

PODER CONSTITUINTE NO CENÁRIO GLOBALIZADO

CONSTITUENT POWER IN SCENERY GLOBALIZED

Michele Aparecida Gomes Guimarães¹

RESUMO

O presente artigo tem por escopo analisar como o poder constituinte se apresenta no contexto globalizado onde as questões ultrapassam as fronteiras estatais. Para tanto, de início, abordar-se-ão algumas considerações teóricas sobre o poder constituinte, passando desde a teoria clássica até as teses modernas. Em seguida, são apresentados os limites do poder constituinte derivado. Feito isso, tecem-se notas sobre o poder constituinte decorrente, bem como sobre o Estado e soberania. Por último, discorre-se acerca do poder constituinte no mundo transnacional. Ao final, conclui-se que no atual momento sócio, político e histórico por que passa a humanidade, a criação de uma constituição universal ainda é temerosa. Portanto, pensa-se que no contexto supranacional o poder constituinte deve compor a realidade e englobar elementos e princípios cosmopolitas de cunho humanitário e universal, de modo a facilitar as relações entre países do mundo inteiro.

ABSTRACT

The scope of this article is to analyze how the constituent power presents itself in the globalized context where issues go beyond state borders. Therefore, initially, it will be addressing some theoretical considerations on the constituent power, going from classical theory to the modern theories. Then, it will be presented the limits of the constitutional power derived. That done, weave up notes on the constituent power due, as well as on the state and sovereignty. Finally, it is realized considerations about constituent power in a transnational world. In the end, it is concluded that at the current social, political and historical moment that humanity is passing, the creation of a universal constitution is still awesome. Thus, it is thought that in the supranational context of constitutional power should compose the reality and encompass elements and cosmopolitan principles of humanitarians and universals, so as to facilitate relations between countries worldwide.

¹ Mestranda em Direito Ambiental e Sustentabilidade pela Escola Superior Dom Helder Câmara. Advogada e Consultora Jurídica militante nas áreas do Direito do Consumidor, Civil, Trabalhista, Ambiental, Administrativo e Previdenciário. Assessora de Controle Interno do Serviço Municipal de Água e Esgoto de Ouro Preto. Tutora do curso de Graduação em Administração Pública do Centro de Educação à Distância (CEAD) da Universidade Federal de Ouro Preto (UFOP).

PALAVRAS-CHAVES: Poder Constituinte – Constituição – Globalização.

KEYWORDS: Constituent Power - Constitution – Globalization

1 NOTAS INTRODUTÓRIAS

Precipuamente cumpre-nos observar que esse estudo situa-se no campo do Direito Constitucional que pertence à seara do Direito Público, sendo de grande relevância já que contempla normas e mandamentos estruturais do próprio Estado que norteiam a sistematização do ordenamento jurídico.

O constitucionalismo envolve uma dinâmica mundial uma vez que as bases teóricas e normativas de alguns países serviram de inspiração para outros.

No Brasil, o sistema constitucional passou por uma série de transformações no limiar da história desde a Constituição do Império de 1824 até a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, que fora estatuída democraticamente.

Desde logo, afirma-se que o poder constituinte é fruto de um processo sócio-histórico-cultural, cuja evolução perpassou séculos, e, diga-se de passagem, ainda sofre uma série de influências nessa década.

Para efeito de contextualização, nota-se que o poder constituinte apresenta concepções distintas, classificações variadas, divisões doutrinárias e limites de atuação dos poderes derivados, como será assentado ao longo do trabalho.

O tema proposto possui inúmeras obras correlatas. Porém, apesar de muito debatido, ainda gera controvérsias entre os estudiosos do Direito, quando se trata da idealização de uma constituição supranacional.

O desafio é verificar como tal poder subsiste no cenário globalizado da dinâmica mundial capitalista marcado pela cooperação internacional dos povos, pela releitura de determinados conceitos definidos anteriormente, como ocorre com a soberania estatal, e, até mesmo pela busca de uma “integração jurídica”.

2 BREVES CONSIDERAÇÕES SOBRE PODER CONSTITUINTE

Como cediço, a Revolução Francesa datada de 1789 foi um marco sócio, político e histórico uma vez que rompeu com estruturas até então predominantes, principalmente com o corolário do poder divino vigente à época.

Nesse cenário, no século XVIII, emerge a ideia de poder constituinte a partir de Sieyès². Nos dizeres de Pimenta (2007, p. 80):

Sieyès afirmava que o objetivo ou o fim da Assembléia representativa de uma nação não pode ser aquele que ocorreria se a própria população pudesse se reunir e deliberar na mesma situação. Defendia, ainda, a ideia de Soberania Nacional e a diferenciação entre Poder constituinte e poderes constituídos segundo derivado do primeiro.

