

# AS LIMITAÇÕES DA SOBERANIA CONSTITUINTE E O CONSTITUCIONALISMO GLOBAL

## LAS LIMITACIONES DE LA SOBERANÍA CONSTITUYENTE Y EL CONSTITUCIONALISMO GLOBAL

Ilana Aló Cardoso Ribeiro<sup>1</sup>

### Resumo

O aprofundamento das relações internacionais nos últimos tempos vem colocando em xeque a soberania constituinte. O que antes era considerado absoluto, não conhecendo limites na ordem externa, hoje já é observado com certa flexibilidade. Principalmente no que diz respeito ao chamado *constitucionalismo global* alavancado pelo *jus cogens* do direito internacional. O presente artigo pretende apresentar a soberania constituinte plena evoluindo para uma soberania constituinte limitada pelo direito internacional. O contexto abarcado é o atual remetendo-se a fatos pretéritos que influenciaram sobremaneira o presente. Conclui-se, portanto, que hoje não há mais que se falar em soberania constituinte plena e sim soberania constituinte limitada pelo direito internacional e pelo *constitucionalismo global*.

**Palavras-chave:** Soberania constituinte; constitucionalismo global; direito internacional.

### Resumen:

La profundización de las relaciones internacionales en los últimos tiempos viene cambiando el concepto de soberanía constituyente. Lo que antes se podría considerar absoluto, sin límites en el orden externo, hoy se observa flexible. Principalmente cuando se refiere al llamado *constitucionalismo global* basado en un *jus cogens* del derecho internacional. Este artículo pretende presentar la soberanía constituyente plena evolucionando para una soberanía constituyente limitada por el derecho internacional. El contexto a que se remete este artículo es el actual, pero fundamentado en hechos pasados que influyen en el presente. Se llega a la conclusión que ya no se puede hablar de soberanía constituyente plena y sí en una soberanía constituyente limitada por el derecho internacional y por el *constitucionalismo global*.

**Palabras clave:** Soberanía Constitucional; Constitucionalismo Global; Derecho Internacional.

### 1-Introdução

Falar em soberania constituinte nos remete ao sentido de soberania. Soberania esta que nos traz a ideia de legitimidade e poder. A soberania é uma autoridade superior que não pode ser limitada por nenhum outro poder. Embutidos em um regime federalista que fora convencionado desde a Constituinte de Filadélfia de 1787, os

---

<sup>1</sup> Advogada, mestranda em Direito Constitucional na Universidade Federal Fluminense (PPGDC UFF), Linha de pesquisa: Teoria e História do Direito Constitucional e Direito Constitucional Internacional e Comparado.

Estados-Membros integram a União com autonomia de direito público interno, entretanto, é privativo da União o poder de soberania interna e internacional.

É nessa vertente que se concentra o objetivo deste artigo, pois se a soberania é uma, integral e universal, ela não pode sofrer limitações. Entretanto, a ideia de uma soberania constituinte plena vem se transformando ao longo dos anos. De acordo com a evolução do direito internacional, esse conceito de soberania plena está sendo flexibilizado com a instituição do chamado *constitucionalismo global* defendido por Canotilho<sup>2</sup>.

Neste sentido serão exploradas as respostas as seguintes perguntas: (a) Houve uma evolução do direito internacional no que diz respeito às limitações da soberania constituinte ao decorrer do tempo? (b) Ou essas limitações somente dizem respeito a países democráticos<sup>3</sup>? (c) Pode-se limitar a soberania constituinte e em que aspectos ou assuntos?

A tese aqui defendida consiste na afirmação de que com a globalização, o fortalecimento do direito internacional em geral e o *jus cogens* em particular, a soberania constituinte plena evoluiu para uma soberania constituinte limitada pelo *constitucionalismo global*. O próprio conceito de soberania evoluiu com o decorrer da história passando por adaptações de acordo com as épocas. Frisa-se principalmente o marco que foi a Segunda Guerra mundial, pois foi depois desta que se relativizou o conceito clássico de soberania, quando o indivíduo passou a exercer direitos, como sujeito de direito internacional, e não só o Estado.

A exposição subsequente divide-se em três partes: (3) A soberania constituinte, sua legitimidade e a democracia; (4) A evolução do direito internacional e o denominado “constitucionalismo global”; (5) As limitações da soberania constituinte e o *constitucionalismo global*.

## **2 – A soberania constituinte, sua legitimidade e a democracia.**

Compreender soberania é fundamental para o entendimento do fenômeno estatal, visto que não há Estado perfeito sem soberania. De maneira etimológica, a palavra soberania nos remete ao francês *souveraineté*, que se relacionava no conceito de

---

<sup>2</sup> CANOTILHO, J.J. Gomes – “Direito Constitucional e Teoria da Constituição”, 6ª edição – Coimbra: Almedina.

<sup>3</sup> Para fins deste trabalho, tendo em vista as diversas noções de democracia, vinculo-me a definição Kelseniana que preconiza ser a democracia uma forma de Estado e de sociedade em que a vontade geral, ou seja, a ordem social é realizada por quem está submetido a esta ordem, o povo. Trato, portanto de uma democracia representativa. (KELSEN, Hans. A democracia. São Paulo: Editora Martins Fontes, 2003).

Jean Bodin<sup>4</sup>. Assim, ele define soberania como a entidade que não conhece superior na ordem externa nem igual na ordem interna. No âmbito interno a soberania manifesta-se na concentração do poder nas mãos do Estado soberano, que àquela época se manifestava na figura do Rei soberano. No âmbito externo a soberania se traduz em igualdade entre todos os Estados perante a comunidade internacional.

