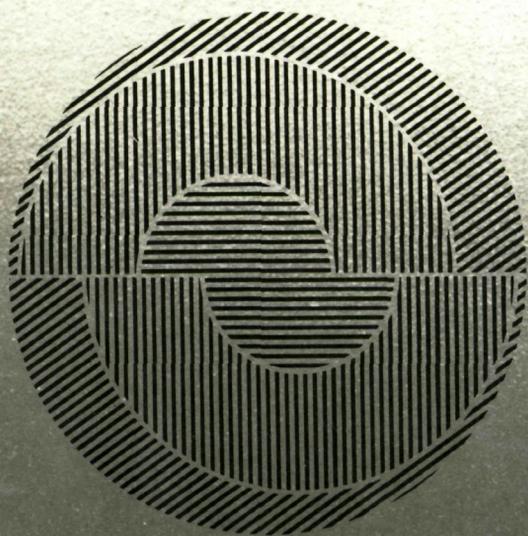


REVISTA DE INFORMAÇÃO LEGISLATIVA



SENADO FEDERAL • SUBSECRETARIA DE EDIÇÕES TÉCNICAS

ABRIL A JUNHO 1991

ANO 28 • NÚMERO 110

Os Direitos Humanos como Limitações ao Poder Constituinte

LEOMAR BARROS AMORIM DE SOUSA
Professor de Direito Administrativo da
Universidade Federal do Maranhão. Juiz do
TRE/MA. Juiz Federal no Maranhão

SUMÁRIO

1. *Do estado de natureza ao pacto social.*
2. *A idéia de poder constituinte.*
3. *Direitos Humanos.*
4. *Os direitos humanos como limitações ao poder constituinte.*
5. *Conclusão.*
6. *Bibliografia.*

1. *Do estado de natureza ao pacto social*

A idéia de limitar o poder dos monarcas certamente que foi sempre o desejo dos povos.

É que a liberdade, principal atributo da personalidade do homem, não teria como irradiar-se e expandir-se se não houvesse pelo menos a demarcação de um território mínimo, mas preciso, em que as pessoas pudessem ter um comportamento positivo ou negativo sem serem molestadas, ou melhor, sem correrem o risco de ver sua conduta julgada, censurada por um poder superior.

O reconhecimento da liberdade humana está indissociavelmente ligado à evolução histórica dos povos, pois somente com muito sacrifício e muita luta foi possível conquistá-la. A primeira noção que nos acode ao falarmos da liberdade é aquela que se refere ao livre-arbítrio, ou seja, aquela concepção de liberdade ligada à autonomia da vontade, em que o homem projeta para o mundo exterior seus desejos, prazeres e vontades, sem os grilhões ou amarras que lhe possam vedar a expressão do sentimento de independência e autonomia espiritual e física. Mesmo nesse nível de entendimento são evidentes as limitações intrínsecas, subjacentes, que têm o conceito de liberdade.

Mas não é essa a liberdade de que falamos aqui, mas daquela em que os homens associados por um fim comum, para a criação do Estado, procuram garantir para si a participação no governo, no exercício do poder político, a fim de limitarem a autoridade política dentro de confins certos e seguros. Daí a criação pelo pensamento liberal dos pressupostos do regime democrático de governo lastreado substancialmente na idéia de liberdade. A própria conceituação clássica de democracia, como governo do povo pelo povo pressupõe a liberdade política dos homens, no sentido de reconhecer-lhes essa possibilidade de autodeterminação.

O reconhecimento da liberdade dos homens em termos políticos, de participação no exercício do poder, é pressuposto inafastável da origem dos governos democráticos, uma vez que o primado da vontade popular subordina a atuação dos governantes à vontade da sociedade.

Quando o pensamento liberal conseguiu deitar raízes no campo das instituições políticas ao inspirar a Declaração de Direitos de 1791 de que "os homens nascem e permanecem livres e iguais em direito", ficou ali enunciado a liberdade do povo em sentido transcendente, numa declaração histórica de liberdade a conjurar os possíveis excessos dos governantes, já que estes, como observara Montesquieu, tendem sempre a abusar do poder.

A democracia é concebida, pois, como uma fórmula instrumental de equacionar a liberdade declarada e reconhecida do homem com a necessidade da autoridade pública, com as imposições decorrentes de uma ordem política. Não se pode por isso mesmo entender os direitos políticos como um fim em si mesmos. Mas é sobretudo a partir da Revolução Industrial e, depois, com a divulgação do pensamento marxista que essa idéia de liberdade ganha novo enunciado, situa-se em nova perspectiva e desloca-se para outro ponto de vista. Com efeito, o *trabalho* vai ser fator de importância preponderante para evidenciar que a liberdade de participação do povo no governo não exaure em si a liberdade do cidadão.

As transformações sociais, econômicas e políticas causadas pela Revolução Industrial, as guerras, a ideologia marxista fazem surgir um novo

cidadão, visto sob a face do operário, limitado em sua liberdade, privado das necessidades básicas e explorado pela força de trabalho que aliena a preço vil a seu patrão. Nessa nova perspectiva o poder político não pode mais ser concebido como uma fórmula de garantir uma liberdade apenas formal e preexistente ao homem, mas sim como um conduto para alcançar-se uma liberdade material, concreta.

Aparece, assim, uma outra noção de liberdade já agora contraposta àquela de participação no exercício do poder. É que cedo se verificou que a concepção liberal de liberdade no sentido de o povo eleger seus governantes e ter seus direitos declarados em uma Carta Magna não alcança a nova conotação que as transformações sociais vieram exigir do conceito de liberdade.