Na concepção clássica de *Emmanuel Sieyès* o titular do poder constituinte é a nação³ e o corpo de representantes extraordinários exerceria papel relevante. Nesse sentido, Carvalho (2010, p. 274) explica:

Para Sieyès, era necessário igualar o Terceiro Estado (povo) aos dois outros (clero e nobreza), privilegiados, relativamente a direitos e obrigações. A fim de se promover esta igualdade, concebeu a tese da existência de um Poder Constituinte que institucionaliza o Estado, o que pertence ao povo ou à nação. Mediante um pacto social, de que resultava a criação da sociedade, para sua garantia necessária a existência de um Poder, denominado de constituinte, para elaborar a constituição. Para tanto, ou seja, para o exercício da função constituinte, seriam eleitos representantes extraordinários, distintos dos representantes ordinários que, a seu turno, exercem o Poder instituído.

À luz do pensamento de Sieyès, o Terceiro Estado é o que deveria preponderar. Complementarmente, Bandieri (2007, p.99) comenta:

*En su versión clásica, el poder constituyente presupone el pueblo com una entidad política existencial. La “nación” designa, a partir de allí, un pueblo capaz de actuar, que ha despertado a la conciencia política. “Nación”, un término que servía para designar el lugar de nacimiento, pasa a significar “pueblo” como concepto del derecho público político.*⁴

Após isso, passou-se a difundir o ideário do poder soberano do povo exercido diretamente ou por meio da assembleia representativa.

² À título de complementação, lembra-se que alguns estudiosos pensam que é à *Lafayette* que deve ser atribuída a teoria do poder constituinte.

³ Esse é o entendimento de Sieyès em seu livro *Qu'est-ce que le tiers État?* (O que é o terceiro Estado). Vide Moraes (2010, p. 26).

⁴Tradução livre: “Na versão clássica, pressupõe poder constituinte do povo como uma entidade política existencial. A ‘nação’ significa, de lá, um povo capaz de agir, o que despertou a consciência política. ‘Nação’, um termo que foi usado para designar o local de nascimento, vem a significar ‘povo’ como um conceito político de direito público”.

Assim, modernamente, Moraes (2010, p. 26) conceitua poder constituinte como “a manifestação soberana da suprema vontade política de um povo, social e juridicamente organizado”.

Corroborando com tal opinião, Carvalho (2010, p. 276) vê:

a titularidade do poder constituinte no governante ou no grupo constituinte que outorga a Constituição, pois se aquele poder guarda relação de intimidade com a força, ele é depositário do consenso, da vontade comum e das expectativas da comunidade, o que só se obtém partindo da premissa de que a Constituição será democrática e, portanto, o próprio poder constituinte.

Desta feita, na esfera do “dever ser” o que prepondera é a vontade popular, ainda que o interesse particular do representante da coletividade seja divergente.

Acrescenta-se que a doutrina não é unânime quanto à natureza do poder constituinte. A fim de esclarecer a temática, Sampaio (2002, p. 349) faz a colocação subsequente:

O paradoxo moderno do poder constituinte democrático dá margem à multiplicação de teorias explicativas da natureza desse poder, ora como fato, às vezes reduzido a uma vontade política; ora como direito e, portanto, sendo uma emanção do direito natural ou encontrando amparo, por exemplo, nas exigências do bem comum, de um governo justo e honesto, numa intencionalidade jurídico-valorativa; numa contradição frustrante, decorrente da afirmação de uma Constituição com ato jurídico dotado de certa perfeição decorrer de um *no man's land* jurídico ou no reconhecimento internacional da autodeterminação dos povos.

O poder constituinte manifesta-se em todo e qualquer ato estatal. Nesse diapasão, Miranda (2009, p. 213) expressa a dupla perspectiva do poder constituinte: material e formal. Nas palavras do referido Constitucionalista:

um poder constituinte material e um poder constituinte formal; distinguimos entre um poder de auto formação do Estado segundo certa ideia de Direito e um poder de decretação de normas com a forma e a força jurídica própria das normas constitucionais.

Do trecho inserido alhures, extrai-se que o poder constituinte material antecede o formal. A partir dessa distinção, surge a subdivisão em poder constituinte originário e derivado.

No poder constituinte formal, firmam-se valores e princípios que servirão de sustentáculo do corpo normativo Estatal.

Já o poder constituinte originário encontra-se intimamente ligado com a ideia de novo começo⁵, ou dito de outro modo, com a implementação de uma nova ordem ou ruptura com ordem estabelecida anteriormente. O que significa dizer que o poder constituinte material emerge com a formação do Estado, mudança da estrutura estatal ou alteração do regime político.⁶

Assim, na forma originária tal poder só ocorre nas vezes em que há quebra de paradigmas do Estado, e, muitas vezes, as modificações surgem da autonomia pública⁷ e da soberania estatal.

Na fenomenologia constituinte, os rompimentos passam pela esfera da revolução. Nesse ponto, apresenta-se o esclarecimento de Miranda (2009, p. 219):

a revolução não é o triunfo da violência, é o triunfo de um Direito diferente ou de um diverso fundamento de validade do sistema jurídico positivo do Estado. Não é antijurídica; é apenas anticonstitucional por oposição à anterior Constituição.

Em real verdade, a concepção de revolução aqui se relaciona com o explicitado por Arendt *apud* Somek (2012, p.17): ⁸ “*The modern concept of the revolution [is] inextricably bound up with the notion that the course of history begins anew, that an entirely new story, a story never told before, is about to unfold*”.

