



A CONSTITUIÇÃO E O PODER POLÍTICO THE CONSTITUTION AND THE POLITICAL POWER

Marco Anthony Steveson Villas Boas

Doutor em Ciências Jurídico-Políticas, pela Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa (FDUL) (2021). Doutorando em Teoria do Estado e Direito Constitucional, pela Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro (PUC-Rio). Mestre em Direito Constitucional, pela Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa (FDUL) (2014). Especialização em Direito Constitucional pela Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa (FDUL) (2013).

RESUMO

A Constituição moderna foi responsável pela reformulação do conceito de soberania e sua limitação, notadamente em razão da instituição dos direitos fundamentais como limites ao poder político do Estado. Assim, a partir do método hermenêutico crítico e de uma perspectiva qualitativa, de natureza revisionista da literatura que trata no plano teórico da ampliação da importância dos direitos fundamentais, o presente artigo tem como objetivo demonstrar como a limitação do poder político perpassa a identificação dos limites constitucionais ao poder do Estado, a partir da complexa cadeia antecedente de sua constituição e da sua projeção constituída, bem como os efeitos limitativos que a referida classe de direitos estabelece no plano da soberania no atual contexto que reconhece direitos fundamentais transcendentais à clássica concepção constitucional nacional. Tal tarefa, no entanto, mostra-se complexa na sociedade contemporânea, principalmente quando se trata de limitar os poderes constituinte e constituído, e se apresenta como tarefa fundamental do constitucionalismo moderno *pari passu* com o Direito Internacional dos Direitos Humanos. Adotou-se como metodologia a pesquisa bibliográfica, com consulta a livros, revistas e sites especializados no tema.

Palavras-chave: Constituição. Poder Político. Direitos Humanos. Democracia.

ABSTRACT

The modern Constitution was responsible for the reformulation of the concept of sovereignty and its limitation, notably because of the institution of fundamental rights as limits to the political power of the State. Thus, from the critical hermeneutic method and from a qualitative perspective, of a revisionist nature in the literature that deals on the theoretical level of the

amplification of the importance of fundamental rights, the present article aims at demonstrating how the limitation of political power passes through the identification of constitutional limits to the power of the State, from the complex chain preceding its constitution and its constituted projection, as well as the limiting effects that the referred class of rights establishes on the level of sovereignty in the current context that recognizes fundamental rights transcendent to the classic national constitutional conception. Such task, however, is complex in contemporary society, especially when it comes to limit constituent and constituted powers and presents itself as a fundamental task of modern constitutionalism *pari passu* with the International Human Rights Law. The methodology adopted was bibliographical research, with consultation of books, magazines and websites specializing in the subject.

Keywords: Constitution; Political Power; Human Rights; Democracy.

1. CONSIDERAÇÕES INICIAIS

A reflexão sobre o moderno conceito de soberania, em cotejo com a evolução do conceito de autodeterminação dos povos, que se traduz em soberania popular, a fim de encontrar alguma solidez nas bases da democracia liberal para sustentar a convivência de grupos étnicos e culturais distintos com a maioria da população sem que isso venha a provocar rupturas e secessões, tem sido uma constante no desenvolvimento do constitucionalismo moderno, produzindo de forma conglobante instrumentos de controle ao poder político do Estado, reconfigurando não só a sua superfície, mas também as suas entranhas.

Elemento essencial à existência do Estado, a soberania política já era conhecida desde Aristóteles e Platão, na antiguidade clássica, mas foi sistematizada por Maquiavel e Bodin, possibilitando a moderna teorização do poder político, desenvolvida por Hobbes e pelos filósofos contratualistas.

A partir do momento em que o poder do príncipe migra para a assembleia e daí para o povo, torna-se necessário encontrar soluções jurídicas para o problema da limitação da soberania do Estado, do seu poder político e da sua independência, pondo em questão se seria criador do Direito ou instrumento deste.

Mas se o Leviatã foi acorrentado, outro monstro se levantou das multidões, um monstrengo com poder expansivo e extremamente criativo que põe em risco o poder instituído.

Cabe à Constituição, como vértice do sistema jurídico, a solução desse intrincado problema, de modo a garantir a participação popular nas deliberações do Estado democrático, sem subjugar o poder político do Estado?

A resposta a esta pergunta se impõe e se constitui no objetivo deste artigo que, a partir de uma abordagem qualitativa, e por meio do método hermenêutico crítico, buscará tal resposta a partir de elementos constantes no processo constituinte e no que dele resulta, constituído como poder político, sem perder de vista a relação da ampliação dos direitos fundamentais no constitucionalismo contemporâneo e a sua transcendente capacidade de limitar o poder político e as clássicas concepções de soberania a partir de uma nova lógica e constituição de direitos fundamentais transnacionais.

2. OS LIMITES CONSTITUCIONAIS AO PODER DO ESTADO

A soberania é um conceito conhecido desde a antiguidade clássica. De Aristóteles a Péricles, é possível observar a teorização do respeito às leis da cidade, mas em Cícero o Direito Natural aflora com mais vigor, com a compreensão de que há uma lei eterna, imutável e universal, que a todos alcança, e que não resulta da vontade dos povos ou da autoridade do homem, mas da própria natureza deste, cuja propensão para amar o seu semelhante o impulsiona para buscar a *salvação comum* na qual o Direito está embasado, pois se prevalecesse a vontade da maioria ou de quem exerce o poder, o Direito poderia ser qualquer coisa, o que representou importante contributo para a teoria constitucional do poder e compreensão do princípio da igualdade e do direito de propriedade, fundada na ideia de um governo moderado, fruto da composição dos sistemas monárquico, aristocrático e popular, em equilíbrio com os poderes da sociedade. (Otero, 2019, p. 90-94)

A teorização do poder supremo do monarca, entretanto, tem na doutrina política de Nicolau Maquiavel o marco temporal para se compreender a função do príncipe e a necessidade do respaldo popular para o exercício da soberania, oferecendo as bases teóricas para a moderna concepção de Estado, com a distinção filosófica do agir ético e do agir político, partindo do pressuposto de que a aplicação inflexível da moral individual na ação política põe em risco o poder e os resultados pretendidos, haja vista que o homem de Estado sofre pressão diuturna decorrente das responsabilidades do cargo e dos interesses da coletividade, e muitas vezes sua moral individual acaba sendo prejudicial aos interesses da comunidade. Assim, a revisão da ética política proposta por Maquiavel refuta a avaliação moral geral e abstrata precedente à ação política, que deve ser contextual, isto é, avaliada em situação específica e em função do resultado da ação política voltada ao interesse da coletividade.

Nesse contexto, a utilização da coerção pela força bruta, como *ultima ratio*, e sempre em favor da coletividade, pode ser essencial para a imposição da autoridade e obtenção de resultados políticos necessários para a estabilidade do Estado. Contudo, Maquiavel observa que o príncipe deve ser um homem de *virtù* e reconhecer o momento de utilizar a violência, em vez da persuasão, apesar de que esta deve ser tomada como regra geral, de modo a conferir legitimidade ao poder. Nessa quadra, é possível observar em Maquiavel o desapego às leis naturais e aos valores morais como fonte de legitimidade do poder, pois sua doutrina está fundada na conquista, na coerção e no reconhecimento popular legitimador do poder do príncipe (Maquiavel, 1987, p. XVII).

Segundo Chauí (2000, p. 512-513), a estabilidade do príncipe está na sabedoria de se aliar ao povo e de não partilhar seu poder com os grandes, que são seus rivais, sempre à espreita para lhe tomar o cetro, de modo que a justiça e a ética não se constituem na lógica racional da política, que na opinião de Maquiavel está sustentada numa lógica da força transformada em lógica do poder e da lei. Nesse contexto, o conflito social é fator de segurança do Estado, que depende da sabedoria do príncipe para estabelecer a mediação entre as classes e a consequente estabilidade social, o que significa dizer que não se devem eliminar os conflitos sociais, tampouco estimulá-los.