Desloca-se, portanto, a questão para esse novo enfoque, de ver a liberdade a partir de uma perspectiva, de um instante desejado em que o *homo faber* possa conquistar, com o exercício do poder, a sua dignidade humana, usufruir o produto de seu trabalho, de alcançar a fruição dos bens de consumo necessários a seu sustento e de sua família, ter oportunidade de discutir as condições materiais de seu trabalho. Somente quando todos os cidadãos puderem usufruir dos bens produzidos pela sociedade e alcançar a satisfação das necessidades materiais básicas, poderemos evoluir para novas concepções de liberdade.

Daí a necessidade de se estabelecer uma *convenção*, a fim de que se declarassem, de um lado, os limites do poder dos governantes e, de outro, os direitos fundamentais dos governados.

HOBBS, em o *Leviatã*, explica que os homens, no início, viviam em estado natural, jogados à própria sorte e, portanto, em constante estado beligerante. Para ele, os homens encontram três causas para discórdia: a competição, a desconfiança e a glória. A competição leva o homem a atacar outro homem pelo lucro. Da segunda causa decorre a segurança e, da terceira, surge a reputação. Isto porque o homem é egoísta por natureza e busca apenas seu bem-estar pessoal, daí que, animado por esse sentimento egoísta, surgiria a guerra de todos contra todos (1).

Cumprido dizer que para HOBBS o homem não é mau por natureza, pois os desejos e outras paixões humanas não são em si mesmos pecados e nem ações resultantes desse estado d'alma, desde que não haja lei que as proíba (2).

O estado de natureza é, no autor do *Leviatã*, uma idéia limite, uma vez que declara que "poderá porventura pensar-se que nunca existiu um

(1) HOBBS, Thomas. *Leviatã*. Trad. de João Paulo Monteiro e Maria Beatriz Nizza da Silva, São Paulo, Abril Cultural, 1974.

(2) Op. cit., p. 80.

tal tempo, nem uma condição de guerra como esta, e acredito que jamais tenha sido geralmente assim, no mundo inteiro" (3).

Segundo ele, a vida de cada membro do grupo era permanentemente ameaçada por esse estado de guerra. A superação desse estado surge justamente no momento em que os homens, colimando garantir a própria vida, renunciaram em favor de um soberano o exercício do estado de natureza. Para HOBBS, "é nesse soberano que consiste a essência do Estado, a qual é definida como uma pessoa de cujos atos uma grande multidão, mediante pactos recíprocos uns com os outros, foi instituída por cada um como autora, de modo a ela poder usar a força e os recursos de todos, da maneira que considerar conveniente, para assegurar a paz e a defesa comum" (4).

Este poder soberano é adquirido ou pela força natural, física de submeter os outros a sua autoridade ou mediante acordo entre os súditos, em se submeterem a uma assembléia ou a um homem, de maneira voluntária, no desejo de serem protegidos contra todos os outros (5).

Para NORBERTO BOBBIO, o modelo hobbesiano é constituído com base em dois elementos fundamentais: o estado (ou sociedade) de natureza e o estado (ou sociedade) civil. Entre os dois estados há uma relação de contraposição: o estado natural é o estado não político, e o estado político é o estado não natural. O estado político surge como antítese do estado natural, do qual tem a função de eliminar os defeitos, e o estado natural ressurge como antítese do estado político quando esse deixa de cumprir a finalidade para a qual foi instituído (6).

LOCKE, retomando o pensamento desenvolvido por Hobbes, mas por outro enfoque, afirma que, no princípio, as pessoas viviam em estado de natureza, caracterizado pela igualdade e liberdade. Para ele, o homem é por natureza sociável e o estado de natureza já é o estado de sociedade, porquanto as pessoas já têm alguns direitos como à própria vida, à propriedade e ao trabalho.

Faltaria, sim, alguém investido de autoridade pública superior, para garantir esses direitos, explicando-se, portanto, a idéia do contrato social em que o povo outorga ao governante autoridade para tutelar os direitos já conquistados.

Afasta-se LOCKE do pensamento hobbesiano justamente porque, embora utilizando a hipótese do estado de natureza e do contrato social,

(3) Op. cit., p. 80.

(4) Op. cit., p. 109.

(5) Op. cit., p. 110.

(6) BOBBIO, Norberto. *Sociedade e Estado na Filosofia Política Moderna*, Editora Brasiliense, São Paulo, 1986, pp. 38-9.

vai demonstrar que existem limites ao poder do soberano, poder esse que para Hobbes é absoluto (7).

Para transposição desse estado sugere, então, a constituição de um governo civil, através do pacto em que os homens transferem o exercício do estado de natureza a um superior com o fito de garantir e preservar o direito à vida, à propriedade e ao trabalho.

ROUSSEAU, em *Do Contrato Social*, evolui seu pensamento a partir do denominado *estado de natureza*, em que para ele os homens seriam livres e iguais, mas precisariam de uma garantia tutelar desse estado de liberdade. Surge, então, o contrato social destinado a garantir que os homens permaneçam livres e iguais como no estado de natureza. O homem trocaria sua liberdade natural por uma liberdade pactuada, convencionada em benefício de toda sociedade. As cláusulas contratuais seriam de tal forma determinadas pela natureza do ato que qualquer alteração as tornaria *sem efeito nenhum, pois ocorrendo violação ao pacto, cada pessoa readquire seus direitos primitivos e retoma a liberdade natural em troca da liberdade convencionada* (8).

Assim, no momento em que se está protegendo todos do grupo, se está também protegendo cada um individualmente. Não há, porém, uma alienação da liberdade individual. A liberdade constitui atributo da própria natureza humana e, dessa forma, o homem não poderia renunciar à sua *liberdade natural*. A *liberdade natural* é a que existe antes do pacto, no estado de natureza, em que os homens necessitariam de uma garantia para continuarem e permanecerem livres e iguais em estado de liberdade. A liberdade convencionada surgiria a partir do pacto social com a alienação dos direitos de cada associado à comunidade toda (9).