A revolução à luz de Arendt envolve o conceito de ação, que vai além de um “mero agir”, mas ao contrário, se forma na ação conjunta e no esforço comum dos indivíduos que compõe a sociedade.

Sem sobra de dúvida, o rompimento com a ordem anterior determina a origem de uma nova Constituição no sentido formal, após um processo de transição.⁹

Na esteira da Constituição, lei primaz do Estado, reporta-se ao que Silva (2010, p. 37-38) exprime:

a constituição do Estado, considera sua lei fundamental, seria, então, a organização dos seus elementos essenciais: *um sistema de normas jurídicas, escritas ou*

⁵ Somek faz menção à concepção clássica de Abbé Sieyès, nos termos: “*the nation signifies the capacity to make a new beginning*”. Ou seja, sua noção significa a capacidade de fazer um novo começo (tradução livre).

⁶ Sobre o assunto, vide Miranda (2009, p. 214).

⁷ Obviamente, partindo do pressuposto que o Estado é democrático e pautado na soberania popular eu não em regimes autoritários, apesar da possibilidade de haver poder constituinte oriundo de ditaduras, a exemplo da Constituição Brasileira de 1937 que legitimou o Estado Novo.

⁸ In Somek (2012, p. 17). Tradução livre: “o conceito moderno de revolução é ligado indissolavelmente com a noção de que o curso da história começa de novo, que uma história nunca contada antes, está prestes a acontecer”.

⁹ Esse processo pode perdurar por anos, ou quiçá por décadas, em conformidade com a conjuntura política e social do país e em razão das complexidades que envolvem a transição.

costumeiras, que regula a forma do Estado, a forma de seu governo, o modo de aquisição e o exercício do poder, o estabelecimento e seus órgãos, os limites de sua ação, os direitos fundamentais do homem e as respectivas garantias. Em síntese, a constituição é o conjunto de normas que organiza os elementos constitutivos do Estado. (grifos no original)

Com isso, a Constituição é a compilação de normas essenciais do Estado e é marcada pela supremacia em relação aos demais corpos normativos, razão pela qual, Branco, Coelho e Mendes (2008, p. 202-203) sustentam:

O conflito de leis com a Constituição encontrará solução na prevalência desta, justamente por ser a Carta Magna produto do poder constituinte originário, ela própria elevando-se à condição de obra suprema que inicia o ordenamento jurídico, impondo-se, por isso, ao diploma inferior com ela inconciliável.

Tem-se, pois, que a Constituição situa-se no ápice do ordenamento jurídico, sendo que as demais legislações são subordinadas aos comandos constitucionais.¹⁰

3 LIMITES DO PODER CONSTITUINTE DERIVADO

Sem sombra de dúvidas, a Carta Constitucional deve se adaptar às realidades em que as normas serão aplicadas, levando-se em consideração evoluções, necessidades e uma série de outros fatores oriundos do dinamismo social.

Nesse mister, interessante colacionar o que Pimenta (2007, p. 88-89) acentua:

O Poder constituinte derivado surge basicamente da necessidade encontrada pelos Estados nacionais de modificarem suas Constituições de acordo e na medida em que evolui a própria sociedade, ou seja, dotar a Constituição de mecanismos hábeis a propiciar o acompanhamento da evolução social, como forma de evitar que o Texto constitucional venha a se tornar, com o passar do tempo, um amarra ao progresso da sociedade, tanto no aspecto político, como jurídico, econômico, cultural etc.

Assim, observados alguns limites, os Textos Constitucionais podem sofrer modificações conforme as exigências práticas.

Seguindo o mesmo raciocínio, Branco, Coelho e Mendes (2008, p. 213) aduzem:

Para prevenir os efeitos nefastos de um engessamento de todo o texto constitucional, o próprio poder constituinte originário prevê a possibilidade de um poder, por ele instituído, vir a alterar a Lei Maior. Evita-se, desse modo, que o poder constituinte originário tenha de se manifestar, às vezes, para mudanças meramente pontuais. Reduzem-se os efeitos nefastos das contínuas rupturas da ordem constitucional.

¹⁰ Lembra-se a pirâmide normativa de *Hans Kelsen*.

Pimenta (2007, p. 91-94), no âmbito do constitucionalismo brasileiro, apresenta os seguintes limites do poder constituinte derivado: limites materiais, circunstanciais, temporais e formais.

Os limites materiais, como a própria nomenclatura induz, fazem menção às matérias que não podem ser reformadas. No solo pátrio, são as chamadas cláusulas pétreas, que para Moraes (2004, p. 39) cuidam do “cerne imodificável da Constituição” que não podem ser abolidas tampouco sofrer restrições.

Ressalta-se o art. 60, § 4º, incisos I, II, III e IV, da Carta Magna de 1988 elenca expressamente alguns desses limites, a saber:

- § 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.

Além dos limites materiais expressos, tem-se, ainda, os implícitos, que não obstante não estarem previstos no dispositivo legal supramencionado, limitam os atos de forma pela própria conjectura jurídica interna, a exemplo do sistema de governo que não pode ser alterado.