No entanto, para Bodin, a garantia da paz e da prosperidade, frequentemente ameaçadas pelas estruturas de poder em conflito, dependia da existência de um poder soberano central forte, depositado nas mãos de uma única autoridade suprema para criar e executar as leis, conforme sua vontade, num dado território. Um centro de poder capaz de estruturar e determinar os rumos da ação coletiva. Desse modo, a soberania seria um poder perpétuo em virtude de não se sujeitar a nenhuma limitação temporal, cronológica, de modo que o poder soberano não seria transitório, definição de perpetuidade que não estaria precisamente ligada à ideia de eternidade, mas, em primeiro lugar, a um poder insubmisso a qualquer limitação de natureza temporal e, em segundo lugar, por ser a soberania, em si, perpétua, distinguindo-se da autoridade exercente do poder soberano. (Barros, 2009, on-line)

Bodin ressaltou o caráter absoluto da soberania, revelador do poder incondicionado e exclusivo tanto para criar quanto para executar as leis, acima das leis positivadas, que não aceita ser condicionado, tampouco derivado ou limitado por condições ou obrigações antepostas pelos homens, revelando seu objetivo teórico de “liberar o governante das

amarras de Direito anterior e fundamentar a ordem sobre a implantação independente de um Direito novo”. (Preuß, 2003, p. 162)

Em Bodin, a soberania explicita uma racionalidade instrumental de utilidade pública e privada, esta correspondente às garantias, pelas leis e pelas armas, das pessoas, das suas famílias e dos seus bens. (Coutinho, 2019, p. 63-64)

Desse ponto de vista, é o soberano a fonte de toda lei; no entanto, embora absoluto, o poder soberano reconhece e submete suas prescrições normativas a uma ordem moral superior: as leis de Deus e do Direito Natural. Esse reconhecimento de uma ordem moral superior – as leis naturais e divinas – implica admitir que não são todas as coisas que estão submetidas ao poder soberano, porque “as leis naturais o obrigam, por exemplo, a respeitar a família e a propriedade privada”. Soma-se isso ao fato de o soberano se encontrar “obrigado pelos contratos que firme, seja com outros príncipes soberanos, seja com seus próprios súditos”. (Tilio Neto, 2010, p. 6). Isso porque os contratos não são leis. Apenas em relação a estas o poder do soberano é absoluto e, por esse motivo, não admite questionamento por quem quer que seja, súdito, ou não, salvo exceção, evidentemente, de Deus e do Direito Natural.

Desse modo, ao celebrar contratos, o soberano se acha em posição de igualdade perante as demais partes contratantes, sejam elas quais forem. Assim, diante da equidade preconizada nas leis naturais, o cumprimento dos contratos firmados é questão de necessidade, mesmo porque, sendo o soberano fiador da confiança que os homens têm entre si, torna-se necessário que seja ele próprio o propagador do bom exemplo. (Tilio Neto, 2010, p. 6)

O caráter absoluto da soberania, portanto, foi um marco fundamental na formação dos Estados, posteriormente reformulado quando a Europa emergiu num processo de secularização mais aprofundado, donde se pode vislumbrar seu embrião: “soberano será o príncipe e, depois, o Estado, e não mais Deus”. (Bambirra, 2017, p. 167). No entanto, foi a partir do Tratado de Vestfália, de 1648, fundado nas premissas da soberania, igualdade jurídica, territorialidade e não intervenção, que a soberania surge como conceito jurídico-político no âmago do Estado moderno, inspirada nas ideias de Hugo Grócio e de Thomas Hobbes, que levaram, sob a dicotomia Estado/indivíduo, a discussão da soberania estatal ao plano internacional. (Coutinho, 2019, p. 64-65)

A lei natural, na visão de Grócio, corresponde ao “imperativo ou ditame da reta razão, determinando a deformidade moral ou a necessidade moral de qualquer ato, de

acordo com a sua adequação ou inadequação a uma natureza racional”, assumindo o indivíduo relevância e exclusividade numa ordem subjetiva que lhe confere sentido ou propósito, inerentes ao próprio homem, como ser natural com “determinantes” ou “apetites”, “isto é, como sujeitos num sentido muito estreito”. Nesse quadrante, o apetite social, que não significa instinto social, assume a centralidade do racionalismo grociano, pois determina o desejo de cada ser humano por “uma comunidade com aqueles que pertencem à sua espécie; não por uma comunidade de qualquer tipo, mas por uma comunidade em paz e com uma ordem racional”, ou seja, uma comunidade almejada racionalmente como unidade ontológica, moral, na qual as normas sejam instrumentos de estabilidade da ordem racional que garanta a segurança e proporcione respeito aos direitos individuais e alcance a paz social. (Coutinho, 2019, p. 65-66)

Entretanto, Hobbes argumenta que as condições objetivas em que se acham os homens no estado de natureza conduzem a um quadro de eterna competição e de violência permanente entre si em busca de autopreservação ou autopromoção. Sendo iguais por natureza, os homens são capazes de cometer males uns aos outros. “Assim, na busca de bens e frente a sua insuficiência, os homens tomam as condutas que desejarem, inclusive no sentido da eliminação de seus pares”. (Faria, 2011, p. 191). Não por outra razão, afirma que “o homem é o lobo do próprio homem” (Faria, 2011, p. 191).

Receoso de que um poder fraco pudesse conduzir à anarquia, que é o homem no estado de natureza, deixa evidente em sua obra a defesa da soberania monárquica na Inglaterra, cuja legitimidade do exercício do poder político não era mais divina, mas decorrente de um contrato em que todos os cidadãos firmam entre si para delegar o exercício deste poder ao soberano. Assim, tem em mente que a solidez do Estado depende, antes de tudo, da existência de um poder incontestado, motivo pelo qual apresenta uma teoria que, compartilhada intersubjetivamente, seja capaz de justificar, de maneira lógica e racional, a legitimidade do Estado e do exercício de seu poder político (Bambirra, 2017, p. 171-172).

Luís Pedro Pereira Coutinho observa que “em Hobbes e a partir de Hobbes, o Estado é representação, existe no vínculo que unifica uma comunidade assente em dado território e arvora o seu representante em soberano”, esclarecendo que “nem o povo nem o soberano existem na natureza”, ou seja, não são qualidades naturais, mas o resultado da convenção, “produto da imaginação e do artifício”, razão pela qual conclui que “o Estado é

representação e também uma representação”, engendrado para atender às necessidades humanas (Coutinho, 2019, p. 18-19).

A evolução teórica sobre a comunidade civil, segundo Brett (2002, *on-line*), tem em Hobbes seu grande expoente, que dá continuidade ao desenvolvimento da ideia de unidade de representação materializada no ente estatal, pensada a partir do consentimento, ou seja, da autodeterminação da multidão.

Sob a ótica da soberania popular, não se pode olvidar que Hobbes fundamentou na lei natural os princípios básicos da ordem social e da ordem institucional, assim como os princípios de direito, de Estado e de governo, estabelecendo o conceito de Estado de Direito, cujo respeito pelos homens atribuiu essencial para garantir a autodefesa e a autopreservação e, de igual modo, para a plena realização dos direitos humanos, identificados na substância da lei natural (Covell, 2004, p. 1-9).

De outro modo, Rousseau argumenta que o contrato social é instrumento de constituição do Estado e de legitimação da soberania, a partir da ideia de preservação dos direitos naturais do homem, que permanece livre, unido aos demais associados, evidenciando-se uma dicotomia entre público e privado, problema fundamental do contrato, para o qual procurou “encontrar uma forma de associação que defenda e proteja a pessoa e os bens de cada associado com toda a força comum, e pela qual cada um, unindo-se a todos, só obedece contudo a si mesmo, permanecendo assim tão livre quanto antes”, um pacto recíproco entre o público e o particular e do indivíduo para com o próprio indivíduo, que “se compromete numa dupla relação: como membro do soberano em relação aos particulares e como membro do Estado em relação ao soberano. (Rousseau, 1987, pp. 32; 34). Assim, “a soberania, não sendo senão o exercício da vontade geral, jamais pode alienar-se”, haja vista que “o soberano, que nada é senão um ser coletivo, só pode ser representado por si mesmo. O poder pode transmitir-se; não, porém, a vontade” (Rousseau, 1987, p. 43).

O conceito de soberania, a partir da moral coletiva, ganhou força no pensamento de Rousseau, para quem o contrato social conforma um corpo moral e coletivo composto da assembleia de vozes, em vez da pessoa de cada contratante, que se constitui em “sua unidade, seu eu comum, sua vida e sua vontade”, o corpo político denominado Estado, quando é passivo; soberano quando é ativo; e autoridade quando comparado aos seus semelhantes. Rousseau observa que os associados, coletivamente, constituem o povo,

mas particularmente são cidadãos, enquanto participantes da autoridade soberana, e ao mesmo tempo vassallos sujeitos à lei do Estado (Rousseau, 1987, p. 26).