Para ele, a lei é o resultado da vontade geral e não ato arbitrário do governante. A ordem jurídica, portanto, que não tiver fundamento na vontade geral será ilegítima. A verdadeira soberania pertence ao povo e não a grupos ou a indivíduos, sendo ela inalienável, imprescritível e indivisível. Mas esta vontade geral não é mera concordância numérica de von-

(7) Com a ressalva de que, em Hobbes, há um limite ao poder soberano: o não-cumprimento do pacto que fundou a sociedade e o Estado e instituiu o próprio soberano. Rompendo o pacto, o soberano se põe em estado de guerra que é um retorno ao estado de natureza. Tal rompimento se dá quando o soberano deixa de garantir a segurança (essencialmente da vida dos súditos), que é a própria razão do pacto social.

(8) ROUSSEAU, Jean-Jacques. *Do Contrato Social*. Trad. de Lourdes Santos Machado, São Paulo, Abril Cultural, 1973, p. 38.

(9) Op. cit., p. 38.

tades individuais. É, na verdade, resultado do que existe de comum em todas as vontades individuais⁽¹⁰⁾.

Para ROUSSEAU, a vontade geral é sempre certa e se dirige sempre ao bem comum, à utilidade pública, embora reconheça que as deliberações do povo nem sempre têm a mesma exatidão. Há, segundo ele, muita diferença entre a vontade de todos e a vontade geral, posto que enquanto aquela se prende ao interesse privado e não passa de uma soma das vontades particulares, esta tende ao interesse comum⁽¹¹⁾.

Sem embargo de compreender-se o estado de natureza do homem como o próprio estado de sociedade, pois o homem sempre viveu em sociedade, DEL VECCHIO afirma que essa contraposição pode oferecer um outro sentido: "O de um raciocínio abstrato, de natureza hipotética, segundo o qual, ao estudar o homem, se deseja prescindir de tudo quanto representa efeito da convivência e dos vínculos sociais. Neste caso, pois, trata-se de uma experiência lógica e dialética, tendo por fim esclarecer, com a ajuda da argumentação *a contrario*, a necessidade e a razão de ser da sociedade. Assim, poderia também um homem de ciência proceder se, por exemplo, descrevesse como seria o mundo não sujeito à lei da gravidade, a fim de, indiretamente, demonstrar com esta apresentação artificial da realidade, a índole e o efeito insuprimíveis da lei da gravidade."⁽¹²⁾

2. A idéia de poder constituinte

Corolário das posições doutrinárias extraídas desses três pensadores políticos é o axioma de que o poder emana do poder e que vem elidir a concepção primitiva da origem divina do poder, colocada ideologicamente como sustentáculo do absolutismo então vigente no século XVIII.

É o Estado, assim, uma sociedade política, estruturada a partir do Direito, que tem como fonte primária normativa um documento resultante do pacto social, que é a Constituição.

Comporta a esta altura duas questões aqui: Quem é o titular desse poder? Quem tem legitimidade para exercê-lo?

Assim como os sócios de uma sociedade comercial, vamos dizer assim, têm o poder de estruturá-la e constituí-la, do mesmo modo ao povo se reconhece o poder criador do contrato de constituição da sociedade política, que é o Estado. E este poder criador, fundante, é o *poder constituinte*.

O titular do poder constituinte, que funda a organização político-jurídica do Estado, que limita o poder dos governantes, que declara seus próprios direitos, que, enfim, edita a Constituição, é o povo, segundo a doutrina democrática de poder.

(10) Op. cit., p. 52.

(11) Op. cit., pp. 52-3.

(12) DEL VECCHIO, Giorgio. *Lições de Filosofia do Direito*. Coimbra Armênio Amado Editor, 5ª edição, 1979, p. 461.

Para CARL SCHMITT, o poder constituinte é uma *vontade política*, é um querer armado de força e autoridade para decidir e executar o seu desígnio. Equivale, portanto, o poder constituinte a uma *decisão política fundamental*, capaz de declarar a Constituição que regerá o Estado (13).

Nessa linha de entendimento, a questão da titularidade passa ao largo da questão da legitimidade, haja vista que ser titular do poder é exercê-lo, é ser capaz de organizar o Estado, é ter força e autoridade para editar a Constituição.

Por essa compreensão, quando, v.g., o Congresso Nacional aqui no Brasil promulgou a Emenda Constitucional n.º 11/78, que revogou o AI-5, o próprio governo militar e as elites políticas precedentemente já haviam tomado por vontade e autoridade próprias aquela decisão política (o Parlamento só fez homologar a decisão). E se o fizeram é porque tinham parcela da titularidade do poder constituinte. O mesmo mecanismo de poder explica o processo de edição daquele ato nos idos de 1968.

O titular desse poder, por tal concepção, abstraindo-se qualquer posição apriorística, mesmo de natureza ética, será quem puder decidir e executar concretamente acerca do modo de constituição do Estado, em todas as suas dimensões políticas.

Por conseguinte, se no período do absolutismo era o monarca que tinha essa decisão, a ele cabia o poder constituinte, até porque se não havia contestação relevante pelo povo sobre a origem teocrática do poder, legítimo seria o governo do soberano; se nos dias atuais, nos regimes representativos do mundo, ao povo compete essa disposição, é ele inelutavelmente o titular do poder constituinte (14).

Assim, no fundo de toda Constituição existe uma decisão política do titular do poder constituinte: do povo, na democracia; do monarca, na monarquia autêntica.

Vislumbra-se nessa concepção do poder constituinte uma tentativa de situar a atuação do poder fundante numa visão de objetividade, como se o fenômeno fosse apanhado e analisado em si e não como poderia ou deveria ser.

Entretanto, à consideração de demitir-se de uma eventual postura ideológica, tal concepção, no fundo, dá um conteúdo de legitimidade ao poder em si mesmo, ou seja, por tal entendimento doutrinário o poder se exerce e se mantém por si próprio, pela só possibilidade de manter-se pela força e autoridade e pela decisão política.