Os limites circunstanciais¹¹ relacionam-se com as situações ou momentos vivenciados pelo Estado durante crises. Em períodos de instabilidade, não pode ocorrer mudanças constitucionais com vistas a evitar retaliações e retrocessos na ordem interna.

As limitações temporais são no sentido de vedar alterações no bojo constitucional em um dado lapso temporal. No Brasil, a Constituição de 1988 positivou que durante o interregno mínimo de 5 (cinco) anos após sua promulgação, não poderia haver reformas. Contudo, depois do ano de 1993 tal regra não produziu mais efeitos.

Quanto aos limites formais, afirma-se que são os requisitos formais que regulamentam o processo de emenda do Texto Constitucional, nos termos do art. 60 da Carta da República Brasileira de 1988, *in verbis*:

- 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 Assembléias Legislativas das unidades da Federação, manifestando-se, cada uma delas, pela maioria relativa de seus membros.

¹¹ Tais limites estão previstos no Art. 60, § 1º, da Constituição da República: “A Constituição não poderá ser emendada na vigência de intervenção federal, de estado de defesa ou de estado de sítio”.

(...)

§ 2º - A proposta será discutida e votada em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, considerando-se aprovada se obtiver, em ambos, três quintos dos votos dos respectivos membros.

§ 3º - A emenda à Constituição será promulgada pelas Mesas da Câmara dos Deputados e do Senado Federal, com o respectivo número de ordem.

§ 5º - A matéria constante de proposta de emenda rejeitada ou havida por prejudicada não pode ser objeto de nova proposta na mesma sessão legislativa.

Em razão desse procedimento especial e complexo de reforma, a Constituição brasileira é considerada por parte da doutrina como rígida e não flexível. Nesse diapasão, Branco, Coelho e Mendes (2008, p. 214) testemunham:

As constituições rígidas, como a nossa, marcam a distinção entre poder constituinte originário e os constituídos, inclusive o de reforma; reforçam a supremacia da Constituição, na medida em que repelem que o legislador ordinário disponha em sentido contrário do texto constitucional; e levam, afinal, à instituição de mecanismo de controle de constitucionalidade de leis, como garantia real da suprallegalidade das normas constitucionais.

A partir do trecho inserido alhures, vê, pois, que exigências criteriosas do procedimento do poder reformador objetivam evitar que a ordem jurídica estabelecida seja facilmente manipulada.¹²

Como apresentado, é patente que o poder derivado sofre limitações. Todavia, Martínez (1998, p.65) argumenta que o poder constituinte originário também possui limitações.

Logicamente, no caso do poder constituinte originário, a limitação não seria constitucionalmente expressa¹³, já que não tem Constituição anterior a ele, e, sim, seu exercício encontra limitações implícitas, na classificação de Martinez (1998, p. 68-70), são elas, soberania popular, separação de poderes, declaração de direitos, dignidade do ser humano.

4 NOTAS SOBRE O PODER CONSTITUINTE DECORRENTE

Fala-se ainda em poder constituinte decorrente. No Brasil, ele consiste no poder atribuído aos Estados e Municípios visto que os entes federados podem agir nos âmbitos de

¹² Pimenta (2007, p. 94) comenta que “o processo de modificação do Texto constitucional apresenta-se bem mais dificultoso que o processo legislativo ordinário”.

¹³ Martínez (1998, p. 67): “El poder constituyente originario es ilimitado positivamente, pero en cambio se tiene límites: elaborar o reformar una constitución es su esfera de acción, bastante amplio, pero nada más que aquella”. Tradução livre: “O poder constituinte originário é ilimitado positivamente, mas em troca tem limites sim: elaborar ou reformar uma Constituição é sua esfera de ação, bastante amplo, mas nada mais que isso”.

suas competências, respeitados os limites expressos e implícitos de atuação impostos pela Constituição.

No que tange ao poder constituinte decorrente, Sampaio (2002, p.568) dispõe que:

Esse poder apresenta tríplice dimensão: (a) é derivado: a Constituição Federal atribui aos Estados a competência de auto-organização constitucional; (b) é limitado: princípios e normas centrais da federação impõem ou vedam certos conteúdos; e (c) é sucessivo: deve ser exercido dentro do prazo determinado após a promulgação da Constituição Federal (art. 11 do ADCT).

Com base em Sampaio (2002, p.568) para esse tipo de poder, “a expressão ‘poder constituinte’ é imprópria, pois não passa de um poder constituído pela própria Constituição Federal”.

Nota-se que o poder decorrente emerge da hermenêutica assentada no art. 25 da Constituição da República de 1988, conjugada com a norma do art. 11 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias (ADCT), senão vejamos os dispositivos legais, respectivamente:

Art. 25. Os Estados organizam-se e regem-se pelas Constituições e leis que adotarem, observados os princípios desta Constituição.

Art. 11 - Cada Assembleia Legislativa, com poderes constituintes, elaborará a Constituição do Estado, no prazo de um ano, contado da promulgação da Constituição Federal, obedecidos os princípios desta.