Rousseau pensou numa soberania indivisível, no entanto limitada, porque “assim como a natureza dá a cada homem o poder absoluto sobre todos os seus membros, o corpo social dá ao corpo político um poder absoluto sobre todos os seus”, dirigido pela vontade geral, e ainda que o soberano, respaldado no pacto, possa exigir serviços dos seus súditos, somente pode fazê-lo em proveito da comunidade, visto que “os compromissos que nos ligam ao corpo social só são obrigatórios por serem mútuos”, ou seja, trabalhando em prol da comunidade, trabalha-se para si mesmo; em outras palavras, não há vontade geral visando ao objeto particular, mas sempre abstrato, para o qual a lei é necessária, a fim de que se estabeleça a república. (Rousseau, 1987, p. 44; 48-49)

A partir da ideia hobbesiana de pacto social, mas refutando a ideia de permanente beligerância entre os homens, Locke, a seu modo, concebeu o “estado de natureza”, no qual os homens vivem em relativa paz, e a “lei natural” como pontos cruciais para o desenvolvimento de sua teoria política sobre o poder, sob sua ótica derivado dos poderes humanos no estado de natureza, como consequência da lei natural, e não um poder originário, o que afasta a ideia de concentração do poder absoluto na pessoa do monarca (*summa potestas*), sob qualquer hipótese. Rejeitando a ideia de beligerância e de submissão ao ente estatal para possibilitar a vida em sociedade, teoriza um contrato social que seja fruto do consentimento dos homens para construção do Estado, como transição do estado de natureza para o Estado civil, no qual a propriedade e os direitos individuais devem ser garantidos pelo Estado, resguardando a comunidade de conflitos internos e externos. Desse modo, estrutura sua teoria a partir da ideia de liberdade, e argumenta que, se todos os homens são “livres, iguais e independentes por natureza; nenhum homem pode ser demovido dessa condição, e sujeito ao poder político de outro sem o seu consentimento” (Locke, 2014, p. 85), razão pela qual não se pode conceber outro modo de alguém se abster da liberdade natural para viver em sociedade senão pelo exercício da autonomia e do consenso com seus semelhantes.

Em Locke, segundo Miguel Nogueira de Brito Brito (2000, p. 16-17), já vicejava a ideia do poder constituinte permanente do povo, implícito no direito de resistência, mediante a submissão do rei e do parlamento à lei, de modo que o poder retornaria ao povo se desrespeitassem aqueles ditames estabelecidos pela norma, em consonância com o direito natural.

Nesse caminhar, Montesquieu (2007, p. 168-175) também se preocupou com os limites da soberania por meio de mecanismos que permitissem ao poder controlar o poder, ou seja, que os poderes do Estado fossem autonomamente exercidos num sistema de freios e contrapesos, de modo que cada poder tivesse sua função e autonomia para exercê-la, mas fosse controlado por outro poder, o que traduz a ideia de freios contrabalanceados pela harmonia e independência. Assim, a partir da concepção lockeana de soberania, Montesquieu construiu sua Teoria, na qual juízes neutros e probos deveriam resolver os conflitos de conformidade com as leis, a fim de propiciar paz e segurança ao povo.

A ideia de retirar do soberano absoluto o poder de julgar tinha como escopo evitar o abuso de poder e garantir a liberdade dos indivíduos, haja vista que leis tirânicas poderiam ser aprovadas e executadas em detrimento da comunidade. Desse modo, procurou estabelecer teoricamente a autonomia e os limites de cada poder do Estado, fracionado em Legislativo, Executivo e Judiciário, submetendo-os ao mútuo controle, num sistema de freios e contrapesos, a fim de proporcionar o equilíbrio, independência e harmonia ao poder estatal tripartite.

O compartilhamento da soberania, como se vê, permite a moderação no exercício do poder, tramando contra o absolutismo em favor da liberdade e da constituição do Estado Liberal fundado na livre iniciativa e menor interferência do Estado nas liberdades individuais, conforme os franceses inscreveram no art. 16 da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, em 1789. Disso resulta que a soberania popular ganhou consistência teórica em Montesquieu, legitimando a instituição do Estado e o exercício do poder estatal a partir de uma Constituição elaborada pela vontade popular por meio da respectiva Assembleia Constituinte (poder constituinte), de modo a transmutar o poder inicial e único em um poder derivado e tripartido (poder constituído), possibilitando o desenvolvimento da ideia de democracia e do constitucionalismo ocidental.

Coutinho (2019, p. 83-85; 90) observa que no sistema de soberania nacional resultante da Revolução Francesa, tal como engendrado por Hobbes, a representação ou personificação da nação ganha relevo a partir da teoria de Carré de Malberg, sob o ponto de vista de que “a nação por seu turno não se concebe como anterior ou independente dessa representação, antes se constitui com a mesma. Ou seja, nação e Estado identificam-se entre si e são co-constituídos no momento da personificação de uma no outro”. A partir dessa constatação, formula-se a reunião especulativa de Nação e Estado.

Malberg reaviva, nesse contexto, a teoria hobbesiana do Estado como representação, argumentando que só existe Nação ou Estado a partir do direito constitucional positivo, que constitui seu corpo político, valida a representação e lhe dá organização, proporcionando que a soberania nacional corresponda à plena realização do Estado moderno. No entanto, Malberg não concebe a representação como autorização dos indivíduos, mas sim como uma “autorrepresentação dos indivíduos enquanto igualmente determinados pelos interesses que o Estado garante”, uma concepção normativa que dá constituição ao Estado e legitima o poder soberano do representante, que traduz a ideia de soberania nacional indivisível, imprescritível e inalienável, temperada pelo poder político. Assim, a partir da ideia de que o Estado é uma instituição sintética e abstrata, e organizado em órgãos, Carré de Malberg teorizou um sistema de soberania nacional no âmbito de um governo representativo no qual a soberania está vinculada ao ente coletivo e abstrato Nação, e que somente pode ser exercida, por quem quer que seja, na condição de representante nacional, ou seja, um positivismo representacional que se afastou da ideia de Estado como organismo. Nesse sentido, o Estado não é uma ficção arbitrária, segundo Pereira Coutinho extrai da obra de Malberg, mas “uma organização normativa a que corresponde poder – e que não se confunde com vontades individuais, relevando estas apenas na medida em que possam valer como vontade nacional”. Esse ponto de vista foi decisivo para a teoria malberguiana de que o poder constituinte é “puro facto”, e não um “problema jurídico”, pois “o poder do Estado não se pode conceber senão no Estado”, de modo que não existiria uma soberania anterior ao Estado. (Coutinho, 2019, p. 92; 102; 104)

Entretanto, segundo Coutinho, Siéyès não admitia a hipótese de divisibilidade, concebendo-a como um “todo único que se forma no momento da representação [...], que não se desdobra em vontades separadas”, de modo que, “sem uma nação que apenas o seja em sua representação, não há organização política una – um Estado –, mas uma confederação dispersa de vontades individuais” (Coutinho, 2019, p. 113). Nesse sentido, o autor complementa que não se constitui um Estado a sociedade constituída por vontades individuais, separadas e soberanas (multidão apolítica), agregadas pelo contrato social, que permanecem soberanas e não geram uma “soberania una e indivisível” e uma “unidade de vontade de poder” (Coutinho, 2019, p. 114-115). Constituição, nesse aspecto, conforme Coutinho, corresponde ao Estado como unidade política, pois a multidão apolítica somente pode ser considerada povo e Nação a partir da representação, que decorre do contrato social (Constituição).

Um passo adiante, a ideia de Vattel Vattel (2004, p. LXXII-LXXXV) de um direito das gentes a partir do direito natural, inspirada em Hobbes, reforçou a teoria do contrato social para sobrepor o conceito de Estado sobre o de Nação, afastando-se das ideias jusnaturalistas para reconhecer os direitos individuais por uma parte, e a soberania da coletividade social, por outra. Assim, a teoria da ordem jurídica fundada na ideia da dicotomia Estado-indivíduo passa a conformar o novo paradigma da associação como aspiração humana, sob a aura de coincidência terminológica de “Estado” e “Nação”, a desdobrar-se num conceito de nacionalismo construído para validar e consolidar os regimes monárquicos e seus grupos políticos, interligados pelas mesmas características culturais, sociais e étnicas.

Mas em Kant (2008, p.12-13), a ideia de soberania a partir da autodeterminação individual ganha força na ética do dever fundada no imperativo categórico, lei moral para o agir segundo regras ou máximas universalizáveis, e aproxima os conceitos de liberdade e de autonomia da vontade, identificando-se com a ideia de autolegislação da razão, que, por meio de valores e normas, busca determinar o agir na sociedade. O agir racional, livre de direcionamentos e amarras, constitui-se, dessarte, em força motriz do processo emancipatório da livre determinação, antecedente ao pacto social, e fundamental na sua consecução.