(13) SCHMITT, Carl. *Teoría de la Constitución*. México, Nacional, 1988, p. 86.

(14) Op. cit., p. 93.

Para FERDINAND LASSALE a essência da Constituição e, portanto, a idéia de poder constituinte está erigida a partir do que ele chama dos *fatores reais do poder* que dominam uma determinada sociedade.

Esses *fatores reais de poder* podem ser entendidos como uma força eficaz e ativa que se agita no seio de cada sociedade, influenciando as instituições jurídicas de tal modo que elas não possam ser, materialmente, a não ser tal como são ⁽¹⁵⁾.

A essência da Constituição e, por conseguinte, do poder que a elabora é o somatório dos fatores reais do poder que regem um país. A Constituição jurídica, escrita, é uma mera *folha de papel*. Assim, a soma desses fatores reais de poder, quando formalmente materializados em uma folha de papel escrita, passa a ser as instituições jurídicas.

LASSALE vê em cada classe social, como na aristocracia, na grande e pequena burguesia, nos banqueiros e na classe operária, uma parte da Constituição real, tendo em vista o poder real que cada segmento desse detém na organização da sociedade.

Inexistindo harmonia entre a Constituição escrita e a real, aquela sucumbirá mais dia menos dia, uma vez que prevalecerá a Constituição real, que tem como suporte fático os fatores do poder que dominam a sociedade.

Malgrado não se refira em seu pensamento a poder constituinte, LASSALE deixa transparecer, ao falar do que seja a essência de uma Constituição, a sua idéia do que seja aquele poder.

O poder constituinte para ele parece estar urdido e materializado no seio das forças dos grupos organizados da sociedade. O poder do povo, sem embargo de ser uma força maior que os aparelhos de defesa do Estado, ele entende como uma força amorfa e desorganizada, portanto, de pouca expressão integrativa nos fatores reais de poder.

3. *Os direitos humanos*

O reconhecimento e resguardo dos direitos individuais do homem é conquista recente dos povos, pois somente depois do pensamento iluminista do século XVIII e da derrubada do absolutismo é que de fato iniciou-se uma nova concepção estatal, em que os governantes passaram a buscar o conteúdo de validade de seu poder não mais na idéia teocrática, mas sim na de soberania popular.

Passou-se, assim, a partir da Revolução Francesa a afirmar que existem direitos fundamentais do homem, que independem de reconhecimento pelo Estado, já que são inerentes a todos os homens. Já agora, em tempos

(15) LASSALE, Ferdinand. *Que é uma Constituição?*, p. 11.

contemporâneos, tivemos a edição da Declaração Universal dos Direitos Humanos da ONU, que alargou os limites dos direitos individuais, projetando-os além fronteiras, eis que os Estados signatários dessa convenção limitaram suas soberanias externas. Ocorrerá, assim, o chamado fenômeno de internacionalização dos direitos humanos.

Para SALVETTI NETTO, a internacionalização dos direitos humanos resultou das seguintes causas: pragmáticas, ideológicas, históricas e políticas (16).

Entre as causas pragmáticas, apresenta dois eventos que levaram os Estados a tutelar em espaço internacional esses direitos: o terrorismo e o aparecimento das armas nucleares. Roosevelt, depois da Segunda Grande Guerra, ao falar para os americanos, acentuou que ao lado das liberdades já declaradas em muitas Constituições dos povos, havia outras tão importantes para integração do homem consigo mesmo, que chamou de liberdade à subsistência e liberdade do medo. A crise de insegurança e a necessidade de libertação do medo levou ao aparecimento da ONU e, logo depois, à Declaração Universal dos Direitos Humanos (17).

Entre as causas ideológicas, destaca-se a que se liga a um verdadeiro retorno ao direito natural. Por isso, acentua Bidart Campos: "Que as declarações de direitos se tenham universalizado significa, assim mesmo, que muitas delas como as emergentes do primitivo constitucionalismo francês e norte-americano tiveram a pretensão e a força de formular-se como catálogo de liberdades naturalmente insitas em todos os homens pelo único fato de serem pessoas. Embora tais declarações, como direito positivo, não pudessem ignorar circunscrever-se seu âmbito territorial e pessoal de validade e de vigência à jurisdição do próprio Estado que as acolhia, a formulação ideológica que as inspirava abrigava e exibia a intenção de assinalar que estes direitos reconhecidos e garantidos no interior do Estado — eram naturalmente iguais aos que todos os demais homens de todos os demais Estados deveriam desfrutar em seus respectivos territórios." Por seu turno, a Igreja Católica contemporânea deu substancial contribuição a esse novo revigoramento dos direitos humanos com João XXIII e Paulo VI e o episcopado em todo o mundo. Referindo-se à Declaração da ONU, João XXIII em *Pacem in terris* fez a seguinte pregação em prol dos direitos humanos: "Oxalá venha quanto antes o tempo em que esta organização possa garantir eficazmente os direitos dos homens: direitos que por brotarem da dignidade da pessoa humana são universais, invioláveis e inalienáveis. Tanto mais quando os homens participam, cada vez mais ativamente, dos assuntos públicos de suas respectivas nações, seguem com

(16) SALVETTI NETTO, Pedro. *Curso de Teoria do Estado*. São Paulo, Editora Saraiva, 1981, p. 200.

(17) Op. cit., p. 201.

crecente interesse a vida de outros e se fazem conscientes de que pertencem como membros de uma comunidade mundial⁽¹⁸⁾.