Ressalta-se que à época, esse conceito de soberania foi teorizado e difundido por Bodin para justificar e enfatizar a soberania do monarca francês e que a monarquia francesa era de origem hereditária, por isso, o Rei não estaria sujeito a nenhuma condição imposta pelo povo já que todo o poder do Estado pertence ao monarca, e dessa forma não pode ser partilhado com mais ninguém seja com o clero, a nobreza ou próprio povo.

Somente após a Revolução Francesa que o conceito de soberania se modificou, partindo então para o entendimento que soberania é um poder político e jurídico e emana da vontade geral do povo, ou seja, da nação. O poder soberano, diz-se, portanto poder que, em última instância, põe ou reconhece o Direito positivo<sup>5</sup>.

E de acordo com esse modelo de soberania as Constituições foram criadas, a partir de suas assembleias constituintes. Desse fato, conclui-se que se todo poder emana do povo, a legitimidade da Constituição também pertence ao povo. O povo é soberano para “construir” a sua Constituição.

As Constituições, quanto à origem, podem ser promulgadas ou outorgadas. Se nos fixarmos na legitimidade, o que dizer das Constituições outorgadas? Sim, porque se todo poder emana do povo, se a soberania vem do povo, o povo detém a legitimidade constituinte. E o que dizer então das Constituições Cesaristas ou Napoleônicas e as Pactuadas ou dualistas?

As Constituições Cesaristas, também chamadas de Bonapartistas, não são outorgadas e nem tão pouco democráticas, embora criadas com participação popular, talvez sejam uma maneira de subtrair do povo a sua legitimidade.

São Constituições elaboradas por um Imperador ou um Ditador e ratificadas por um plebiscito popular. Não se pode considerar a participação do povo como democracia porque, neste caso a função do povo, que é o verdadeiro detentor da

---

<sup>4</sup> BODIN, Jean – Os seis livros da República.

<sup>5</sup> REALE, Miguel – Lições preliminares de direito, 25ª edição – 2001: Ed Saraiva.

*“Desse modo, soberania e positividade do Direito são dois conceitos que se exigem reciprocamente: soberano diz-se do poder que, em última instância, põe ou reconhece o Direito positivo; Direito positivo é, por excelência, aquele que tem, para garanti-lo, o poder soberano do Estado.”*

soberania, é de tão somente ratificar a vontade do detentor do poder. Como exemplos dessas Constituições podemos citar, os plebiscitos Napoleônicos de 1804 na França e o plebiscito de Pinochet no Chile<sup>6</sup>.

Quanto as Constituições Pactuadas ou dualistas, estas surgem através de um pacto, ou seja, o poder constituinte originário se concentra nas mãos de mais de um titular. Objetiva-se assim, desenvolver o equilíbrio entre dois princípios: O princípio monárquico em virtude do rei e o princípio democrático em virtude do parlamento<sup>7</sup>.

Na Constituição pactuada o equilíbrio é precário, pois as partes encontram-se em constante oposição de força e o contrato se converte em uma estipulação unilateral disfarçada, conforme se deu a Constituição francesa de 1791.<sup>8</sup>

Mas, a ideia que quero trazer diz respeito à legitimidade constituinte. Os exemplos citados acima, Constituições Cesaristas ou Napoleônicas e as Pactuadas ou dualistas, são nítidas formas de manipulação da legitimidade do povo. Entretanto, quando há verdadeira extirpação dessa legitimidade através da outorga de uma Constituição, podemos dizer que essa constituição é legítima e soberana?

O caso brasileiro nos traz essa ideia. A experiência constitucional Brasileira no Império já nos remete a soberania. Mas a soberania não do povo e sim do rei. Após a independência, a nossa primeira Constituição datada de 1824<sup>9</sup> tinha tudo para ser uma

---

<sup>6</sup> LENZA, Pedro – Direito Constitucional Esquematizado, 13ª Edição – 2009: Ed. Saraiva. Refere-se à ditadura de Pinochet que organizou plebiscitos em 1978 e 1980 para dar certa aparência de legalidade à sua ditadura e manter-se no cargo; na ausência mais absoluta de liberdade de imprensa e de expressão de pensamento, a vitória de Pinochet foi confirmada nas urnas.

<sup>7</sup> Para maior e melhor compreensão do tema suscitado recomenda-se a leitura de Carl Schmitt no que diz respeito aos sujeitos históricos do poder constituinte – o príncipe e o povo – onde ele distingue historicamente duas espécies de legitimidade, a dinástica e a democrática. Como bem acentua Fabio Konder Comparato no fragmento destacado de seu artigo Sobre a Legitimidade das Constituições publicado no site da OAB de São Paulo: *Isto posto, passa ele a examinar a questão da legitimidade das constituições, num evidente, embora não declarado, diálogo com Max Weber, cuja teoria sobre a legitimidade do poder exercera enorme influência em todo o mundo intelectual germânico. Para Carl Schmitt, “uma constituição é legítima, ou seja, reconhecida não apenas como uma realidade fáctica, mas também como ordenação jurídica, quando a força (Macht) e a autoridade do poder constituinte, das quais ela deriva, são reconhecidas”. Mas reconhecidos por quem? Ele não nos esclarece. E prosseguindo em sua polêmica com Kelsen, aduz: “Ela (a constituição) não carece da justificação (Rechtfertigung) de nenhuma norma ética ou jurídica, mas tem o seu sentido na existência política. Nenhuma norma seria capaz aqui de fundamentá-la de maneira alguma”. E conclui: “Em correspondência com os dois sujeitos históricos do poder constituinte – o príncipe e o povo – deve-se distinguir historicamente duas espécies de legitimidade, a dinástica e a democrática”.*

<sup>8</sup> LENZA, Pedro – Direito Constitucional Esquematizado, 13ª Edição – 2009: Ed. Saraiva.