Randle (1970, p. 52) observa que a ideia kantiana de autodeterminação individual evoluiu para o conceito de autodeterminação nacional, inspirada na teoria rousseauiana da vontade geral, conforme o próprio Kant explicita em sua “Paz Perpétua”, distinguindo formas de soberania de formas de governo a partir do conceito de autodeterminação coletiva, observando que o governo deve se sustentar na Constituição, cuja vontade universal faz da coletividade uma nação. A autodeterminação kantiana, portanto, traz em seu vértice a soberania nos planos interno e externo, mas sempre mitigadora do direito de secessão, haja vista seu posicionamento em favor da forma republicana de governo e da soberania do Estado em detrimento do cidadão.

O positivismo jurídico de Hegel, todavia, acabou de sedimentar a teoria da estatalidade e a primazia do Estado sobre o indivíduo, reduzindo os direitos do homem e elegendo o positivismo voluntarista como critério predominante no direito internacional, de modo que o sistema universal dos teólogos espanhóis, concebido como direito internacional, foi enfraquecido e reduzido a um direito interestatal. (Trindade, 2003, p. 454). Mas o amadurecimento do Direito Internacional no curso do século XX trouxe a lume

doutrina que se distanciou “definitivamente da formulação hegeliana e neo-hegeliana do Estado como repositório final da liberdade e responsabilidade dos indivíduos que o compunham, e que nele [no Estado] se integravam inteiramente” (Cançado Trindade, 2003, p. 454), afastando-se a ideia de uma soberania estatal absoluta, a qual culminou com atrocidades cometidas contra os seres humanos no século XX.

Nesse aspecto, Paulo Otero observa que o homem deve ocupar a centralidade do fenômeno constitucional, pois não se pode conceber um Direito Constitucional “exclusiva e naturalmente centrado no Estado como seu pressuposto” conforme teorizado por Hegel, pois não é “só no Estado que o homem tem existência racional [...] que deve ao Estado tudo que ele é; [...] e [...] só nele tem a sua essência”. Assim, a dignidade do homem como imperativo categórico, conforme idealizado por Kant resulta numa fórmula que traduz a ideia de que Estado e sociedade existem em razão do homem, e não o contrário. Entretanto, não se trata de uma “dimensão abstracta da dignidade humana, envolvendo o reconhecimento da pluralidade e complexidade da totalidade do ser humano”, mas de “cada homem vivo e concreto: essa concepção valorizadora da subjectividade e da individualidade irreduzível de cada Homem [...], opondo-se às ideias objetivistas hegelianas ou mesmo da abstração kantiana de humanidade”, o que remete a um personalismo constitucional que subordina aos valores da pessoa humana “o poder, a sociedade, a economia e a cultura” no âmbito do Direito Constitucional, que se traduz na concepção personalista de soberania do gênero humano sobre o republicanismo centrado na soberania popular sob a ótica do Estado, e que, em razão disso, oferece o fundamento de validade da ordem jurídica. (Otero, 2019, p. 30-33)

Muito além de fundamentar a conformação do Estado, a teorização da soberania iniciada por Bodin contribuiu de modo significativo à legitimação do Estado Absoluto, vista como de imperiosa necessidade ao afugentamento da ingerência clerical e assimilação das esferas menores e locais de poder. Todavia, há de se destacar que o poder absoluto teorizado por Bodin em nada se confunde com poder arbitrário, conotação que ganhou sua teoria para justificar o absolutismo, tendo em vista que o soberano bodiniano governa para o bem comum, fato que o distingue de um tirano. (Bambirra, 2017, p. 171)

Entretanto, a partir da premissa de Bodin de que não há Estado sem soberania, a conceituação desta se tornou polêmica. Publicistas alinhados a tal entendimento deixaram de tratar a soberania como categoria histórica e passaram a reputá-la categoria absoluta, dogma do direito público, contrastando, desse modo, com a conclusão da doutrina

majoritária firmada desde Jellinek até a atualidade, para quem a soberania representa somente determinada qualidade do poder, ou categoria histórica, que nem sequer constitui elemento essencial ao conceito de Estado. (Bonavides, 2003, p. 125)

De outro modo, na teoria política desenvolvida por Carl Schmitt, a soberania encontra legitimidade na autodeterminação política da maioria, que impõe às minorias sua vontade política de constituir e organizar o Estado, bem como a regulação das relações sociais mediante o desenvolvimento de um processo de hegemonização e neutralização dos antagonismos. Para Carl Schmitt, os antagonismos políticos individuais e coletivos com carga de conflituosidade que coloquem em risco a soberania do Estado devem ser eliminados, a partir da compreensão de que o processo de formação ou estabilização da vontade política se desenvolve num campo de alta conflituosidade, entre amigos e inimigos, o que deixa pouco espaço para o exercício da autodeterminação individual e coletiva, bem como para as limitações do poder do Estado pelos direitos fundamentais. (Schmitt, 1999, pp. 53-58)

A instituição do Estado, contudo, exige estrutura e organicidade ante a necessidade de se estabelecerem critérios justos para se determinar os limites do poder estatal e os direitos e deveres dos cidadãos, o que deve resultar da ordenação jurídica em suas dimensões normativa e coercitiva, pois, segundo Hans Kelsen, por ser uma comunidade social, o Estado é constituído por uma ordem normativa dotada de coerção relativamente centralizada, a fim de alcançar os objetivos primordiais de segurança coletiva e paz.

O conceito de soberania, entretanto, tem passado por substancial revisão doutrinária, e foi convenientemente enfraquecido ao largo de décadas para estabelecer o primado da ordem internacional sobre a ordem nacional, razão pela qual alguns juristas, historiadores e sociólogos afirmam que se trata de um conceito em declínio, colocado em xeque por ideologias, as quais provocam solidariedade até mesmo de indivíduos de diferentes nacionalidades, estreitando um vínculo de consciência que superam o patriotismo. (Bonavides, 2003, p. 143). Essa revisão tem início quando o poder do príncipe migra para a assembleia, e daí para o povo, exigindo-se soluções jurídicas para o problema da limitação da soberania do Estado, do seu poder político e da sua independência, pondo em questão se seria criador do Direito ou instrumento deste.

Nesse aspecto, Caetano (2015, pp. 287-289) assevera que o Direito existe independentemente do poder político, pois, “na família, na gens, na tribo, na aldeia” e ainda nos dias atuais, há muitas formas de “Direito extra-estadual”, ainda que pese a

centralização do processo legislativo e da imposição de sanções dele decorrentes, fatores que, segundo Caetano, fragilizam a teoria kelseniana, segundo a qual Estado e Direito são a mesma coisa, deixando claro que o Estado é apenas uma das formas de sociedade política.

Mas para Kelsen, nas democracias ocidentais as limitações do poder do Estado residem no ordenamento jurídico, pois o mesmo Estado que é constituído pela assembleia do povo, legisla e executa a lei, é o mesmo Estado que se submete ao poder normativo do ordenamento jurídico estadual, de modo que, sendo a Constituição o sistema de normas fundamentais do ordenamento jurídico, a ela cabe definir, em primeiro plano, o alcance do poder do Estado, assim como expressar os limites territoriais e a permanente autodeterminação dos cidadãos, garantindo-lhes a segurança necessária para exercerem seus direitos fundamentais. (Kelsen, 1976, p. 388-389)

O poder político, nesse contexto, surge como “instrumento de definição de um novo direito positivo, o direito estadual, cuja característica reside em apoiar-se numa força superior a todas as demais existentes na mesma sociedade”, que, “politicamente constituída por um povo, exerce o poder de autodeterminação em certo território”. (Caetano, 2015, pp. 289-302). Assim, a limitação do poder político ganha legitimidade pelo Direito, notadamente a partir da ideia de respeito à dignidade da pessoa humana e às diversas formas de sociedade, e bem assim às relações entre Estado e povo, considerando-se que a coletividade é composta de pessoas e sociedades primárias, e que se faz necessário possibilitar a todos a fruição a que cada um faz jus, com a segurança necessária de que o Direito proporciona, mas resta saber se os limites decorrem de uma autolimitação ou de uma autoridade superior.