Sob o ponto de vista histórico, o constitucionalismo surgido no século XVIII nos Estados Unidos e França deitou raízes e espalhou-se por todo o mundo, influenciando as Constituições surgidas posteriormente nos diversos países, que passaram a tutelar as liberdades públicas, os direitos individuais, limitando o poder do Estado. A Declaração da ONU de proteção internacional desses direitos surgiu como resultado da existência de direitos já reconhecidos nas Constituições praticamente de todos os povos civilizados. No que respeita às causas políticas, o nosso século deixou manifesta, sobretudo pela aproximação dos povos com a notável evolução tecnológica e dos meios de comunicação, a necessidade de ajuda mútua entre os Estados soberanos, que não bastam a si mesmos, e que para realizarem seus objetivos morais e materiais não podem prescindir da cooperação de outros Estados. Entre essas necessidades de busca de fins comuns pelo Estado, a preservação dos direitos humanos assume grande relevo. Por isso mesmo, declara BIDART CAMPOS que “a preservação dos direitos e liberdades fundamentais do homem chega, assim, a construir um problema que preocupa a organização internacional dos Estados que se coloca ao lado da paz, da cooperação, da solidariedade e da ajuda internacionais na órbita de jurisdição internacional”⁽¹⁹⁾.

Quais seriam esses Direitos Humanos, esses direitos fundamentais? É necessário logo alertar que não há uma noção definidora em termos de *numerus clausus* desses direitos. A evolução histórica e a experiência jurídica é que ditam o conteúdo desses direitos nos aspectos civis, políticos, econômicos, sociais, culturais, etc. A Declaração da ONU, por seu turno, é um referencial que abriga uma pauta larga do conteúdo desses direitos.

No que tange ao nosso estudo, restringimos os direitos humanos apenas aos direitos civis e políticos, por razão de metodologia e de limitação da dissertação. Quer isso dizer que a dicção Direitos Humanos para os estritos limites deste trabalho tem a dimensão reduzida dos direitos civis e políticos, embora nos tempos atuais haja uma floração nova desses direitos, que assumem outras conotações e adquirem novos conteúdos.

Embora sejam os direitos humanos uma categoria do direito internacional público, daí por que pouco se discute acerca do que considerar fundamental ou não nesses direitos, não falta quem lance dúvidas sobre o que considerar essencial. Com efeito, JEAN RIVERO questiona: “Direitos fundamentais? Em que eles se distinguem dos direitos que não são fun-

(18) Op. cit., pp. 202-204.

(19) BIDART CAMPOS, J. *Los Derechos del Hombre*. Buenos Aires, Edição 1973, p. 166.

damentais? Que relação existe entre direitos fundamentais e liberdades fundamentais?... Uma espécie de indecisão acompanha a mesma noção dos direitos fundamentais... no que concerne a seu conteúdo, sem dúvida um acordo aparece entre eles para admitir a existência daquilo que se poderia chamar o núcleo dos direitos fundamentais. Trata-se no essencial de liberdades clássicas, de liberdades inerentes à dignidade mesma da pessoa. É o que se chama de patrimônio dos valores comuns europeus. Mas a partir deste núcleo duro, existe uma auréola.” (20)

Os direitos fundamentais do homem são aqueles já declarados no bojo das Constituições dos Estados Democráticos de Direito, cujo conteúdo, como dissemos atrás, varia no tempo e espaço no que pertine ao aspecto axiológico, malgrado permaneça estável um núcleo mais ligado à liberdade humana.

Embora procedente o questionamento de RIVERO, desviaríamos o rumo inicialmente traçado para nosso estudo se fôssemos discutir o problema por ele lançado, o que não faz parte do momento do quanto cogitamos.

4. *Os Direitos Humanos como limitações ao poder constituinte*

Somente por força de expressão conceitual se pode chamar o poder criador de uma Constituição de incondicionado, livre de quaisquer limitações ou condicionamentos. Os limites existem, a começar da meta a alcançar, do fim colimado pela Assembléia que se agrupa para elaborar a Constituição. As conquistas sociais, os DIREITOS HUMANOS, a internacionalização dos direitos do homem, a experiência jurídica, a interpretação da Constituição (os juízes irão exprimir-lhe o alcance) são pontos de referência que se podem analisar como marcos a fincar lindes na atuação do poder constituinte.

Para NELSON SALDANHA, a limitação do poder constituinte é fenómeno que chegou a ser observado por LEON DUGUIT ao afirmar que as Declarações de Direitos contêm princípios superiores que devem ser respeitados tanto pelo legislador constituinte quanto pelo ordinário (21). Também por MIRKINE GUÉZÉVITCH, que considera o poder constituinte limitado pela tendência do que chama de *internacionalização do poder constituinte*, já que é inegável o vínculo da vida nacional com a internacional, do que resulta conveniências jurídico-internacionais com relação a tratados, pactos, princípios de direito das gentes etc. (22).

(20) RIVERO, Jean. *Cours Constitutionnelles Européennes et Droits Fondamentaux*. Aix Marseille, 1982, pp. 521-524.

(21) SALDANHA, Nelson. *O Poder Constituinte*. RT, São Paulo, 1986, p. 91.

(22) *Op. cit.*, p. 94.

TÉRCIO SAMPAIO lembra que há quem sustente que os Direitos Humanos formam um corpo jurídico de direito natural e que está acima da Constituição, que é obra política de feitura humana⁽²³⁾.

NELSON SALDANHA assevera que num sentido de espaço, o limite de todo poder constituinte é a soberania, pois ele atua apenas na órbita da correspondente soberania. Entretanto, acrescenta os princípios gerais de direito que fornecem o ponto de vista da justiça e da qualitatividade jurídica a contrabalançar o elemento fático contido em todo poder constituinte. E entre esses princípios gerais, que confinam o legislador constituinte, destaca os que estão ligados às liberdades individuais, hoje consagrados em todas as Constituições de quaisquer colorações políticas ou ideológicas⁽²⁴⁾. Isto não quer dizer que sejam identificáveis com precisão objetiva todos esses limites, porquanto a maior parte deles opera numa faixa subjacente do corpo social, das instituições e das relações internacionais entre nações soberanas que pouco paupável torna sua verificação.