<sup>9</sup> Destaca-se, neste ponto, o ano anterior a outorga da Constituição onde ocorreu a noite da agonia A noite da agonia – de 11 para 12 de novembro de 1823 – ocorreu durante sessão prolongada da primeira assembleia constituinte do Brasil, cujos participantes debatiam sobre a manutenção de poderes do imperador. D. Pedro I enviou aos parlamentares durante essa madrugada, através do brigadeiro José Manuel de Moraes, decreto que dissolveu a assembleia e prometia em breve a elaboração de um novo projeto de constituição. Tal ato causou uma grande comoção entre os constituintes que passaram então a manifestar seus protestos contrários a medida unilateral em plenário.

carta democrática, legítima e constituída a partir da soberania popular, através de uma assembleia constituinte legitimamente constituída.

Entretanto, Dom Pedro I, então rei, dissolve a assembleia constituinte e outorga a Constituição Brasileira de 1824, baseada no modelo Frances de 1791 e Espanhol de 1812. Apesar de a constituição fundar-se em uma filosofia liberal, ela instituiu o poder moderador, o que fez do Brasil uma monarquia centralizada e do imperador um déspota.

Com o advento da Republica, houve a promulgação da Constituição de 1891, Constituição esta, que pautada no modelo americano aboliu o poder moderador<sup>10</sup>, instituindo novamente a democracia no Brasil, firmando o modelo federalista. Era uma Constituição legítima, soberana, emanada do povo como deveria ser, mas, remetendo-me a Oliveira Viana, ficou somente no idealismo.

Os republicanos da Republica Velha usavam o discurso do poder das formulas escritas para ratificar ser possível mover uma nação somente com uma Constituição escrita no papel. Esse discurso legitimava as forças reais de poder e grupos de interesses da aristocracia à época, já que a situação fática da republica não era condizente com a Constituição que se importou.

Quando Oliveira Vianna cita Ihering dizendo que ninguém pode mover uma roda apenas lendo diante dela um estudo sobre a teoria do movimento, ele traça uma dura critica aos republicanos, pois eles estariam convencidos de que pelo simples poder das formulas escritas não só seria possível mover uma roda, mas sim uma nação inteira.<sup>11</sup>

A Constituição da Republica apesar de ser um lindo documento democrático falhou na eficácia, o que culminou na promulgação da Constituição de 1934 que foi redigida “*para organizar um regime democrático, que assegure à Nação, a unidade, a liberdade, a justiça e o bem-estar social e econômico*”, segundo o próprio preâmbulo.

Infelizmente esse ideário mais uma vez foi usurpado pelo contexto histórico da época, que trouxe a figura de Getúlio Vargas e o Estado Novo. A instabilidade politica

---

<sup>10</sup> Construção idealizada pelo francês Benjamin Constant que pregava a existência de cinco poderes: o poder real, poder executivo, poder representativo da continuidade, poder representativo da opinião e poder de julgar. Da forma como foi concebido, situa-se hierarquicamente acima dos demais poderes do Estado. Esse poder era pessoal e privativo do imperador, assessorado por um Conselho de Estado. D. Pedro I (e mais tarde seu filho D. Pedro II) era o detentor exclusivo e privativo, com a atribuição de nomear e demitir livremente os ministros de Estado, já como chefe do Poder Executivo, exercitando este último poder através de «seus ministros de Estado», os mesmos a quem, como Poder Moderador, nomeava e demitia livremente.

<sup>11</sup> VIANNA, Francisco José de. O Idealismo da Constituição. 1ª edição. Rio de Janeiro: Terra de Sol, 1927.

da época propiciou o golpe e instituiu um regime autoritário que culminou em mais uma outorga constitucional, a Constituição outorgada de 1937. Mais uma vez a legitimidade constituinte nos foi usurpada e a soberania popular devolvida às mãos de um líder autoritário.

Azevedo Amaral<sup>12</sup>, considerado um dos principais teóricos do Estado Novo, tenta fundamentar o regime, estruturar a ideologia deste através de suas ideias. Afirma então, que não nos foi usurpado a legitimidade e que a Constituição era um exemplo da soberania popular, porque diferente das anteriores, não importava modelos estrangeiros e sim se preocupava com a realidade nacional e se adaptava a ela.

Esforça-se ainda para afastar a ideia de um Estado totalitário como o vivido na Europa com o fascismo italiano ou o nazismo alemão, afirmando que o governo de Getúlio Vargas é autoritário e não totalitário, pois assegurava as liberdades individuais, mas de maneira controlada como deveria ser.

Apesar de em 1946 termos mais uma Constituição promulgada, ela sofreu emendas com o Golpe Militar de 1964 até ser suspensa pelo Ato Institucional número um e ser finalmente substituída pela Constituição outorgada de 1967.

Com o Golpe Militar a usurpação da legitimidade ficou latente e em 1969 foi instituído o Ato Institucional número cinco<sup>13</sup> que deu nova redação a então Constituição vigente.

O mais interessante dessa forma de governo é que além de nos outorgarem uma Constituição, os militares se sentiam plenamente investidos de soberania e legitimidade, vide o ato institucional número um que afirmava que

*(...)a revolução vitoriosa se investe no exercício do Poder Constituinte. Este se manifesta pela eleição popular ou pela revolução. Esta é a forma mais expressiva e mais radical do Poder Constituinte. Assim, a revolução vitoriosa, como Poder Constituinte, se legitima por si mesma.(...)*<sup>14</sup>

O que se deve ter em conta é que poder constituinte não pertence aos legisladores, estes podem ser dotados de poder de emenda. A recuperação da

---

<sup>12</sup> AMARAL, Azevedo – O Estado Autoritário e a Realidade Nacional – Rio de Janeiro: Livraria José Olympio Editora, 1938.