Com isso, os Estados sujeitam-se às disposições e princípios constitucionais que limitam o poder constituinte derivado.

Para Sampaio (2002, p. 570) “existem duas ordens de princípios constitucionais que limitam a atividade do constituinte estadual: os princípios constitucionais federais sensíveis (I) e os princípios estabelecidos”.

Baseando-se no referido autor, os princípios constitucionais sensíveis são as bases estruturais que provocam intervenção federal quando violadas. Sampaio (2002, p. 570) cita:

a forma republicana; o sistema representativo; o regime democrático; os direitos da pessoa humana; a autonomia municipal; a prestação de contas da administração pública, direta e indireta; e a aplicação do mínimo exigido da receita resultante de impostos estaduais, compreendida a proveniente de transferências, na manutenção e desenvolvimento do ensino (art. 34, VII, *a a e*).

Quanto aos princípios constitucionais estabelecidos são, basicamente, as limitações expressas e as limitações implícitas.

As expressas podem ter natureza tanto *mandatória* quanto *vedatória*,¹⁴ quer estabelecendo principiologias de organização estatal, quer vedando a prática de certos atos.

As implícitas são apresentadas por Sampaio como as que “derivam dos princípios e normas constitucionais, sobretudo aqueles indicados como sensíveis e expressamente estabelecidos, a partir de um argumento *a contrario sensu*” (grifos no original).

A partir dessas limitações ficam os Estados adstritos aos comandos constitucionais, ora derivados de princípios gerais, ora previstos expressamente.

Após estudo jurisprudencial da temática, ao projetar as limitações do poder constituinte decorrente, Sampaio (2002, p. 595-596) resume: “a força das limitações ao poder constituinte decorrente pode-se projetar em diferentes sentidos: exigindo veiculação pelo texto constitucional dos Estados, facultando essa veiculação ou, simplesmente, proibindo-a”.

A violação de tais preceitos (limites) ensejam a inconstitucionalidade e conseqüente inaplicabilidade da norma *contrario legem*, já que os mesmos possuem caráter cogente.

5 ALGUMAS CONSIDERAÇÕES SOBRE O ESTADO E SOBERANIA

Não se pode olvidar que, embora próximas, as expressões Estado e Nação são diversas uma vez que a primeira integra um conceito mais jurídico e a segunda uma realidade social.¹⁵

Cumpre-nos apresentar um conceito de Estado da obra de Portela (2012, p. 181-182):

ente formado por um território, uma comunidade humana e um governo soberano, dotado de capacidade de exercer direitos e contrair obrigações e não subordinado juridicamente a qualquer outro poder, externo ou interno. O Estado não se identifica com a nação ou com o povo, que consistem em grupos em grupos sociais cujas as partes são unidas por afinidades históricas, culturais, étnicas, religiosas, psicológicas etc., bem como por anseios comuns.

A partir do conceito transcrito, tem-se que o Estado apresenta elementos seculares, quais sejam, território, povo e governo soberano.¹⁶

¹⁴ Expressões utilizadas por Sampaio (2002, p. 572).

¹⁵ Maluf (2003, p. 16) examina: “a Nação pode perfeitamente existir sem Estado. A distinção entre as duas realidades mais se evidencia quando se tem em várias nações podem reunir-se em um só Estado, assim como também uma só Nação pode dividir-se em vários Estados. A Áustria e a Hungria sempre foram nações completamente distintas; não obstante, durante muito tempo formaram um só Estado sob a denominação de Áustria-Hungria. Igualmente, a Escócia, a Irlanda e a Inglaterra foram nações tradicionalmente diversas e se reuniram num só Estado que é a Grã-Bretanha.

¹⁶ Nota-se que o reconhecimento do Estado por outros países não é considerado como elemento do Estado, já que a corrente predominante argumenta que tal reconhecimento é meramente declaratório e discricionário e não constitutivo e obrigatório.

O território é a localização geográfica na qual o Estado exerce sua soberania¹⁷. O povo é o conjunto de pessoas juridicamente unidas ao Estado por meio da nacionalidade ou cidadania. A soberania é o poder de determinar regras que regem dado povo em determinado território.

Acerca do poder soberano, Portela (2012, p. 183) acentua:

No passado, a noção de soberania confundia-se amiúde com a de poder ilimitado. Na atualidade, porém, prevalece a premissa básica do estado de Direito pela qual o ente estatal atua dentro de certos limites, estabelecidos internamente pela ordem jurídica nacional e, externamente, pelo Direito Internacional.

É de se destacar, outrossim, que a soberania possui dois espectros: o interno e o externo. O que significa dizer que além do poder soberano determinar as relações dentro do território nacional, no âmbito internacional, possui independência, igualdade e insubordinação em relação aos demais Estados.

Os Estados detêm personalidade jurídica na ordem internacional, tendo, via de consequência, direitos e obrigações em consonância com os direitos dos demais entes estatais e com a cooperação internacional.