Mas o que queremos logo deixar consignado é que os chamados *Direitos Humanos* constituem um patrimônio do homem, alcançado com muito sacrifício e luta no evolver da civilização. Esse trabalho lento e contínuo de conquista é um caminhar sem retornos ou voltas, uma vez que as vantagens auferidas pelos homens, sobretudo aquelas mais próximas e ligadas ao direito de liberdade, consubstanciam espaço inalienável e imprescritível à penetração e violação pelo Estado. Esclareça-se, porém, que a dicção *Direitos Humanos* encerra um conteúdo variável no tempo e espaço e que hoje tem a pretensão de alcançar, além de declarações formais de direitos, a conquista e fruição efetiva desses direitos. Com base nesse último enfoque, a Declaração Universal dos Direitos do Homem, v.g., vem sendo criticada justamente por ter um caráter genérico e enfatizar mais os direitos civis e políticos do que os econômicos, sociais e culturais. Sobre este ponto, ressaltamos não ser desejo nosso examinar os Direitos Humanos nessa nova perspectiva, posto que deslocado resultaria o rumo da questão inicialmente proposta.

Cumpr, então, colocar as questões cardeais que pretendemos discutir: são os Direitos Humanos limites ao poder constituinte? Existem direitos oponíveis em qualquer tempo ao Estado? Quais os fundamentos dos Direitos Humanos em face do Estado? Todas estas questões comportam uma unidade de resposta, considerando a conexão e o campo lindeiro em que estão entroncadas.

Mas comecemos por examinar a primeira indagação. Se formos verificar nos manuais de Direito Constitucional tradicionais, o poder consti-

(23) FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. *Constituinte, Assembléa, Processo, Poder*. RT 1985, São Paulo, p. 13.

(24) Op. cit., p. 92.

tuinte, na sua concepção clássica, é um poder incontestável, insubmisso e que não queda diante de quaisquer situações jurídicas que se lhe queira antepor como forma de contra-ló. Nada obstante, os tempos contemporâneos têm mostrado o excesso de tal concepção positivista ortodoxa. É inegável que essa concepção não pode mais ser aceita, pois o poder constituinte está limitado pelos Direitos Humanos.

Segundo SALVETTI NETTO, podemos dizer que a partir dos escombros dos dois últimos conflitos mundiais, surgiu uma preocupação extraordinária dos Estados soberanos pela salvaguarda dos direitos essenciais do homem, recrudescida sobretudo em decorrência do terrorismo internacional e da criação de armas nucleares. As guerras deixaram evidenciar a insegurança e fraqueza das pessoas ante a opressão e o arbítrio de regimes totalitários. A fraqueza e a insegurança humanas fizeram surgir a necessidade de libertação do medo e da angústia, através da proteção aos homens nas suas relações com o Estado ⁽²⁶⁾.

Embora com avanços notáveis na limitação do espaço de atuação do Estado, é verdadeiro afirmar que nossos tempos marcam uma corrida armamentista porfiada entre americanos e soviéticos, movida sobretudo pela insensibilidade e desrespeito ao porvir da humanidade no planeta. Os quilométricos cordões humanos, perpassando países inteiros da Europa, é um traço eloqüente da pulsação de populações que vivem o medo incessante da destruição iminente do nosso único refúgio no cosmo.

Como anota WARAT, com palavras de grande candência profética: "Está-se começando a produzir o *homem de chernobyl*, para quem a vida cotidiana passa a ser um exercício de sobrevivência. Ele divaga com crenças promíscuas, vive um dia cada vez, preparado para o pior, por haver perdido toda confiança em seu futuro. Seu lugar de visibilidade é o espanto apocalíptico. Está no lugar de um observador em regime de prisão perpétua." ⁽²⁶⁾

Já agora no final dos anos 80, movido pelos ventos da Perestroika e Glasnost, vemos Gorbachev estender as mãos a Reagan, com intenções pelo menos prováveis de iniciarem o fim da guerra fria e do desarmamento nuclear entre os Estados Unidos e a União Soviética, acontecimento auspicioso, que enche de júbilo toda humanidade pela mudança do rumo da autodestruição para o rumo da paz que tanto almejamos.

Mas retomando a questão de os Direitos Humanos limitarem a atuação do poder constituinte, acreditamos com firme convicção na proposição

(26) Op. cit., p. 201.

(26) WARAT, Luís Alberto. *Manifesto do Surrealismo Jurídico*, Ed. Acadêmica, São Paulo, 1988, p. 15.

do jusnaturalismo de que o homem possui certos direitos inalienáveis e imprescritíveis, intuídos da própria natureza humana e que precedem a existência do Estado. Os direitos concernentes à vida, à liberdade, à incolumidade física não há como negar que precedem, preexistem ao Estado.

Então, num primeiro momento, vamos chamar à colação o pensamento jusnaturalista para supedanear a existência dos chamados direitos fundamentais numa posição supraestatal. É inegável que o direito natural não exaure a questão, mas, pelo menos, no bojo de algumas de suas proposições, conseguiu erigir princípios de consagração universal extraídos da razão.

O jusnaturalismo surgiu, como afirma ROSCOE POUND, com a defesa das seguintes proposições: a) existem direitos naturais, eternos e absolutos, demonstráveis pela razão, válidos para todos os homens em todos os tempos e lugares; b) o direito natural consiste num conjunto de regras, suscetíveis de verificação por intermédio da razão, que garantem perfeitamente esses direitos naturais; c) o direito positivo, aplicado e executado pelos tribunais constitui o meio através do qual o Estado realiza essa função, obrigando moralmente apenas enquanto estiver de acordo com o direito natural (27).