Historicamente, a Constituição dos Estados Unidos foi precursora e pioneira na implementação dos limites jurídicos ao poder do Estado, a partir da ideia de propriedade e dela decorrendo, como desmembramentos desse direito natural, os direitos de liberdade, igualdade e dignidade. Os constituintes americanos se inspiraram em Locke e nas teorias contratualistas para escrevê-la, dando especial ênfase à teoria da tripartição dos poderes e à ideia de preservação dos poderes permanentes do povo. Nesse amplexo, *We the people* não se traduz apenas no ato de congregação federativa e proclamação de direitos e deveres, mas numa vontade permanente e soberana de instituição do Estado e de preservação transgeracional dos direitos naturais, conforme idealizado por Locke,

resultando disso a manutenção da soberania individual em relação à coletiva exercida pelo Estado. (United States of America, 1787)

Hamilton já se preocupava com o tema em suas reflexões sobre a Constituição estadunidense, não apenas em relação à amplitude da federação e da convivência entre os Estados Federados, mas também sobre a legitimidade do poder, alertando sobre a necessidade de o povo atentar para a organização do Estado, pois a autoridade que lhe é conferida, se mal utilizada, pode colocar em risco o governo. Nesse caso, argumenta que “um governo, cuja organização não permite que lhe confiem todos os poderes que um povo livre deve conceder ao seu governo, não pode receber, sem inconveniente e sem perigo, o depósito dos interesses nacionais”. (Hamilton; Madison; Jay, 2003, p. 13-16 e 145)

Apesar de *We the people* representar uma ruptura com os princípios da *ancient constitution*, da onipotência do legislador, grafando na história o momento em que o povo passa a tomar decisões, “fundado na ideia da limitação normativa do domínio político através de uma lei escrita” (Canotilho, 2003, p. 58), o modelo republicano estadunidense de representação oligárquica foi engendrado para bloquear “a experiência americano democrática do direito de governar oriunda da revolução americana e da dinâmica federativa”, na qual impera “uma sequência de instâncias de veto [...], o que evidencia a utilização de mecanismos de controle do poder político mediante a exclusão da participação popular”. (Ribeiro; Citadino; Teixeira, 2016, p. 41;48-49)

Nesse aspecto, é bom lembrar que, apesar de não se referir diretamente ao poder do povo como poder constituinte, Locke tratara do *supreme power*, asseverando que somente o corpo político, que é o próprio povo, tem autoridade para escrever e proclamar a Constituição, enquanto “em Sieyès a fórmula *pouvoir constituant* surge estreitamente associada à luta contra a monarquia absoluta” (Canotilho, 2003, p. 72-73), para o qual, abolido o poder monárquico, torna-se necessária a reconstrução da ordem jurídico-política, pois antes de tudo o poder constituinte é desconstituinte de uma ordem anterior. Assim, a limitação do poder passa a ser legitimada pelo poder constituinte, que em nome do povo, e em favor do povo, institui o Estado, lhe dá forma, sentido, organização e dimensão jurídica, reconfigurando as soberanias nacional e popular no contexto das Constituições escritas e rígidas do ocidente.

Assim, a partir da migração da soberania para a assembleia popular e para o parlamento, vislumbra-se a importância da compreensão do sentido e alcance do poder do povo (direto ou semidireto) no ato de constituição do Estado e da vontade permanente de

Constituição em cotejo com a soberania do Estado, que deve ser validada e justificada pela vontade popular. Consequentemente, a soberania deve estar jungida ao exercício permanente da autodeterminação, não apenas como poder constituído, mas também como poder constituinte permanente, anterior aos primórdios da Constituição histórica, conformador da comunidade étnica, cultural e linguística e delimitador da sua amplitude territorial, a partir da vontade política e da viabilidade econômica de se constituir um Estado. Todavia, não é demais lembrar que os sistemas jurídicos ocidentais foram edificados sobre o alicerce do racionalismo, sobrepondo os conceitos de Estado e Nação, que exigiram um sistema monista de matriz liberal, para o qual a diversidade cultural não fazia parte do projeto constitucional.

Marcelo Rebelo de Sousa ensina que o Estado Constitucional da modernidade (século XVIII) fundou-se na Constituição escrita, “na declaração de direitos civis e de alguns direitos políticos dos cidadãos, na separação estrita dos poderes do Estado e na consagração do princípio da soberania nacional ou popular [...] de conteúdo essencialmente liberal”, de modo que o “Estado Constitucional é, antes de tudo o mais, um Estado Liberal, quer em termos políticos, quer em termos sócio-econômicos”, evidenciando em sua gênese a expansão econômica do sistema sob a forma de “capitalismo concorrencial ou atomista, que viria a ter uma subsequente projecção colonial, e à tentativa de estabilização social com base na salvaguarda dos direitos fundamentais da burguesia comercial e industrial em ascenso”. (Sousa, 1983, p. 19-20)

A absolutização dos direitos econômicos de interesse da burguesia emergente tem, na propriedade privada, na liberdade contratual, na liberdade empresarial e na neutralidade econômica do Estado, as bases desse constitucionalismo que se estabelece como um Estado de Direito, que garante, concomitantemente, os direitos suprapolíticos do cidadão em relação ao Estado; institui a Nação, em primeiro plano, e depois o povo, como sede do poder supremo do Estado; reduz o papel do Estado e suas funções, com o objetivo de oferecer segurança jurídica interna e externa, assim como fortalece a função legislativa com a participação política do cidadão e, consequentemente, limita o poder do Estado, com uma rígida distinção dos órgãos de soberania aos quais são atribuídas as funções precípua para o exercício do poder.

Nesse toar, Novais (2019, p. 31-32) observa que o Estado Liberal se caracterizou pela racionalização e limitação do poder, submetendo-o ao Direito, a fim de não invadir a esfera privada e oferecer as garantias para a liberdade contratual entre os cidadãos. Assim,

a limitação jurídica do poder do Estado se apresentou como instrumento de vital importância para garantir os direitos e liberdades fundamentais, desiderato final do Estado Liberal, alcançável pela organização do poder político, sua divisão, separação em poderes de Estado jurídica e administrativamente organizados, dotados das garantias institucionais necessárias para funcionarem regularmente.

No entanto, a crise dos pressupostos, dos valores e da ideologia do Estado Liberal levou a Europa a uma época conturbada e conflituosa, culminada pela Primeira Grande Guerra, que, na opinião de Jorge Reis Novais, se constituiu no “marco que assinala o termo do optimismo liberal construído em torno da crença numa justiça natural imanente às relações económicas e sociais” (Novais, 2019, p. 40-41), e a migração do Estado Liberal para o Estado Social, com a proposta de instituição do Estado de Direito e a abertura de espaços para as competências legislativa governamental do Executivo, ainda que delegada pelo Parlamento, permitiu que este avançasse sobre áreas de competência do Executivo, pondo em risco a necessária abstração e carácter geral da lei, utilizada para atender a casos específicos, situação que trouxe novas preocupações sobre a autonomia dos poderes.

Além disso, o “reconhecimento e encorajamento do pluralismo, dos direitos da oposição e das minorias, do direito de alternância política, da importância da opinião pública e de uma imprensa livre”, com maior nível de descentralização política e administrativa, com a instituição de mecanismos de democracia participativa, bem como a “racionalização da democracia representativa e de limitação do Poder”, com limitação temporal do exercício de funções públicas, trouxeram maior complexidade ao sistema de governo, ao tempo em que valorizaram “as escolhas institucionais decisivas para a vida política, como as referentes ao sistema eleitoral e ao sistema de partidos”. (Novais, 2019, p. 40-41)

Dessa forma, o Estado social ganhou relevo sobre as bases do Liberalismo e se apresentou como garante de direitos sociais e económicos da coletividade com a proposta da migração do sistema liberal não intervencionista para um modelo de Estado social de direito (Novais, 2019, p. 38), cujas raízes remontam à Constituição de Weimar, de 11 de agosto de 1919, sustentada por um projeto político e económico fundado na garantia da dignidade humana a partir dos direitos sociais no âmbito do trabalho, da saúde, da cultura, da família, da previdência e da educação, “um modelo de aprofundamento da dignificação da pessoa humana, adicionando às garantias de liberdade e aos direitos individuais oriundos das revoluções liberais preocupações de bem-estar social, económico e cultural, entretanto elevadas à categoria de direitos (sociais)”. (Novais, 2019, p. 40-41)

Mas a crise do liberalismo e a instabilidade ocasionada pela Constituição de Weimar oportunizaram o surgimento de novas teorias, como a de Carl Schmitt, que pensou a constituição do Estado como ato de vontade política (teologia política), argumentando que a soberania do Estado deve ser garantida acima de tudo, e não se pode admitir que seja confrontada por nenhuma concorrência de poder por parte de indivíduos ou de grupos, de modo a colocar em risco a estabilidade política. Uma soberania que permeia a exceção. A ideia de Constituição em Schmitt foi construída sobre as bases da vontade política da maioria, no contexto conflituoso fundado na dicotomia amigo/inimigo, que não desaparece com o ato de constituição do Estado. Disso resulta que o inimigo deve ser identificado, e as causas de conflituosidade eliminadas, numa perspectiva de hegemonização, em que as minorias e os indivíduos devem se submeter à maioria, responsável por determinar a forma como se dão a organização do Estado e as relações sociais. (Schmitt, 1999, p. 53-64)