<sup>13</sup> Ato institucional número cinco. Disponível em:  
[http://www.acervoditadura.rs.gov.br/legislacao\\_6.htm](http://www.acervoditadura.rs.gov.br/legislacao_6.htm)

<sup>14</sup> Fragmento extraído do Ato Institucional número um. Disponível em:  
[http://www.acervoditadura.rs.gov.br/legislacao\\_2.htm](http://www.acervoditadura.rs.gov.br/legislacao_2.htm)

legitimidade é o caminho para a soberania popular porque não basta conter no texto constitucional que todo poder emana do povo se isso realmente não acontece.

Raymundo Faoro<sup>15</sup> sustenta que a incapacidade do texto fundamental de abrigar e equilibrar representativamente as bases constitucionais faz com que ocorra uma ruptura do ordenamento supremo. É nesse ponto que se vai atuar o Poder Constituinte na plenitude de sua legitimidade, a vontade do povo. Mas se na origem ele é usurpado ou tolhido, o defeito de origem independente de suas emendas, é incapaz de recuperar o Poder Constituinte ilegitimamente apropriado por um grupo seletivo e excludente. Se todo poder emana do povo, a atividade constituinte é que lhe confere expressão, revelando assim a raiz da legitimidade.

Chegamos enfim a nossa Constituição atual, democrática e social, promulgada em 1988 através de uma Assembleia Constituinte legítima, dotada de soberania representando todo o povo brasileiro.

O artigo 1º<sup>16</sup> em seu parágrafo único já ratifica o fato de que todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos da Constituição.

Conclui-se, portanto, que, a soberania constituinte e sua legitimidade estão intimamente ligadas à ideia de democracia. Ratifico essa ideia citando que Kelsen<sup>17</sup> entendia que o princípio fundamental da democracia é a liberdade, portanto este princípio é encontrado em todos os elementos que constituem a democracia, principalmente na ideia de povo. A democracia é uma forma de Estado e de sociedade em que a vontade geral, ou seja, a ordem social é realizada por quem está submetido a esta ordem, o povo.

Se todo poder realmente emana do povo, a legitimidade e a soberania constituinte também pertencem ao povo. A democracia respeita a liberdade individual, por isso legitima a Constituição promulgada pelo seu verdadeiro detentor de direitos, o povo.

### **3 - A evolução do direito internacional e o denominado *constitucionalismo global***

Se analisarmos o Direito Internacional atualmente, iremos fugir da clássica definição de conjunto de normas que regula as relações externas dos atores que

---

<sup>15</sup> FAORO, Raymundo – Assembleia Constituinte: A legitimidade recuperada – Editora Brasiliense, 1981.

<sup>16</sup> Constituição da República Federativa do Brasil Art.1º: Parágrafo único. Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição.

<sup>17</sup> KELSEN, Hans. A democracia. São Paulo: Editora Martins Fontes, 2003.

compõem a sociedade internacional. Se definiu o Direito Internacional num primeiro momento dessa forma, como um ordenamento jurídico que regula as relações entre Estados. Entretanto, neste conceito, os Estados eram os únicos titulares de direitos e obrigações de caráter internacional, mas atualmente, o Direito Internacional também atribui, por vezes, direitos e obrigações às Organizações Internacionais, às Sociedades Comerciais e a indivíduos, embora se possa afirmar que o Direito Internacional se ocupa primordialmente dos Estados.<sup>18</sup>

Salientando ainda mais a evolução do Direito Internacional, é certo dizer que houve uma ampliação deste no campo das convenções internacionais. O chamado *jus cogens*<sup>19</sup>, consagrado na Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados de 1969, passou a vincular o Estado de forma direta independente de sua adesão ou consentimento.

As Constituições dos Estados passaram então a evoluir numa mesma direção. Assim a autonomia constitucional dos Estados viu-se correspondentemente condicionada, pois após a II Guerra Mundial surgiu a ideia de *standards mínimos* em relação ao constitucionalismo democrático principalmente no que diz respeito aos direitos e liberdades fundamentais, aferindo assim, a legitimidade das Constituições.<sup>20</sup>

Partindo desse ponto, deve-se considerar a democracia como um tópico dotado de centralidade política interna e internacional. A democracia está diretamente ligada à soberania popular constituinte, a própria Constituição e por sua vez ao Direito

---

<sup>18</sup> SILVA, Roberto Luiz. Direito Internacional Público. 3ª Edição – Belo Horizonte: Del Rey, 2008.

<sup>19</sup> Apesar de defender que o *jus cogens* é um instituto bem anterior a esta jurisprudência, instituído na Convenção de Viena sobre os Direito dos Tratados de 1969, cito-a por motivo de relevância temática. Jurisprudence of international court of justice: Jurisdictional Immunities of the State (Germany v. Italy) Application for permission to intervene submitted by Greece The Court grants Greece permission to intervene in the proceedings as a non-party: 6. He recalls, in this connection, that, in 1995, over 250 relatives of the victims of the massacre (of 1944) in the village of Distomo instituted proceedings against Germany before Greek Courts, claiming compensation for loss of life and property for acts perpetrated in June 1944 by Court of Livadia found that a State cannot rely on immunity when the act attributed to it was perpetrated in breach of norms of *jus cogens*, and affirmed that a State committing such a breach had indirectly waived immunity. Accordingly, the Court of Livadia held Germany liable and ordered it to pay compensation to the relatives of the victims of the massacre of Distomo. German occupation forces (under the Third Reich) in Greece. 8 - On 25.09.1997, the First Instance On the substantive law, the Court held first that State immunity is a generally accepted rule of international law, and is part of the Greek legal order. The Court of Cassation held that immunity is tacitly waived whenever the acts at issue are performed in violation of *jus cogens* norms (again referring to Article 46 of the Regulations on the Laws and Customs of War Annexed to the IV Hague Convention of 1907). The Areios Pagos also held, in the Distomo Massacre case, that an exception to the immunity rule should apply when the acts for which compensation was sought (especially crimes against humanity) had targeted individuals in a given place who were neither directly nor indirectly connected with the military operations; moreover, immunity was tacitly waived whenever such acts, as already indicated, were in breach of *jus cogens*.