Tais asserções têm uma feição poética até se contrastadas com o modelo kelsiano, mas de qualquer forma é bom lembrar que não podemos nunca perder de vista a realidade empírica da norma jurídica. Não temos, é evidente, a inocência pura para acreditar em direitos inerentes ao homem com dimensão metajurídica e a-histórica nos termos da largueza da enunciação retro, pois é inegável que o direito, como um produto social, é, também, um produto histórico. A escravidão humana, hoje inteiramente abolida do nosso meio, no passado teve sua justificativa teórica e racional. Basta lembrar que, na Grécia Antiga, Platão chegou a afirmá-la como um fato natural resultante da divisão das classes sociais. Com grande persuasão, falando sobre os erros dos jusnaturalistas antigos e dos modernos positivistas, doutrina DEL VECCHIO: "Neste particular erraram, por conseguinte, os escritores antigos, quando ao direito natural atribuíram uma realidade fenomênica, identificando, assim, o conceito metafísico com o conceito físico de natureza. Por sua vez, caíram no exagero oposto os modernos positivistas, quando negaram a existência do direito natural como critério ideal do direito positivo, e reduziram a este todo o Direito. Substancialmente, nos dois casos, o erro é o mesmo, e tem a sua causa na indevida confusão entre dois conceitos diferentes de natureza."

De qualquer forma, os direitos fundamentais, conquistados no curso da evolução histórica da humanidade, consagrados na ordem jurídica de

(27) ROSCOE, Pound. *Liberdades e Garantias Constitucionais*, São Paulo, Ibrasa, 2ª ed., 1972, pp. 57-8.

cada país, não podem ser restringidos, diminuídos ou suprimidos à invocação da ilimitação do poder fundante do Estado. A criação do Estado é uma maneira intermediária que os homens usam para ver garantidos e respeitados esses direitos fundamentais e não para restringi-los ou diminuí-los, pois a tanto não chega o mandato constituinte.

O mandante, no caso o povo, na qualidade de titular da soberania nacional, não outorga poderes que possam aniquilar sua própria liberdade. Seria uma contradição inafastável aceitar que os homens outorgassem poderes a uma assembléia ou grupo de pessoas, concedendo-lhes um *cheque em branco*, para saque sem limite nas provisões da liberdade humana.

Está implícito que na outorga de poderes constituintes, os homens não outorgam um mandato ilimitado a uma Assembléia, posto que tal proceder implicaria na possibilidade até de uso desses poderes em detrimento do próprio outorgante, o que seria inaceitável e sem validade alguma

Então o povo, titular da soberania, que é inalienável, indivisível e imprescritível, segundo a doutrina democrática de poder, é também o dono do poder constituinte. Ao receber outorga para criação do Estado, quer em processo revolucionário de ruptura da ordem vigente ou em revisão constitucional, não podem os executores constituintes, no exercício precário da soberania, fazer *tábula rasa* do capítulo dos direitos fundamentais do homem. Primeiro, porque o mandato não contém tais poderes a serem exercidos em prejuízo do mandante; segundo, porque explícita ou implicitamente o povo jamais abdicaria de direitos adquiridos no desenvolvimento da civilização e que são verdadeiras cidadelas a plotar a atuação do soberano em balizas bem determinadas.

Sustentamos, pois, que os Direitos Humanos são limites ao poder constituinte até porque os mandatários do povo, no exercício da soberania, não podem, v.g., negar aos homens o direito à vida, à liberdade, à incolumidade física, à igualdade, segurança, entre outros direitos humanos estabelecidos nas Cartas Fundamentais dos países soberanos. Volto, então, a recolocar a segunda questão: tais Direitos são oponíveis contra o Estado? Respondo afirmativamente, mas não no sentido jusnaturalista da existência de direitos naturais eternos e de validade para todos os homens em todos os tempos e lugares. Já vimos o sentido histórico do Direito, resultado de um processo de evolução histórica e de conquistas sociais. Assim, não há como falar-se em direitos válidos em todos os tempos e lugares.

Agora, os Direitos Fundamentais, conquistados com muita luta e sacrifício pelos homens no curso da História, têm validade absoluta, são oponíveis contra o Estado e inderrogáveis pelo constituinte. Jamais se admitiria hoje, v.g., que se voltasse aos tempos da escravidão humana, das

penas degradantes, da inexistência do princípio da reserva legal em relação aos acusados, etc. Mas o que ocorreria se um grupo ou assembléia assenhoreando-se do poder e, violando o princípio da soberania popular, praticassem atos malferindo os Direitos Humanos, no exercício do poder constituinte? Seria válida uma Constituição feita sob tal fundação espúria? Do ponto de vista estritamente kelsiano, com certeza dir-se-ia que sim, que num processo de ruptura de uma ordem jurídica a ordem substituinte logo se juridiciza e se *legaliza* para tornar efetivo o conteúdo de sua decisão fundamental.

Entretanto, segundo pensamos, essa *legalização* da nova ordem não convalida o vício de origem da decisão fundamental, pois estando imamente no povo a titularidade da soberania e da decisão política fundamental, as ações que maltratam esse princípio não têm como sustentar-se no plano da legitimidade entre as relações públicas do Estado com os indivíduos.

As ações estatais, com fulcro em tal ordem viciada, funcionam como atos espúrios, imorais, ilegítimos, que autorizam inclusive os destinatários a rebelar-se contra elas. Uma ordem que abriga em seu bojo a vulneração, v.g., aos direitos concernentes à vida e à liberdade, sobre conter nódoa insanável de ilegitimidade, permite seguramente a desobediência civil.

Em tal hipótese, se o pacto social perde a utilidade, não preserva mais a vida, a liberdade e a segurança dos homens, não há por que mantê-lo. Volta-se, portanto, ao estado preestatal, anterior à sociedade política, com o retorno dos homens ao *estado natureza* cujo exercício fora concedido em favor do soberano.