A teoria de Schmitt abriu as portas para a expansão dos poderes do executivo no período das grandes guerras, que Agamben identifica como um “estado de exceção” que provocou impactantes transformações nos regimes democráticos, apresentando-se mais como uma “técnica de governo do que como uma medida excepcional, mas também deixa aparecer sua natureza de paradigma constitutivo da ordem jurídica”. (Agamben, 2004, p. 18 e 63)

Hermann Heller já observara que a normalidade que se alcança por meio da normatividade autoritária se constitui no plano da Constituição, mediante uma “criação consciente de normas” em busca de “uma normalidade e previsibilidade cada vez mais amplas nas relações sociais”, de modo a proporcionar a permanência do status social no Texto Constitucional em harmonia com aquelas situações contextuais pontuadas por Schmitt como “todo direito é um direito de situação”. (Heller, 1968, p. 300-301)

Nesse contexto, a expansão do poder totalitário e a “debilidade das instituições democráticas da República de Weimar”, como fatores determinantes para o declínio do modelo liberal alemão na década de 30, proporcionaram a ascensão dos nazistas ao poder e a instauração de uma brutal ordem totalitária; todavia, os objetivos de bem-estar social acabaram se transformando numa “verdadeira cláusula constitucional vinculativa da actividade pública”, correspondendo aos anseios de efetivação de um novo modelo de sociedade em que a dignidade da pessoa humana ocupasse a centralidade, de modo a solidificar a democracia e a realização da justiça social e da solidariedade, observando Paulo Otero em relação ao princípio do bem-estar, que este envolve “uma dimensão aberta

e de progressiva concretização [...] da melhoria da qualidade de vida da pessoa humana”, e consequente “dignificação do estatuto jurídico-constitucional do ser humano, tal como a garantia da vida, da integridade física, da liberdade ou da participação política”. (Otero, 2019, p. 342-343)

Assim, as Constituições do pós-guerra ultrapassaram o modelo de Estado liberal anterior à década de 40, estabeleceram a centralidade do bem-estar em projetos de implementação de direitos fundamentais, “harmonizando a tutela de direitos individuais, herdados do liberalismo, e a consagração e garantia de direitos sociais” (Otero, 2019, p. 348-349), focados na dignificação do homem.

Nesse aspecto, Gomes Canotilho observa que o constitucionalismo moderno oportunizou a emergência da “constituição moderna”, uma “ordenação sistemática e racional da comunidade política através de um documento escrito no qual se declaram as liberdades e os direitos e se fixam os limites do poder político”, de modo a propiciar o exercício limitado e moderado da soberania (Canotilho, 2003, p. 52). Mas se o Leviatã foi acorrentado, e o poder do Estado compartilhado com o povo, cujo ápice é o exercício do poder constituinte, levantou-se da multidão um monstro com poder criativo e expansivo que põe em risco o Estado e a Constituição.

3. PODER CONSTITUINTE E PODER CONSTITUÍDO

A compreensão de que o poder constituinte se distingue do poder constituído permitiu sua teorização e a concepção das Constituições rígidas e do exercício da soberania limitada por mecanismos constitucionais de controle, pondo-a a serviço do sistema representativo, conforme leciona Bonavides (2012, p. 148), assentando que sem o poder constituinte os conceitos de “povo” e “nação” não teriam se consolidado na moderna teoria constitucional.

Os paradigmas da Constituição dos Estados Unidos e da Assembleia Constituinte da França traduzem a facticidade que os teóricos imaginaram sobre o momento constituinte, mas a força criativa que emana da autodeterminação política não se esgota com a instituição do ordenamento constitucional, pois seu caráter permanente exige mecanismos de equilíbrio democrático entre esse poder indômito e o poder constituído.

A problemática do poder constituinte emerge com diferentes contornos a partir do constitucionalismo norte-americano, em que os *founding fathers* da Revolução Americana apresentaram novas estruturas para alicerçar o poder político sem contestar sua limitação,

que já se desenhava na monarquia limitada que a Constituição dos Estados Unidos derrocou, fato que se repetia nas assembleias constituintes francesas, que, sob a inspiração de Sièyes, pretendeu “construir uma nação, detentora de poder ilimitado e em perpétuo estado de natureza, como senhora e serva da lei [...], uma nova autoridade sem sanção religiosa e sem o caráter decisionista do soberano personificado” (Brito, 2000, pp. 5-6), tarefa que exigiu, desde logo, a distinção entre os poderes constituinte e constituído. A partir disso, outra categoria de poder se avulta com maior intensidade, não mais do Estado, mas da multidão de vozes, com poder criativo e expansividade, pondo em risco o próprio poder constituído, a desafiar construções teóricas que pretendam domá-lo e limitá-lo, conforme teorizara Sièyes.

Nesse contexto, Negri (2002, *passim*) vê no constitucionalismo a contenção da expansividade do poder constituinte a partir da constituição do ordenamento jurídico, a revelar uma crise de legitimação democrática em torno da ideia de soberania do Estado, sacramentada pelas Constituições escritas e rígidas e pela doutrina do constitucionalismo. Na opinião de Miguel Nogueira de Brito, a teoria de Negri sobre o poder constituinte “apresenta-se como uma dilatação revolucionária da capacidade humana de fazer história, como um acto fundamental de inovação e, desse modo, como um procedimento absoluto”. (Brito, 2000, p. 101)

Em busca de uma nova compreensão do poder constituinte, a partir da constatação da sua potência transformadora, e de que a sociedade já não obtém do constitucionalismo respostas satisfatórias para temas fundamentais, Negri (Negri, 2002, pp. 11-13) adota um viés não jurídico para sua pesquisa, focando o poder constituinte com a lente da ontologia política, observando que a produção de subjetividades pela potência criativa da multidão é o turbilhão que movimenta o poder constituinte, potencialidade política que se avulta incontida e expansiva, daí a busca por sua desqualificação e contenção para limitá-lo e controlá-lo. No entanto, observa que a desqualificação não resolve a crise em torno da ideia de poder constituinte, tampouco oferece base científica para submetê-lo ao direito, notadamente a partir das sustentações teóricas que o identificam como poder anterior à instalação da assembleia constituinte e subsequente instituição do ordenamento jurídico.

Ao expor a crise do poder constituinte, Negri (2002, p. 21-22) observa que a tentativa do constitucionalismo de conceituá-lo e regulamentá-lo, até mesmo bloqueando sua temporalidade constitutiva, a partir da leitura histórica, não se mostra condizente com

sua força expansiva que se projeta e irrompe para o futuro, transcendendo o tempo presente, apesar de que a compreensão da história auxilia a compreensão do porvir.

Segundo Negri, a produção institucional decorre das tensões políticas variadas, num jogo de forças que traduz o poder constituinte no campo concreto, intrínseco aos mecanismos institucionais; entretanto, essa dependência de ser definido, delimitado e incorporado, o distancia da democracia, ainda que seja resultado do jogo político, razão pela qual vê o caráter originário e libertador do poder constituinte tolhido pelo jogo político na base da constituição, que põe de lado a política criativa da “potência da multidão”, a fim de domar a “fera”, mas acaba oportunizando o surgimento de “figuras de poder totalitário”. (Negri, 2002, p. 19)

Domada, a criatividade da fera é limitada a comportamentos mecânicos que repetem a “base social pré-constituída. Nesses termos, seja transcendente, imanente ou coextensiva, a relação que a ciência jurídica (e, por meio dela, o ordenamento constituído) quer impor ao poder constituinte atua de modo a neutralizá-lo, a mistificá-lo, ou melhor, de esvaziá-lo de sentido”. Em outras palavras, a autodeterminação da multidão ou pretensão soberana da comunidade é institucionalmente submetida à crítica e à limitação, o que traduz a ideia de que “o constitucionalismo apresenta-se como teoria e prática do governo limitado: limitado pelo controle jurisdicional dos atos administrativos, sobretudo pela organização do poder constituinte pela lei”. (Negri, 2002, p. 19-20)

Assim, o poder constituinte é concebido a partir da ideia de democracia como poder absoluto, com força para irromper, quebrar, interromper e desfazer “todo o equilíbrio preexistente e toda a continuidade possível”, mas deixa claro que essa ideia “entra em choque com o constitucionalismo de maneira direta, forte e duradoura”, e observa que não é o viés constitucionalista que vai ajudar na solução da crise. (Negri, 2002, p. 20-22)

Além disso, não se pode descurar de que a representação tem servido como instrumento jurídico-constitucional fundamental para controlar e segmentar o poder constituinte, sob a suspeita de que “o conceito de representação democrática contenha um elemento de continuidade com o constitucionalismo, de sorte que no primeiro conceito permaneçam funções fundamentais do segundo”. A partir desse pressuposto, “a crise do conceito de poder constituinte” transcende suas relações “com o poder constituído, com o constitucionalismo e com todo o refinamento jurídico do conceito de soberania”, para se alojar, também, na “relação do poder constituinte com o conceito de representação”, e consequente privação da potência da multidão. Negri (2002, p. 23-24)

O constitucionalismo, contudo, tem importante lastro no conceito de soberania, de modo que a representação tem relevância na compreensão da dinâmica do poder constituinte, notadamente num constitucionalismo que almeja a democracia material, apesar de a representação popular não constituir, por si só, uma forma de democracia plena, pois não tem a capacidade de expressar a multiplicidade de subjetividades de todos os indivíduos representados.