<sup>20</sup> MOREIRA, Vital – O futuro da Constituição – in Estudos em homenagem a Paulo Bonavides, obra organizada por Eros Roberto Grau e Willis Santiago Guerra Filho, 2001: Editora Malheiros.



Internacional. A democracia, como afirma Canotilho<sup>21</sup>, é no plano interno o governo do “menos mau” e no plano externo a democracia promove a paz.

Devemos reinterpretar então o princípio da autodeterminação dos povos, não só nos fixando na palavra povo, mas expandindo a legitimação da autoridade e da soberania política a níveis supranacionais.

A globalização das comunicações e informações impulsiona uma expansão mundial, onde hoje, as fronteiras se tornam cada vez mais próximas e a interdependência política e econômica crescente, o que torna os Estados, no plano interno, Estados democráticos e no plano externo amigos e cooperantes.

É nesse cenário que nasce o chamado *constitucionalismo global* defendido por Canotilho<sup>22</sup>. Os traços desse novo paradigma emergente se caracterizam principalmente no alicerçamento do sistema jurídico político internacional, mas não apenas no clássico paradigma das relações horizontais da tradição ocidental hobbesiano ou westfaliano, mas em um novo paradigma centrado no Estado/povo, ou seja, a população dos próprios Estados. Frisa-se, portanto, a emergência de um *jus cogens* internacional informado por valores, princípios e regras universais, alicerçado em declarações e documentos internacionais. E por fim, a tendência de elevação da dignidade da pessoa humana ao maior status possível, de modo a estar presente em todos os constitucionalismos.

O fato é que o Direito Internacional evoluiu de tal forma que os Estados soberanos não têm mais uma soberania constituinte plena conforme nos remete o Estado de modelo Westfaliano, atualmente a autonomia constitucional é condicionada a ideia de constitucionalismo global e a *standards* mínimos principalmente no que tange a Direitos Humanos.

Aproxima-se a ideia de um novo paradigma do Direito Internacional Público quando se fala de direitos humanos. Assim, a batalha pelos direitos humanos constitui um novo começo e um novo paradigma, visto que o homem foi criado para que houvesse um começo<sup>23</sup>.

É latente a limitação à soberania constituinte no que diz respeito à pessoa humana. O que nos faz afirmar que houve sim uma evolução do Direito Internacional no que diz respeito às limitações da soberania Constitucional ao decorrer do tempo.

---

<sup>21</sup> CANOTILHO, J.J. Gomes – “Direito Constitucional e Teoria da Constituição”, 6º edição – Coimbra: Almedina.

<sup>22</sup> CANOTILHO, J.J. Gomes – “Direito Constitucional e Teoria da Constituição”, 6º edição – Coimbra: Almedina.

<sup>23</sup> ALMEIDA – DINIZ, Arthur J. – Novos Paradigmas do Direito Internacional Público. Porto Alegre: Editora: Sergio Antônio Fabris, 1995.

Entretanto, a democracia toma papel importante no que tange a limitação dessa soberania. Pelo fato da legitimidade ser usurpada na outorga de uma Constituição e o constituinte originário não ser dotado da verdadeira soberania popular, essa Constituição é considerada ilegítima, contudo não há limites para o seu conteúdo, nem tão pouco qualquer limitação, seja ela de ordem externa ou interna.

#### **4 - As limitações<sup>24</sup> da soberania constituinte e o “constitucionalismo global”.**

O poder constituinte sempre foi sinônimo de soberania nacional, por isso, não se conhecia nenhum tipo de limitações para este, nem de ordem interna e tão pouco de ordem externa. A soberania constituinte se traduzia na capacidade de um Estado de dotar-se, com plena autonomia da sua própria Constituição<sup>25</sup>.

A evolução do direito internacional, ou seja, a sua ampliação para além das convenções internacionais, propiciou uma mudança no cenário internacional. O *jus cogens* e os chamados *standards* mínimos condicionaram seus atores a atuarem de modo diferente, já que a legitimidade das Constituições passou a ser aferida de acordo com o respeito a essas regras.

As limitações à soberania constituinte mostraram-se latentes ao ponto de se afirmar que hoje a ideia de um constitucionalismo nacional absolutamente soberano está sendo extinta, nascendo então à era de um constitucionalismo global, que limita a soberania constituinte.

Entretanto, o que se determina constitucionalismo global não veio para minimizar ou extinguir o constitucionalismo interno e sim para limita-lo. E limita-lo em alguns aspectos ou assuntos, mas principalmente no que diz respeito à pessoa humana, seus direitos e liberdades fundamentais.

