórico no ápice da revolução francesa.

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

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

Aristóteles em seu livro “Política” já fazia uma distinção curiosa sobre dois tipos de leis existentes na polis: as leis estruturantes e leis ordinárias, sendo as primeiras superiores em relação às segundas e também em relação as deliberações da magistratura da época (FERREIRA FILHO, 1999). Nota-se aqui uma clara distinção em relação ao peso das leis em função do papel social que desempenha, sendo o cumprimento das leis estruturantes exigíveis por todos os cidadãos em

face dos poderes instituídos por tais leis. A despeito do embrião da distinção de leis constituintes e leis constituídas encontrarem seu repouso neste momento histórico, é necessário frisar que não houve, por parte dos Atenienses, qualquer tipo de tentativa de explicações em relação a tal sopesamento existente na administração cotidiana da polis (FERREIRA FILHO, 1999).

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

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

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

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

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

Hobbes partia do pressuposto de que o homem vivia em constante guerra em

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

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

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

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

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

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

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

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

Essa noção ilimitada traz problemas práticos com a evolução do direito

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

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

3 | AS LIMITAÇÕES DO PODER CONSTITUINTE ORIGINÁRIO E OS DIREITOS HUMANOS

Conforme já analisado na introdução do presente trabalho, o poder constituinte originário é uma noção intelectual desenvolvida no seio da revolução francesa como forma de institucionalização do poder político por parte da burguesia, que havia catalisado toda a ruptura institucional. Por conta disso, Sieyès entendia que tal fenômeno não tinha limites, por ser expressa manifestação da soberania popular, conforme conhecida fórmula de Rousseau.

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

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

3.1 A fundamentação jurídica do poder constituinte originário

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

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

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

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

E é justamente nesse ponto que a presente argumentação irá focar: sendo a natureza do poder constituinte a própria razão humana, e sendo sua finalidade a legitimação do poder político e soberania nos Estados modernos, a noção idealizada por Rousseau de “melhor interesse da comunidade” passa pela noção moderna de direitos Humanos.

3.2 Direitos humanos como fundamento ético limitador do estado moderno

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

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

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

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

4 | A FUNDAMENTAÇÃO DOS LIMITES TRANSCEDENTES DO PODER ORIGINÁRIO

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

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

Os direitos naturais e a ética, formam um conjunto que idealizou a noção moderna de direitos humanos. Nas palavras de Fábio Konder Comparato:

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

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

4.1 A limitação do poder constituinte pelos direitos humanos

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

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

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

Seria de uma completa desconexão com a realidade, partindo desses fatos, presumir que o poder constituinte é efetivamente sem limitações. Se o fundamento filosófico do poder constituinte surge em um período que tinha como principal bandeira

o combate ao despotismo político, a própria essência do poder constituinte está condicionada a uma interpretação histórica de tal contexto, bem como teleológica.

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

Se a finalidade máxima do poder constituinte é a criação de um Estado limitado e racionalizado, ele próprio está condicionado aos exatos mesmos termos, ou seja, a sua finalidade o sujeita a uma condição de limitação, sob pena de seu exercício configurar um autêntico desvio de finalidade, conforme a doutrina jurídica atual cunha alguns atos administrativos.

Seguindo tal corrente Canotilho anota que:

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

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

5 | AS LIMITAÇÕES DO PODER CONSTITUINTE ORIGINÁRIO EM FACE DO DIREITO INTERNACIONAL

Conforme explana Hee Moon Jo:

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

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

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

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

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

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

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

5.1 Tratados internacionais como fontes de limitação de soberania

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

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

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

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

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

Seguindo a mesma linha de raciocínio, outro autor português, Jorge Miranda, aduz em seus escritos que uma das limitações possíveis para a atuação do poder constituinte é chamada de limites heterônomos e são oriundos de outros

ordenamentos jurídicos, sendo em princípio os *jus cogens* e regras ou atos de direito internacional, sua principal fonte de limitação.

O autor conceitua com brilhantismo que:

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

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

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

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

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

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

6 | A LIMITAÇÃO DO PODER CONSTITUINTE ORIGINÁRIO E AS FINALIDADES DO ESTADO MODERNO

Uma vez que tenha sido trabalhada a noção de limitação ao poder constituinte em razão dos direitos Humanos e do direito internacional, é necessário retroceder

ao núcleo duro dos Estados modernos para consolidar a tese de limitação aqui proposta. Não basta assumir que os imperativos éticos da noção moderna de direitos Humanos e a normatividade de tratados internacionais aos Estados são as únicas fontes a serem observadas na criação e modulação das constituições internas, mas também a própria essência dos Estados e suas características principais atuam como parâmetro de controle para as atuações do poder constituinte a todo o momento, garantido seu exercício legítimo.

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

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

O fato determinante, é que independente da teoria que se utilize para explicar a sua criação, os autores em geral conceituam quatro elementos indispensáveis para que se possa reconhecer a existência de uma sociedade política organizada. Tais elementos são: povo, território, soberania e finalidade. (DALLARI, 2015).

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

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

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

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

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

É notório que o poder constituinte possui, de fato, uma clara limitação, não podendo abrir mão ou lesar as noções de soberania, povo e território, sob pena de extinguir o próprio Estado e conseqüentemente seu local de atuação. O autor português, Jorge Miranda, conceitua tais limites como Imanentes e diz:

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

O raciocínio pertinente ao tema é simples.

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

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

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

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

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

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

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

7 | CONSIDERAÇÕES FINAIS

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

respectivos freios e contrapesos.

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

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

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

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

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

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

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

REFERÊNCIAS

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

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

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

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

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

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

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

2015.