Nesse ponto, não se pode olvidar a releitura de Maquiavel por Michel Foucault que, ao retirar as relações de poder do âmbito do Estado e pensá-las no contexto da arte de governar, percebeu que o homem do humanismo do século XIX é uma figura da população (homem-população), que deixou de ser gênero humano para ser espécie humana, e, com opiniões, modo de viver e agir, conquista a condição de público, absorvendo a soberania que residia no príncipe.

Segundo Collier (2011, *on-line*), Foucault engendrou uma filosofia política que parte das relações de macropoder no âmbito do governo, mas deixa de lado o foco da soberania (Estado/soberania), e da lei (lei/proibição) para delinear seu foco sobre a manifestação e difusão do poder por meio da lei, chegando ao conceito de microfísica das relações de poder, “forma de poder característica da modernidade. Em contraste com o poder soberano, a disciplina não flui a partir de um ponto central, mas circula através dos capilares da vida coletiva”. De acordo com Collier, esta disciplina “não é repressiva, mas produtiva e intensificadora. Não exerce um controle sobre e contra o conhecimento, mas através do conhecimento, moldando as condições de possibilidade para certas maneiras de pensar e agir”.

Para Foucault (2008, p. 99 e 103), o problema político da modernidade não tem mais foco na soberania, mas na população. Pensar o problema à luz da teoria da soberania põe o homem apenas como “noção de sujeito de direito”, mas a partir da análise sob o prisma da arte de governar chega-se à noção de população, conferindo-lhe a soberania que residia no príncipe.

Nesse amplexo, a hipossuficiência do constitucionalismo para resolver a crise do poder constituinte é posta em causa por Negri (2002, p. 25), sob o argumento de que constitucionalismo e democracia se afiguram completamente antagônicos, tendo em vista que a imposição de limitações e o controle da vontade da multidão, jungindo-a à soberania e vontade pretéritas, tolhem o verdadeiro sentido do poder constituinte e da democracia,

que se projetam para o futuro, salientando que a supremacia da soberania vaticinada pelo constitucionalismo ocasiona uma inversão do sentido de democracia.

4. SOBERANIA E CONSTITUCIONALISMO TRANSNACIONAL

Mas não é apenas a autodeterminação da multidão que põe em xeque o poder normalizador da Constituição nacional, pois, como dito alhures, o *jus cogens*, conformado pelos tratados, convenções e resoluções internacionais sobre Direitos Humanos, passou a exercer influxos sobre os direitos insulares, impondo novos limites à soberania do Estado.

Neves (2016, p. 76-77 e 192) aduz que, a partir da “institucionalização dos direitos fundamentais, a Constituição reconhece a supercomplexidade da sociedade, a dissolução de critérios de orientação das expectativas relativos à totalidade do social e, portanto, a inexistência de um sistema social supremo”, justificando que a funcionalidade da Constituição, como garante dos direitos fundamentais, não pode prescindir da inclusão dos direitos dos diversos grupos sociais, o que se dá a partir da instituição dos direitos sociais como realização dos “direitos fundamentais à liberdade civil e à participação política” nos sistemas sociais supercomplexos da sociedade de hoje, malgrado não esconder a ineficiência funcional da Constituição e conseqüente perda de força normativa diante do problema do desmonte do Estado de bem-estar pelo modelo de globalização neoliberal fundado na eficiência econômica (expansão hipertrófica do código econômico), que já se apresenta como risco para a democracia dos países desenvolvidos, conforme alertado por Habermas, que apresenta a proposta de uma “política interna mundial” fundada na “solidariedade cosmopolita” como possível saída para a crise que se anuncia.

No entanto, Paulo Otero identifica uma “síntese axiológica de direitos inerentes à pessoa humana” no texto da Declaração, revelador de uma “consciência jurídica universal [...], repositório de normas de *jus cogens*, dotadas de uma imperatividade própria e autónoma que vincula todos os Estados, independentemente da sua vontade e até mesmo contra a sua vontade”, dotada, portanto, de “força hierárquico-normativa prevalecente em relação a quaisquer actos internos ou internacionais”. (Otero, 2019, p. 363-365)

Nesse sentido, em relação a essa nova ordem internacional fundada na dignificação do homem, Mazzuoli (2002, p. 170) esclarece que o processo de internacionalização dos direitos humanos, iniciado no pós-guerra, enfraqueceu sobremaneira o conceito tradicional de soberania no sentido de poder ilimitado do Estado perante o qual nenhum outro existiria, quer interna ou internacionalmente, pois os Estados

restringem sua soberania à medida que firmam compromissos mútuos com outros Estados na órbita internacional, os quais diminuem a competência discricionária de cada um dos aderentes.

Essa é uma tendência do mundo globalizado, do constitucionalismo contemporâneo, “que aponta a prevalência da perspectiva monista internacionalista para a regência das relações entre o direito interno e o direito internacional” (Mazzuoli, 2002, p. 170). Essa restrição à soberania estatal encontra limites internos, considerando a personalidade reconhecida do indivíduo; e externos, no Direito Internacional, reconhecidos pelo próprio Estado.

A importância nuclear dos direitos humanos, expressada pela construção de um corpo normativo pelos Estados-partes, de caráter vinculativo, conforma um constitucionalismo transnacional que emerge do compromisso de efetividade dos direitos e princípios escritos em diversos documentos que, complementarmente à Carta das Nações Unidas e à Declaração Universal dos Direitos do Homem, sob a aura da autodeterminação dos povos, objetivam abolir o tráfico de pessoas e a servidão, a discriminação racial e de gênero, a tortura e os tratamentos degradantes, bem como promover os direitos sociais, civis e políticos, os direitos das crianças, e proteger o genoma humano contra toda sorte de abusos.

O conceito clássico de soberania, dessarte, perdeu força na doutrina e nas práticas internacionais, e já não se limita a uma teoria construída a partir da concepção monista do Estado, como ente criado pelo Direito positivo e sobreposto ao conceito de nação. A partir disso, os intrincados problemas de conflitos de direitos fundamentais no mundo globalizado exigiram a reconstrução do sistema internacional, proporcionando a evolução conceitual da soberania a fim de atender às diversidades plurais e os valores mais preciosos inerentes à dignidade humana.

Assim, o Estado teve de abdicar de parte de sua soberania e internalizar, na Constituição, direitos, liberdades e garantias, na perspectiva de atender, também, direitos dos grupos étnicos e culturais, enquanto minorias em situação de vulnerabilidade, que já não podiam ser olvidados no direito estadual, impondo-se atuações proativas de reconhecimento público de certas autonomias grupais e institucionais, com especial destaque para a implementação de políticas públicas em favor dessas minorias, como dever fundamental do Estado.

Reis (2010, p. 54-55) ensina que qualquer que seja a formulação constitucional, as normas de direitos fundamentais dão fundamento ao Texto Constitucional, internalizando a proteção e a garantia de direitos subjetivos em consonância com a proteção internacional dos Direitos Humanos, jusfundamentalizante da dignidade humana no âmbito do Direito estadual.

Desse modo, é possível concluir que a soberania encontra limites no Direito Natural e no sistema jurídico interno, cujo vértice é a Constituição, poder permanente e em evolução, de caráter normativo e transgeracional, expressão da permanente soberania do povo – conceito que também inclui o indivíduo e os grupos minoritários – em prol da segurança e da liberdade, no âmbito interno e na ordem jurídica internacional, fundada na igualdade, harmonia e na busca pela paz entre as nações.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

A complexidade da sociedade ocidental contemporânea, profundamente marcada pelo capitalismo e pela evolução da ciência e da técnica como ideologia do sistema, levou as relações sociais para o campo da biopolítica, no qual a Constituição moderna ocupou função nuclear para impor limites ao poder político, por meio da instituição dos direitos fundamentais, de modo a assegurar o exercício da autodeterminação popular ao lado da soberania do Estado (interna e externa), e evitar o “estado de exceção” típico das investidas autocráticas.