Mas, também se deve ressaltar que a cooperação internacional não necessariamente diz respeito à limitação de soberania nacional. Um exemplo disso é que, a maioria dos Estados acolhe normas e imposições tecnológicas de maneira quase unanime, criando assim certo consenso pelo menos no que diz respeito ao setor

---

<sup>24</sup> Quando trato do conceito de limitação do poder constituinte no que se refere ao Constitucionalismo Global defendido por Canotilho, baseio-me em uma visão endógena do Estado, ou seja, uma visão de dentro para fora da Assembleia Constituinte. Essa, sofrendo limitações a sua soberania baseada na ideia de que uma Constituição democrática deve alicerçar-se em valores mínimos no que tange aos Direitos da pessoa humana.

<sup>25</sup> MOREIRA, Vital – O futuro da Constituição – in Estudos em homenagem a Paulo Bonavides, obra organizada por Eros Roberto Grau e Willis Santiago Guerra Filho, 2001: Editora Malheiros.

tecnológico. Em linhas gerais pode-se dizer em resumo que Tecnologia, Ecologia e o Desenvolvimento constituem o eixo da moderna cooperação internacional<sup>26</sup>.

Vale dizer, que a comunidade internacional busca um “modus vivendi”, ou seja, um acordo entre partes cujas opiniões diferem, de tal maneira que elas possam concordar em discordar. Diplomáticamente, *modus vivendi* é um instrumento que estabelece um acordo internacional de natureza temporária ou provisória, pretendido ser substituído por um acordo mais significativo e completo, como um tratado. Então, em resumo, a comunidade internacional busca uma interdependência através do respeito mútuo.

Isso, não é exatamente uma limitação de soberania, e sim um modo dos Estados soberanos conviverem na sociedade internacional de maneira a serem Estados amigos e cooperantes entre si.

Mas independente do conceito de *jus cogens*, os Estados tendem a seguir em uma vertente constitucional comum, um mínimo existencial, passando a incluir o direito a autodeterminação como direito básico da democracia, protegendo a vida e a liberdade. Existe uma força muito grande no sentido de limitar o poder constituinte quando o assunto é direitos humanos.

Acabam por se estabelecer, como cita Canotilho<sup>27</sup>, um conjunto de *standards* mínimos impositivos e de observância de todos os Estados, de obrigações jurídicas quanto a observância de um sistema penal e processual justo por exemplo, de uma organização jurídica independente, de proteção a direitos básicos de acordo com a definição de cidadania e de reorganização de representações políticas de forma a incluir grupos e minorias num estatuto plural de cidadanias.

No plano do Direito Internacional, os bens e interesses como os direitos da pessoa humana, e como deveres do Estado e da sociedade são definidos através de *standards* mínimos. A Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948 é um exemplo claro disso.

Essa é a vertente principal da limitação constituinte pelo constitucionalismo global. Hoje, não é mais admissível ou legítimo a promulgação de uma Constituição que

---

<sup>26</sup> ALMEIDA – DINIZ, Arthur J. – Novos Paradigmas do Direito Internacional Público. Porto Alegre: Editora: Sergio Antônio Fabris, 1995.

<sup>27</sup> CANOTILHO, J.J. Gomes – “Direito Constitucional e Teoria da Constituição”, 6º edição – Coimbra: Almedina.

não inclua o mínimo de proteção à vida. O direito tem a sua plenitude exatamente na pessoa humana, ou seja, no outro.

Assim, o Direito Internacional e o Direito interno tem um propósito comum que é a proteção da pessoa humana, formando, o que Cançado Trindade denomina de ordenamento jurídico harmônico de proteção<sup>28</sup>. Hoje, o Direito Internacional e o Direito Constitucional já não são mais vistos de forma estanque ou compartimentada e sim de modo complementar, e isso é facilmente demonstrado na evolução interna dos Estados e no ordenamento Constitucional destes.

A consequência disso é a formação de um novo constitucionalismo com a sua soberania limitada pelo constitucionalismo global e pela internacionalização da proteção dos direitos humanos.

Apesar de estar ocorrendo uma evolução da noção de patrimônio comum da humanidade, de acordo com um tríptico enfoque Tecnologia, Ecologia e Desenvolvimento focado na ideia de cooperação internacional para interesse comum da humanidade, não se pode considerar que se trata de uma limitação de soberania constituinte.

Entretanto, quando se trata de proteção a pessoa humana, os Estados se curvam aos *standards* mínimos criados principalmente pela Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948, limitando assim a sua soberania. A limitação da soberania estende-se principalmente para a proteção dos direitos do indivíduo.

A título de exemplo vale dizer que é nesse ponto que se concentra uma nova tendência de algumas Constituições latino-americanas. Elas trazem um tratamento diferenciado ou especial aos tratados de direitos humanos e/ou aos preceitos neles consagrados<sup>29</sup>.

A Constituição Chilena de 1980 passou a equiparar hierarquicamente os direitos garantidos nos tratados sobre Direitos Humanos, aos direitos já garantidos no corpo Constitucional<sup>30</sup>

A Constituição da Nicarágua de 1987 por sua vez, integra, para fins de proteção, os direitos consagrados na Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948, na Declaração Americana de Direitos e Deveres do Homem, nos dois Pactos de

---

<sup>28</sup> CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto – Tratado de Direito Internacional dos Direitos Humanos, 1º Edição, Volume I – Porto Alegre, Editora: Sergio Antônio Fabris, 1997.

<sup>29</sup> <sup>29</sup> CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto – Tratado de Direito Internacional dos Direitos Humanos, 1º Edição, Volume I – Porto Alegre, Editora: Sergio Antônio Fabris, 1997.