Nesse ponto, vale transcrever algumas linhas sobre soberania apresentadas por Sirvinkas (2010, p. 157), senão vejamos:

A soberania é o fundamento primeiro da República Federativa do Brasil e, ao lado do território e do povo, exeterioriza-se, o poder do Estado. É a capacidade que tem o Estado de auto-governar-se e reger-se por si mesmo sem interferência de qualquer organismo internacional. O Estado brasileiro exerce com absoluta independência sua função de dar a última palavra, na esfera de suas atribuições, dentro do seu território. Diferentemente dos Estados, Distrito Federal e Municípios, que não possuem soberania, mas apenas autonomia, dentro de suas atribuições internas, conferidas pela Constituição. Esse fundamento é importante, pois é o Estado Federal que irá estabelecer regras protetivas do meio ambiente e firmar documentos internacionais, visando a adoção de medidas adequadas, no âmbito interno dos países signatários sobre questões ambientais internacionais.

Daí, percebe-se que a República Federativa do Brasil é um Estado soberano, *a priori*, com o poder de decidir as questões nacionais, sem a obrigatoriedade de se submeter ao crivo e interferência dos outros Estados.

Varella (2012, p. 238) fazendo um apanhado da visão contemporânea de soberania fala que:

¹⁷ Ressalta-se que em hipóteses específicas, o estado pode exercer sua soberania fora do território nacional, *verbi gratia*, em territórios estrangeiros em situações regulamentadas pelo Direito Internacional.

a soberania ainda é compreendida como o poder do Estado de exercer o domínio sobre seu território, de forma independente. (...) A soberania consolida-se por meio de capacidades e competências. As capacidades estão relacionadas à vida internacional. As competências estão relacionadas à vida interna.

Ressalta-se que essa soberania permite a definição de normas e adoção de políticas e posturas sem a intervenção de outros países ou organismos internacionais.

Alguns estudiosos pressupõem o “declínio” ou a “crise” da soberania no cenário globalizado. Contudo, pensa-se que não se trata de decadência da soberania, e, sim, de adaptação à realidade contemporânea que leva a certa relativização nas casuísticas que envolvem preceitos universais de caráter obrigatório, a exemplo dos direitos humanos.

Aliás, percebe-se que a globalização também influencia o poder constituinte como doravante passa a expor no próximo tópico.

6 PODER CONSTITUINTE NO CENÁRIO GLOBALIZADO

A visão de poder constituinte transnacional remete à ideia de uma Constituição global que ultrapassaria as fronteiras nacionais e as estruturas do Estado e regeria sozinha a vida de toda a humanidade.

As teorias sobre poder constituinte transnacional surgem a partir da atual conjuntura internacional marcada pelo fenômeno da globalização, termo este definido por Portela (2012, p.46) como:

processo de progressivo aprofundamento da integração entre as várias partes do mundo, especialmente nos campos político, econômico, social e cultural, com vistas a formar um espaço internacional comum, dentro do qual bens, serviços e pessoas circulem da maneira mais desimpedida possível.

Com efeito, a globalização da contemporaneidade, em grande medida, sustenta-se na tecnologia da comunicação que possibilita a difusão instantânea de informações e integração entre povos de todas as partes do mundo.

O cenário global hodierno é marcado por algumas peculiaridades, tais como: influências econômicas, relações comerciais intensas entre os Estados e certa relativização da soberania. A propósito, essa última, a soberania, é que traz, discussões jurídicas na seara do Direito Constitucional.

Sobre o assunto, Portela (2012, p.47) afirma: “os Estados limitam cada vez sua soberania, ampliando sua submissão a um numero crescente de tratados e de órgãos internacionais encarregados de assegurar a aplicação das normas internacionais”.

A sociedade internacional¹⁸ atual baseia-se na vontade dos indivíduos de compartilhar interesses comuns, coexistindo pessoas, entidades e Estados em um nível de integração universal.

Essa sociedade apresenta reflexos das heterogeneidades dos indivíduos que a compõe visto diferenciações culturais, políticas, sociais, além de outras. Portanto, tal sociedade é um tanto quanto complexa.

Uma nuance importante que merece destaque é a descentralização da sociedade mundial. Com isso, não há um poder central de decisão. Dito de outro modo, não existe um órgão global hierarquicamente superior, sob o qual os Estados e demais sujeitos de direito Internacional estariam subordinados.

Contrariamente a isso, o que se vê no contexto mundial é um conjunto de organismos coordenados que atuam com base no princípio da cooperação.

Em virtude do contexto transnacional que suplanta os limites geográficos dos Estados surgem novas propostas teóricas acerca do poder constituinte.

Bandieri (2007, p. 98-99) propõe a crise do Constitucionalismo clássico, haja vista, por exemplo, a necessidade de se garantir uma Constituição cosmopolita universal apátrida e a crise de representação popular.