Nesse contexto, deve ser constante a reflexão sobre a amplitude da evolução conceitual do poder político, da soberania e da autodeterminação política sob o enfoque das tensões que se desenvolvem dialeticamente na esfera pública, a fim de buscar pontos de equilíbrio que proporcionem a estabilidade democrática essencial para que a busca pela felicidade seja possível.

Assim, a partir da ideia de limites ao poder político, por meio da Constituição, não apenas à soberania do Estado, mas principalmente à arte de governar, e ao poder político da população, mas sem sufocar a criatividade do poder constituinte, é possível perceber que as democracias contemporâneas não podem sobreviver sem uma Constituição escrita, rígida e formal que institua e garanta os direitos fundamentais do cidadão ao lado das garantias institucionais do Estado.

Por fim, considerando o atual contexto constitucional e a relação existente entre os direitos fundamentais e o poder político instituído, a resposta inicial à pergunta que inaugura

o presente artigo é a de que cabe, sim, à Constituição, como vértice do sistema jurídico, a solução desse intrincado problema, de modo a garantir a participação popular nas deliberações do Estado democrático, sem subjugar o poder político do Estado, revelando que, mais do que nunca, os freios e contrapesos se mostram essenciais para a sobrevivência e o equilíbrio das democracias liberais.

REFERÊNCIAS

AGAMBEN, Giorgio. **Estado de exceção**. Tradução de Iraci D. Poleti. São Paulo: Boitempo, 2004.

BAMBIRRA, Felipe Magalhães. Soberania revisitada: construção histórico-filosófica e aproximativa entre direitos humanos e soberania através da dialética do reconhecimento. **Revista Brasileira de Estudos Políticos**, v. 114, p. 161-197, 2017. Disponível a partir de: <https://pos.direito.ufmg.br/>. Acesso em: 10 jan. 2021.

BARROS, Alberto Ribeiro G. de. Soberania e República em Jean Bodin. **Discurso**, v. 39, n. 39, p. 59-84, 2 dez. 2009. Disponível a partir de: <https://www.revistas.usp.br>. Acesso em: 15 dez. 2020.

BONAVIDES, Paulo. **Ciência política**. 10. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2003.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 27. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2012.

BRETT, Annabel. Natural Right and Civil Community: The Civil Philosophy of Hugo Grotius. **The Historical Journal** 45, nº 1 (2002): 31-51. (tradução livre). Disponível em: <http://www.jstor.org/stable/3133629>. Acesso em: 16 dez. 2020.

BRITO, Miguel Nogueira de. **A constituição constituinte**: ensaio sobre o poder de revisão da constituição. Coimbra: Coimbra Editora, 2000.

CAETANO, Marcelo. **Manual de ciência política e direito constitucional**. Coimbra: Almedina, 2015.

CANÇADO TRINDADE, Antonio Augusto. **Tratado de Direito Internacional dos Direitos Humanos**. Vol. III. 3ª ed. Porto Alegre: Sergio Fabris Editores, 2003.

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

CHAUÍ, Marilena. **Convite à filosofia**. São Paulo: Editora Ática, 2000.

COLLIER, Stephen J. Topologias de poder: a análise de Foucault sobre o governo político para além da "governamentalidade". **Rev. Bras. Ciênc. Polít.**, Brasília, n. 5, p. 245-284, jul. 2011. Disponível a partir de: <http://www.scielo.br/>. Acesso em: 10 jan. 2021.

COUTINHO, Luís Pedro Pereira. **O Estado como representação**: do momento hobbesiano aos problemas contemporâneos. Lisboa: AAFDL Editora, 2019.

COVELL, Charles. **Hobbes, Real is mand the Tradition of International Law**. New York: Palgrave McMillan, 2004.

FARIA, Josiane Petry. Do estado de natureza e democratização da sociedade: alguns apontamentos sobre participação política. *In*: GORCZEVSKI, Clovis (org.). **Direitos humanos e participação política**. Vol. II. Porto Alegre: Imprensa Livre, 2011.

FOUCAULT, Michel. **Segurança, território, população**. Curso dado no *Collège de France* (1977-1978). Tradução de Eduardo Brandão. São Paulo: Martins Fontes, 2008.

HAMILTON, Alexander; MADISON, James; JAY, John. **O federalista**. Tradução de Hiltonar Martins Oliveira. Belo Horizonte: Editora Líder, 2003.

HELLER, Hermann. **Teoria do Estado**. 1. ed. Tradução de Lycurgo Gomes da Mota. São Paulo: Editora Mestre Jou, 1968.

KANT, Immanuel. **A paz perpétua**: um projeto filosófico, trad. Artur Morão. Universidade da Beira Interior. Covilhã, 2008. pp. 12-13. Disponível a partir de: <<http://www.lusofonia.net>>. Acesso em: 10 jan. 2021.

KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. 4. ed. Tradução de João Baptista Machado. Coimbra: Arménio Amado Editor, 1976.

LOCKE, John. **Segundo tratado sobre o governo civil**. Tradução de Marsely de Marco Dantas. São Paulo: Edipro, 2014.

MAQUIAVEL, Nicolau. **O príncipe**. Escritos políticos. Tradução de Lívio Xavier. Consultoria Carlos Estevam Martins. São Paulo: Nova Cultural, 1987.

MAZZUOLI, Valério de Oliveira. Soberania e a proteção internacional dos direitos humanos: dois fundamentos irreconciliáveis. **Revista de Informações Legislativas**. Brasília a. 39, n. 156, out./dez. 2002.

MONTESQUIEU. Charles-Louis de Secondat. **Do espírito das leis**. Tradução de Jean Melville. São Paulo: Martin Claret, 2007.

NEGRI, Antonio. **O poder constituinte**: ensaio sobre as alternativas da modernidade. (trad.) Adriano Pilatti. Rio de Janeiro: DP&A, 2002.

NEVES, Marcelo. **A constitucionalização simbólica**. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2016.

NOVAIS, Jorge Reis. **As restrições aos direitos fundamentais não expressamente autorizadas pela Constituição**. 2. ed. Coimbra: WoltersKluwer/Coimbra Editora, 2010.

NOVAIS, Jorge Reis. **Teoria das formas políticas e dos sistemas de governo**. Lisboa: AAFDL, 2019.

OTERO, Paulo. **Instituições políticas e constitucionais**. Coimbra: Almedina, 2019.

PREUß, Ulrich K. Os elementos normativos da soberania. Tradução de Cláudio Molz e Tito Lívio Cruz Romão. *In*: MERLE, Jean-Christophe; MOREIRA, Luiz. **Direito e legitimidade**. São Paulo: Landy Editora, 2003.

RANDLE, Robert. From National Self-Determination to National Self-Development. **Journal of the History of Ideas** 31, n. 1 (1970): 49-68. Disponível a partir de: <https://www.jstor.org>. Acesso em: 10 jan. 2021.

RIBEIRO, Cristina Figueiredo Tereso; CITADINO, Gisele; TEIXEIRA, João Paulo Allain. **Direitos humanos, minorias e violência**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016.

ROUSSEAU, Jean Jacques. **Do contrato social**. Ensaio sobre a origem das línguas, trad. Lourdes Santos Machado. São Paulo: Nova Cultural, 1987.

SCHMITT, Carl. **El concepto de lo político**. Madrid: Alianza, 1999.

SOUSA, Marcelo Rebelo. **Os partidos políticos no direito constitucional português**. Lisboa: Cruz e Braga, 1983.

TILIO NETO, PD. **Soberania e ingerência na Amazônia brasileira** [on-line]. Rio de Janeiro: Centro Edelstein de Pesquisa Social, 2010. Disponível a partir de: <https://static.scielo.org>. Acesso em: 10 jan. 2021.

UNITED STATES OF AMERICA. **United States Constitution**, 17 set. 1787. Disponível em: <https://www.congress.gov/content/conan/pdf/GPO-CONAN-REV-2016.pdf>. Acesso em: 10 jan. 2021.

VATTEL, Emer di. **O direito das gentes**. Tradução e prefácio de Vicente Marota Rangel. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 2004.

Recebido em 03/01/2023
Aprovado em 01/12/2023
Received in 03/01/2023
Approved in 01/12/2023