<sup>30</sup> Constitución Política de la República de Chile de 1980: Artículo 5º.- La soberanía reside esencialmente en la Nación. Su ejercicio se realiza por el pueblo a través del plebiscito y de elecciones periódicas y, también, por las autoridades que esta Constitución establece. Ningún sector del pueblo ni individuo alguno puede atribuirse su ejercicio. El ejercicio de la soberanía reconoce como limitación el respeto a los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana. Es deber de los órganos del Estado respetar y promover tales derechos, garantizados por esta Constitución, así como por los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes.

Direitos Humanos das Nações e Unidas (de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, e de Direitos Cívicos e Políticos) e na Convenção Americana de Direitos Humanos<sup>31</sup>

Assim também a Constituição Colombiana, datada de 1991, estabelece que os tratados de Direitos Humanos ratificados pela Colômbia prevalecem na ordem interna. Significa dizer que os tratados ratificados pela Colômbia deverão ser interpretados em conformidade com os Direitos Humanos assegurados pela Constituição<sup>32</sup>

A Constituição Política do Peru datada de 1993 determina que os direitos constitucionalmente reconhecidos se interpretem em conformidade com a Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948 e com os Tratados de Direitos Humanos ratificados pelo Peru<sup>33</sup>.

A Constituição Argentina, deu aos tratados que versam sobre Direitos Humanos “hierarquia constitucional”<sup>34</sup>.

E a Constituição Brasileira fundada no princípio da dignidade da pessoa humana, após a emenda 45 de 2004, deu aos tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos, que forem aprovados de acordo com o rito determinado para as emendas constitucionais, art. 60 da CRFB<sup>35</sup>, status constitucional.

O que significa dizer que os tratados deverão ser respeitados por toda a legislação infraconstitucional vigente, sob pena de inconstitucionalidade. Esta norma

---

<sup>31</sup> Constitución Política de la República de Nicaragua con reformas incorporadas, Artículo 46: Arto. 46.- En el territorio nacional toda persona goza de la protección estatal y del reconocimiento de los derechos inherentes a la persona humana, del irrestricto respeto, promoción y protección de los derechos humanos y de la plena vigencia de los derechos consignados en la Declaración Universal de los Derechos Humanos; en la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre; en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; en el Pacto Internacional de Derechos Cívicos y Políticos de la Organización de las Naciones Unidas; y en la Convención Americana de Derechos Humanos de la Organización de Estados Americanos.

<sup>32</sup> Constitución de la República de Colombia: Artículo 93 Los tratados y convenios internacionales ratificados por el Congreso, que reconocen los derechos humanos y que prohíben su limitación en los estados de excepción, prevalecen en el orden interno. Los derechos y deberes consagrados en esta Carta, se interpretarán de conformidad con los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Colombia. El Estado Colombiano puede reconocer la jurisdicción de la Corte Penal Internacional en los términos previstos en el Estatuto de Roma adoptado el 17 de julio de 1998 por la Conferencia de Plenipotenciarios de las Naciones Unidas y, consecuentemente, ratificar este tratado de conformidad con el procedimiento establecido en la Constitución. La admisión de un tratamiento diferente en materias sustanciales por parte del Estatuto de Roma con respecto a las garantías contenidas en la Constitución tendrá efectos exclusivamente dentro del ámbito de la materia regulada en él.

<sup>33</sup> Disposiciones finales y transitorias de la Constitución de la República del Perú: Cuarta: - Las normas relativas a los derechos y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretan de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y con los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por el Perú.

<sup>34</sup> Constitución de la Nación Argentina: Artículo 75 - Corresponde al Congreso: 22. Aprobar o desechar tratados concluidos con las demás naciones y con las organizaciones internacionales y los concordatos con la Santa Sede. Los tratados y concordatos tienen jerarquía superior a las leyes.

<sup>35</sup> Artigo 60 da Constituição da República Federativa do Brasil: Art. 60. A Constituição poderá ser emendada mediante proposta: I - de um terço, no mínimo, dos membros da Câmara dos Deputados ou do Senado Federal; II - do Presidente da República; III - de mais da metade das Assembleias Legislativas das unidades da Federação, manifestando-se, cada uma delas, pela maioria relativa de seus membros.

está contida no artigo 5º § 3º<sup>36</sup> da CRFB. Vale frisar ainda que a sua modificação observa o rito do artigo 60 § 4º da Constituição da República Federativa do Brasil<sup>37</sup>.

Dessa forma conclui-se que há uma tendência crescente a um novo constitucionalismo pautado na dignidade da pessoa humana. Com a interação do Direito Internacional e o Direito interno nessa mesma vertente é notável que o maior beneficiário disso é a pessoa humana em sua plenitude.

Quanto à soberania constituinte, é seguro afirmar que ela realmente encontra-se limitada quando o assunto é direitos humanos. O que demonstra uma grande evolução do constitucionalismo global, fazendo com que o Direito interno se adeque às normas de proteção da pessoa humana.

## **5 – Considerações finais.**

A teoria da soberania absoluta fruto da Paz de Westfália vivida desde 1648, transformou-se ao decorrer dos anos. Acabou-se a era da soberania constituinte plena e inaugura-se uma nova ordem jurídica, onde a soberania constituinte é limitada pelo constitucionalismo global no que tange aos direitos humanos.

O Direito Internacional evoluiu de tal maneira ao decorrer dos anos que atualmente não só atua em um plano externo e abstrato regulando as relações internacionais de Estados soberanos, mas sim trazendo, com a ideia de *standards* mínimos, uma limitação as soberanias constituintes.

Essas limitações se relacionam com o conceito de democracia, pois é somente em uma nação democrática que se encontra uma Constituição legítima, soberana, e que traz em seu corpo limitações de ordem interna e externa. Limitações estas que dizem respeito principalmente aos direitos e garantias da pessoa humana.