Em conformidade com Carvalho (2010, p. 289) as constituições nacionais internas submeter-se-iam à essa constituição supranacional:

uma nova configuração do poder constituinte, o denominado *poder constituinte supranacional*. É que a globalização dos valores constitucionais, passando o direito internacional a se interessar cada vez mais pela matéria constitucional, acarretando, com isso, a formulação de regras jurídicas cada vez mais uniformes. (...) Agindo de fora para dentro das fronteiras estatais, o poder constituinte supranacional destina-se à formação de uma Constituição supranacional legítima, apta a vincular a comunidade de Estados sujeitos à sua incidência. (...) Poder existente mais no plano abstrato que concreto, encontra sua fonte na cidadania universal, no pluralismo de ordenamentos jurídicos, na vontade de integração, e na própria soberania remodelada. (grifos no original).

¹⁸ Expressão distinta de comunidade internacional. Com fulcro em Portela (2012, p. 47), a comunidade internacional é caracterizada pela aproximação e vínculos espontâneos; aproximação por laços culturais, religiosos, linguísticos etc. identidade comum, ausência de dominação, e a cumplicidade entre os membros.

Hardt apresenta em seu trabalho *Globalization and Democracy* (p. 09) uma nova forma de organização cosmopolita por ele chamado de Império, senão veja-se:

This notion of Empire is most easily understood in terms of sovereignty. We use Empire to name the new form of sovereignty, a new form of political rule. It is certainly true that, as many of these authors claim, in step with the processes of globalization, the sovereignty of nation-states, while still important, has progressively declined. The primary factors of production and exchange—money, technology, people, and goods—move with increasing ease across national boundaries; hence the nation-state has less and less power to regulate these flows and impose its authority over the economy. Even the most dominant nation-states should no longer be thought of as supreme and sovereign authorities, neither outside nor even within their own borders. However, the declining sovereignty of nation-states does not mean that sovereignty as such has declined. Throughout the contemporary transformations, political controls, state functions, and regulatory mechanisms continue to rule the realm of economic and social production and exchange. Our basic hypothesis, then, is that sovereignty has taken a new form, composed of a series of national and supranational organisms united under a single logic of rule. This new global form of sovereignty is what we call Empire. Empire, in other words, is today the ultimate subject of sovereignty.¹⁹

Segundo *Hardt*, no Império, haveria uma Constituição global comum e um único poder soberano que incorporaria todo o globo sem barreiras geográficas. Necessário se faz esclarecer que o Império não se confunde com o Imperialismo que estabelece um centro territorial de poder.

Outra perspectiva é difundida por *Somek* (2012, p. 25-29) que salienta que no contexto transnacional os indivíduos se relacionam com questões de interesse público, inerentes ao bem-estar geral, haja vista que os males públicos se tornaram interligados nos países do mundo inteiro e as questões começam a ser abordadas a partir de uma visão que vai além do Estado-Nação.

Parafraseando *Somek* (2012, p. 23-24) afirma-se que a consciência nacional requer introduzir em qualquer constituição um princípio que reconhece a possibilidade da Lei

¹⁹ Tradução livre: “Esta noção de Império é mais facilmente entendida em termos de soberania. Usamos Império para nomear a nova forma de soberania, uma nova forma de dominação política. É certamente verdade que, como reivindicações de muitos autores, em sintonia com os processos de globalização, a soberania dos Estados-nação, embora ainda importante, tem declinado progressivamente. Os principais fatores de produção e troca de dinheiro, tecnologia, pessoas e mercadorias - mover-se com maior facilidade através de fronteiras nacionais, daí o Estado-nação tem cada vez menos poder de regular estes fluxos e impor sua autoridade sobre a economia. Mesmo o mais dominante Estados-nação should deixar de ser pensado como supremo e autoridades soberanas, nem fora, nem mesmo dentro de suas próprias fronteiras. No entanto, o declínio da soberania dos Estados-nação não significa que a soberania, como tal, tem diminuído. Ao longo das transformações contemporâneas, os controles políticos, funções estatais e mecanismos de regulação continuam a governar o reino da produção econômica e social e da troca. Nossa hipótese básica, então, é que a soberania tomou uma nova forma, composta de uma série de organismos nacionais e supranacionais, unidos por uma lógica ou regra única. Esta nova forma global de soberania é o que chamamos de Império. Império, em outras palavras, é hoje o tema final de soberania”.

Suprema incorporar certos elementos cosmopolitas, tais como a proibição da discriminação em razão da nacionalidade ou a proteção de grupos étnicos minoritários.²⁰

Nas exatas palavras de *Somek* (2012, p. 39):

*The matter becomes increasingly embedded into a transnational learning process, which revolves around the application of the proportionality principle. (...) The rights no longer need a textual basis in a constitutional document. They are part of the legacy of all constitutional democracies.*²¹

Dessa forma, com sustentáculo no referido autor, em virtude dos processos evolutivos sócio-histórico, os direitos, independentemente, de se encontrarem previstos em documentos legais, já fazem parte do legado das democracias constitucionais.

Destarte, pensa-se que na prática a humanidade ainda não está apta a reger-se por uma Constituição universal, isso porque o equilíbrio entre os poderes e os Estados seria um grande desafio já que certamente um Estado tentaria se sobressair em relação aos demais, o que desestruturaria o sistema mundial e tenderia ao imperialismo.