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

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

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

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

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

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

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

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

ÍNDICE REMISSIVO

A

Acesso à Justiça 122, 123, 124, 125, 126, 127, 128, 129, 130, 131, 318

Acusatório 205, 206, 207, 211, 212, 318

Adoção 4, 7, 128, 206, 214, 215, 216, 217, 218, 219, 223, 224, 229, 261, 292, 294, 297, 298, 299, 303, 309, 310, 311, 318

Algemas 70, 71, 72, 73, 74, 75, 76, 77, 78, 79, 81, 82, 83, 318

Animais não humanos 191, 192, 193, 194, 196, 198, 199, 200, 202, 318

Atividade Policial 70, 74, 78, 79, 80, 318

C

Carandiru 36, 37, 38, 39, 318

Chacinas 36, 37, 39, 318

Cláusulas abusivas 98, 101, 102, 105, 318

Conflitos 59, 107, 108, 110, 111, 112, 113, 114, 115, 116, 117, 118, 120, 121, 128, 131, 173, 180, 184, 194, 210, 228, 279, 318

Contratos Bancários 98, 100, 102

Cultura de Paz 107, 117, 318

D

Direitos Fundamentais 1, 3, 5, 6, 8, 9, 13, 15, 16, 17, 21, 22, 26, 28, 36, 37, 38, 39, 40, 52, 54, 72, 79, 85, 86, 87, 90, 93, 94, 95, 97, 135, 165, 170, 172, 191, 197, 199, 201, 202, 208, 212, 221, 245, 246, 247, 249, 250, 252, 253, 266, 295, 297, 301, 304, 305, 310, 312, 314, 318

Direitos Humanos 6, 7, 8, 9, 13, 14, 15, 21, 36, 37, 38, 39, 40, 115, 116, 120, 121, 123, 124, 165, 168, 169, 171, 172, 215, 216, 253, 254, 259, 260, 261, 263, 264, 267, 268, 294, 302, 317, 318

Direito Social 1, 2, 3, 4, 14, 87, 100, 185, 318

Direitos Reprodutivos 168, 169, 170, 171, 172, 318

Discrecionariade 70, 72, 162, 163, 164, 211, 304, 305, 318

Diversidade biológica 225, 226, 227, 229, 230, 231, 232, 235, 238, 240, 241, 242, 318

E

Elitização 173, 175, 183, 187, 189, 318

Estádios 173, 174, 175, 179, 180, 182, 183, 184, 185, 186, 189, 318

Execução Fiscal 132, 134, 135, 139, 142, 143, 144, 147, 151, 152, 153, 154, 155, 156, 159, 160, 163, 164, 165, 166, 167, 318

F

Fusões 269, 270, 271, 272, 277, 282, 283, 286, 288, 289, 290, 318

G

Generalidade 84, 87, 94, 110, 169, 318

H

Habeas Corpus 191, 192, 193, 197, 199, 200, 201, 202, 203, 204, 209, 249, 251, 253, 315, 319

I

Identidade de Gênero 16, 17, 18, 19, 20, 21, 23, 24, 25, 26, 27, 319

Insegurança Jurídica 2, 205, 206, 211, 244, 247, 252, 319

J

Judicialização 27, 30, 31, 32, 33, 34, 35, 111, 117, 120, 121, 210, 212, 319

Justiça Gratuita 122, 123, 124, 125, 126, 127, 129, 130, 131, 319

L

Legalidade 71, 73, 103, 158, 159, 160, 209, 214, 246, 309, 314, 315, 319

M

Mediação 107, 108, 112, 113, 114, 115, 116, 117, 121, 319

N

Neoconstitucionalismo 243, 244, 245, 246, 247, 248, 249, 250, 251, 252, 319

Núcleo 30, 32, 33, 34, 35, 208, 256, 265, 319

O

Ordem Judicial 158, 304, 305, 306, 307, 308, 309, 310, 311, 313, 314, 319

Ordenamento Jurídico 6, 8, 13, 16, 21, 23, 24, 26, 27, 59, 65, 75, 77, 78, 85, 89, 91, 99, 125, 132, 135, 138, 146, 149, 150, 159, 161, 164, 169, 198, 204, 211, 220, 248, 249, 252, 258, 292, 305, 309, 314, 319

P

Parto Anônimo 291, 292, 293, 295, 296, 297, 298, 299, 300, 301, 302, 303, 319

Performance 41, 42, 45, 46, 47, 49, 50, 51, 255, 319

Personalidade Jurídica 132, 134, 135, 136, 137, 138, 139, 144, 145, 146, 147, 148, 149, 150, 151, 152, 153, 154, 155, 156, 157, 158, 159, 160, 161, 162, 163, 164, 165, 166, 167, 198, 204, 263, 319

Poder Constituinte Originário 254, 258, 259, 260, 261, 262, 263, 264, 266, 319

Proteção animal 197, 204, 319

R

Reforma Trabalhista 52, 55, 61, 62, 67, 68, 122, 123, 124, 130, 131, 319

Retrocesso 1, 2, 3, 5, 6, 8, 9, 10, 13, 14, 15, 122, 123, 204, 212, 248, 264, 319

Romance 168, 319

S

Sistema prisional 38, 184, 320

Subsidiariedade 84, 85, 88, 89, 90, 91, 93, 94, 95, 96, 97, 106, 139, 320

T

Teletrabalho 52, 53, 54, 55, 56, 57, 58, 59, 60, 61, 62, 63, 64, 65, 66, 67, 68, 69, 320

Teoria dos Jogos 269, 270, 273, 277, 283, 285, 286, 288, 289, 290, 320

Tribunal do Júri 41, 42, 43, 45, 46, 47

 **Atena**
Editora

2 0 2 0