No sentido kelsiano, dirão os positivistas que essa limitação é política e não jurídica, mas é inegável que assim entendem porque só consideram jurídico o que é norma positivada, de emanção estatal; ou seja, para eles o Direito se resume à norma.

Sustentamos que essa limitação do poder constituinte pelos Direitos Humanos tem dimensão e natureza supra e extra-estatal (extra-sistêmico), pois está fora da própria contingência do Estado, daí não poder a ruptura da ordem atingir os fundamentos de validade desses direitos. A limitação não é contingente (intra-sistêmico), mas estável porquanto situa-se antes e acima da própria normatividade positivada do Estado.

3. Conclusão

O poder criador da Constituição e de fundação do Estado, em que pese ser tido como um poder incondicionado e livre, é, na verdade, limi-

tado por uma série de condicionantes históricas, culturais, econômicas, políticas e, especialmente, pelos Direitos Humanos.

Essa limitação, observada por alguns doutrinadores (DUGUIT, GUÉTZEVITCH, NELSON SALDANHA etc.), deixa evidenciado que os Direitos Humanos constituem um patrimônio do homem obtido com muita luta e sacrifício, num lento e contínuo processo de conquistas sociais, sem possibilidade de voltas ou retornos.

Todavia, esses direitos têm um conteúdo de variabilidade especial e temporal, o que desloca sua fundamentação da idéia jusnaturalista pura de direitos eternos e absolutos em todos os tempos.

Como produto social e histórico, os Direitos Humanos não podem ter uma concepção jurídica fundada numa proposta exclusivamente jusnaturalista que negue essas características ou que com elas tornem-se incompatíveis. Por isso mesmo, não remetemos a fundamentação desses direitos ao domínio exclusivo do direito natural e, nem tampouco, para uma concepção metafísica e a-histórica de direito.

Acreditamos, porém, que os direitos individuais, as liberdades públicas alcançadas no evoluer da história da humanidade, já consagradas numa dada ordem jurídica não podem ser objeto de ação legislativa tendente a abolí-los ou suprimi-los sob o pretexto da ilimitação do constituinte.

Isto pelo fato de que o titular desse poder, o senhor dessa soberania com base na qual se faz o Estado é o povo. Este não outorga poderes ilimitados a uma assembléia ou grupos de pessoas que possam resultar na sua própria aniquilação. Os Direitos Humanos são, portanto, a primeira limitação ao exercício daquele Poder.

Mesmo na hipótese de exercício do poder constituinte sem a prévia autorização do povo-mandante, ainda aqui não prevalece a ilimitação, uma vez que em tal hipótese legitimados estão os homens a desobedecer a nova ordem, em desobediência civil, posto que nada mais é essa nova ordem que uma verdadeira desordem em face do poder soberano do povo.

Se o pacto social perde a utilidade por não preservar mais a vida e segurança das pessoas, há o retorno ao estado preestatal, com a volta do estado de natureza cujo exercício fora confiado ao soberano.

São, portanto, os direitos humanos inerentes à dignidade da pessoa humana, precedentes à existência do próprio Estado, por isso mesmo que plotam os confins da atuação do poder constituinte, que não pode violá-los ou suprimi-los sob qualquer pretexto.

6. Bibliografia

- BIDART CAMPOS, German J. *Los derechos del hombre*. Buenos Aires. Edição 1973.
- BOBBIO, Norberto. *Sociedade e Estado na Filosofia Política Moderna*. São Paulo, Editora Brasiliense, 1986.
- BONAVIDES, Paulo. *Do Estado Liberal ao Estado Social*. Rio de Janeiro, Forense, 4ª ed. 1980.
- CAPPELLETTI, Mauro. *O Controle Judicial de Constitucionalidade das Leis no Direito Comparado*. Porto Alegre, Sergio Antônio Fabris Editor, 1984.
- CRETELLA JUNIOR, José. *Liberdades Públicas*. São Paulo, Bushatsky, 1974.
- DALLARI, Dalmo de Abreu. *O que são Direitos da Pessoa?* São Paulo, Editora Brasiliense, 1981.
- DEL VECCHIO, Giorgio. *Lições de Filosofia do Direito*. Coimbra, Armênio Amado Editor, 5ª edição, 1979.
- FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampalo. *Constituinte, Assembléia, Processo, Poder*. São Paulo, Revista dos Tribunais, 1986.
- FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. São Paulo, Editora Saraiva, 5ª ed. 1975.
- HOBBS, Thomas. *Leviatã*. Trad. João Paulo Monteiro e Maria Beatriz Nizza. São Paulo, Abril Cultural, 1974.
- KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. Coimbra Armênio Amado Editor, 4ª edição, 1979.
- LASSALE, Ferdinand. *Que é uma Constituição?*
- LEWANDOWSKI, Enrique Ricardo. *Proteção dos Direitos Humanos na Ordem Interna e Internacional*. Rio de Janeiro, Forense, 1984.
- ROMANO SANTI. *Princípios de Direito Constitucional*. São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 1977.
- ROUSSEAU, Jean Jacques. *Do Contrato Social*. Trad. Lourdes Santos Machado. São Paulo, Abril Cultural, 1973.
- SALDANHA, Nelson. *O Poder Constituinte*. São Paulo, Revista dos Tribunais, 1986.
- SCHMITT, Carl. *Teoria de la Constitución*. México, Nacional, 1966.
- VILANOVA, Lourival. *Teoria Jurídica de Revolução*. (Anotações à margem de Kelsen). Recife, Separata do Anuário do Mestrado, Faculdade de Direito de Recife, UFPE, 1979.
- WARAT, Luís Alberto. *Manifesto do Surrealismo Jurídico*. São Paulo. Ed. 1972.