Ademais, os textos das Constituições dos Estados ainda possuem papéis relevantes e trazem segurança jurídica para os cidadãos e, de certa forma, evita retaliações jurídicas e sociais.

De resto, entende-se que o poder constituinte ainda deve preponderar nesse mundo globalizado. Todavia, os textos constitucionais devem ser abertos e flexíveis aos mandamentos de interesse universal englobando mandamentos humanitários cosmopolitas.

7. CONSIDERAÇÕES FINAIS

A partir deste conclui-se que os termos constitucionais devem ser observados não como conceitos pragmáticos “soltos no espaço”, mas, sim, como elementos imersos em espaços sociais e situações concretas, confrontando-os com problemas e desafios que a realidade impõe.

²⁰ *Somek* (2012, p. 23-24) apresenta: “Awareness of this requires to introduce into any constitution a principle recognizing that the country whose supreme law it claims to be is always too small and too large. It includes those who had better be separate and excludes others who may have a stake. The key of dealing with this necessary founding defect consists in incorporating certain cosmopolitan elements, such as the prohibition of discrimination on the grounds of nationality or the protection of ethnic minorities”.

²¹ Tradução livre: “torna-se cada vez mais incorporados em um processo de aprendizagem transnacional, que gira em torno da aplicação do princípio da proporcionalidade. (...) Os direitos, já não precisam de uma base textual de um documento constitucional. Eles são parte do legado de todas as democracias constitucionais”.

Assim, é possível afirmar que o paradigma do “novo começo” continua. Mas agora, na perspectiva do poder constituinte no âmbito transfronteiriço.

A ideia da constituição universal é excelente do ponto de vista utópico. Contudo, considera-se que, na prática, ainda é inviável em razão das diferenças e heterogeneidade marcante entre os povos, considerando-se espectros políticos, culturais, sociais, além de tantos outros.

Por isso, resta-nos a vigência do poder constituinte nacional não limitado às regras internas e, sim, aberto às regras de interesse público universal, principalmente aos preceitos da dignidade humana.

Outrossim, as variadas teorias são importantes e fazem parte do processo evolutivo constitucional. Malgrado chegar-se à conclusão de que precisam ser superadas, elas auxiliam na construção de bases futuras, permitindo “aprender e adaptar”.

Por último, destaca-se o papel do aplicador da norma e dos representantes do povo, já que o desenvolvimento constitucional é sistêmico e complexo por abarcar uma extensa cadeia de fatores e atores.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BANDIERI, Luís María. **El poder constituyente**: su sentido y alcance actual. Ambiente Jurídico: Centro de Investigaciones Sociojurídicas. 07 de mai. de 2007. Disponível em: <http://www.umanizales.edu.co/publicaciones/campos/juridicas/ambiente_juridico/html/Ambiente%20Juridico/edicion9.pdf#page=94> Acessado em: 20 de nov. de 2012.

BRANCO, Paulo Gustavo Gonet; COELHO, Inocêncio Mártires e MENDES, Gilmar Ferreira. **Curso de direito constitucional**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

BRASIL. Constituição. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado, 1998.

CARVALHO, Kildare Gonçalves. **Direito Constitucional**: Teoria do Estado e da constituição. 16. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2010.

HARDT, Michael. **Globalization and democracy**. Duke University: English Department. Disponível em: <<http://www.socialsciences.mcmaster.ca/institute-on-globalization-and-the>>

human-condition/documents/IGHC-WPS_01-1_Hardt.pdf>. Acessado em: 28 de nov. de 2012.

MALUF, Sahid. **Teoria geral do estado**. 26. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

MARTÍNEZ, Rafael Oyarte. **Limite y limitaciones al poder constituyente**. Revista Chilena de derecho, Número Especial, pp. 65-85, 1998. Disponível em: <http://jalsacademico.blogspot.com/2012_08_01_archive.html>. Acessado em 10 out. 2012.

MIRANDA, Jorge. **Teoria do Estado e da Constituição**. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 26. Ed. São Paulo: Atlas, 2010.

MORAES, Guilherme Peña de. **Direito Constitucional: teoria da constituição**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2004.

PIMENTA, Marcelo Vicente de Alkmim. **Teoria da Constituição**. Belo Horizonte: Del Rey: Belo Horizonte, 2007.

PORTELA, Paulo Henrique Gonçalves. **Direito internacional público e privado: incluindo noções de direitos humanos e de direito comunitário**. 4. ed. Salvador: Jus Podivm, 2012.

SAMPAIO, José Adércio Leite. **A constituição reinventada: pela jurisdição constitucional**. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional positivo**. 33. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2010.

SIRVINSKAS, Luís Paulo. **Tutela constitucional do meio ambiente: interpretação e aplicação das normas constitucionais ambientais no âmbito dos direitos e garantias fundamentais**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

SOMEK, Alexander. **The constituent power in a transnational context**. Disponível em: <http://www.wzb.eu/sites/default/files/u32/somek_constituent_power_in_a_transnational_context.pdf>. Acessado em: 10 de nov. de 2012.

VARELLA, Marcelo Dias. **Direito internacional público**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.