E é pautado no indivíduo, que o Direito Internacional e o Direito interno se auxiliam para fortalecer o direito de proteção do ser humano. Por isso, o Direito tem como missão restaurar a saúde ética da humanidade para que se possa tornar efetivo o respeito à pessoa humana.

Na conjuntura atual, a busca por princípios éticos não pode mais ser vista como a busca de idealismos abstratos, mas principalmente, deve ser visto como a busca por

---

<sup>36</sup> Artigo 5º § 3º da Constituição da República Federativa do Brasil: Os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004) (Atos aprovados na forma deste parágrafo)

<sup>37</sup> § 4º - Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir: I - a forma federativa de Estado; II - o voto direto, secreto, universal e periódico; III - a separação dos Poderes; IV - os direitos e garantias individuais.

princípios éticos que garantam a sobrevivência não mais de um povo, mas da humanidade. Isso se traduz na busca de novos paradigmas do Direito Internacional, na racionalidade fundamentada na ética<sup>38</sup>.

Nas palavras de J.J. Gomes Canotilho<sup>39</sup>:

(...) as relações internacionais devem ser cada vez mais reguladas em termos de direito e justiça, convertendo-se o direito internacional numa verdadeira ordem imperativa a qual não falta um núcleo material duro – o *jus cogens* internacional – vertebrador quer da política e relações internacionais, quer da própria Constituição interna. Para além deste *jus cogens*, o Direito Internacional tende em transformar-se em suporte das relações internacionais através da progressiva elevação dos direitos humanos – na parte que não integram já o *jus cogens* – a padrão jurídico de conduta política, interna e externa. Estas últimas premissas – o *jus cogens* e os direitos humanos – articulados com o papel da organização internacional, fornecerão um enquadramento razoável para o constitucionalismo global. (J.J. Gomes Canotilho, página 1354).

Assim se define a limitação da soberania constituinte. Na evolução do Direito Internacional limitando a soberania Constitucional buscando a proteção dos direitos humanos para que o Direito possa cada vez mais cumprir a sua missão, que é fazer justiça.

## **6 – Referencias bibliográficas.**

ALMEIDA – DINIZ, Arthur J. – **Novos Paradigmas do Direito Internacional Público**. Porto Alegre: Editora: Sergio Antônio Fabris, 1995.

AMARAL, Azevedo – **O Estado Autoritário e a Realidade Nacional** – Rio de Janeiro: Livraria José Olympio Editora, 1938.

ARGENTINA. **Constitución de la Nación Argentina**. Disponível em:

<http://www.senado.gov.ar/web/interes/constitucion/cuerpo1.php>

BODIN, Jean – **Os seis livros da República**.

---

<sup>38</sup> ALMEIDA – DINIZ, Arthur J. – **Novos Paradigmas do Direito Internacional Público**. Porto Alegre: Editora: Sergio Antônio Fabris, 1995.

<sup>39</sup> CANOTILHO, J.J. Gomes – “Direito Constitucional e Teoria da Constituição”, 6º edição – Coimbra: Almedina. Página 1354.

BRASIL. **Acervo da ditadura.** Disponível em:

[http://www.acervoditadura.rs.gov.br/legislacao\\_6.htm](http://www.acervoditadura.rs.gov.br/legislacao_6.htm)

[http://www.acervoditadura.rs.gov.br/legislacao\\_2.htm](http://www.acervoditadura.rs.gov.br/legislacao_2.htm)

BRASIL. **OAB-SP.** Disponível em:

<http://www2.oabsp.org.br/asp/comissoes/republica/artigos/pop02.htm# ftn30>

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.** Disponível em:

[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constitui%C3%A7ao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constitui%C3%A7ao.htm)

CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto – **Tratado de Direito Internacional dos Direitos Humanos**, 1º Edição, Volume I – Porto Alegre, Editora: Sergio Antônio Fabris, 1997.

CANOTILHO, J.J. Gomes – “Direito Constitucional e Teoria da Constituição”, 6º edição – Coimbra: Almedina.

CHILE. **Constitución Política de la República de Chile.** Disponível em:

<http://www.bcn.cl/lc/cpolitica>

COLOMBIA. **Constitución Política de Colombia.** Disponível em:

[http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/cp/constitucion\\_politica\\_1991.html](http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/cp/constitucion_politica_1991.html)

FAORO, Raymundo – **Assembleia Constituinte: A legitimidade recuperada** – Editora Brasiliense, 1981.

KELSEN, Hans. **A democracia.** São Paulo: Editora Martins Fontes, 2003.

LENZA, Pedro – **Direito Constitucional Esquematizado**, 13º Edição – 2009: Ed. Saraiva.

MOREIRA, Vital – **O futuro da Constituição** – *in* Estudos em homenagem a Paulo Bonavides, obra organizada por Eros Roberto Grau e Willis Santiago Guerra Filho, 2001: Editora Malheiros.



NICARAGUA. **Constitución Política de la Republica de Nicaragua**. Disponível em:  
[http://www.asamblea.gob.ni/index.php?option=com\\_content&task=view&id=228&Itemid=156](http://www.asamblea.gob.ni/index.php?option=com_content&task=view&id=228&Itemid=156)

PERU. Constitución Política del Perú. Disponível em:  
<http://www.tc.gob.pe/legconperu/constitucion.html>

REALE, Miguel – **Lições preliminares de direito**, 25º edição – 2001: Ed Saraiva.

SILVA, Roberto Luiz. **Direito Internacional Público**. 3º Edição – Belo Horizonte: Del Rey, 2008.

VIANNA, Francisco José de. **O Idealismo da Constituição**. 1ª edição. Rio de Janeiro: Terra de Sol, 1927.