

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO

PÓS GRADUAÇÃO EM DIREITO CONSTITUCIONAL “LATO  
SENSU”

FACULDADE DE DIREITO

FELIPE SIVIERO

A LIMITAÇÃO JURÍDICA DO PODER  
CONSTITUINTE ORIGINÁRIO PELO  
TRANSCONSTITUCIONALISMO E A  
TRANSCENDÊNCIA DOS DIREITOS HUMANOS

São Paulo

2016

FELIPE SIVIERO

A LIMITAÇÃO JURÍDICA DO PODER  
CONSTITUINTE ORIGINÁRIO PELO  
TRANSCONSTITUCIONALISMO E A  
TRANSCENDÊNCIA DOS DIREITOS HUMANOS

Trabalho de conclusão de curso, apresentado como exigência para obtenção do Título de Pós Graduado em Direito Constitucional, ao Programa de Pós Graduação “Lato Sensu”, da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo.

Orientador: Prof. João Paulo Pessoa

PUCSP

2016

**Pontifícia Universidade Católica de São Paulo**

**Programa de Pós Graduação em Direito Constitucional “Lato Sensu”**

**Autor:** SIVIERO, Felipe

**Tema:** A limitação jurídica do Poder Constituinte Originário pelo  
Transconstitucionalismo e a Transcendência dos Direitos Humanos.

Trabalho de Conclusão de Curso

BANCA EXAMINADORA

Presidente e Orientador: Prof. João Paulo Pessôa

1º Examinador: \_\_\_\_\_

2º Examinador: \_\_\_\_\_

São Paulo, de de 2016.

“The one who does not remember history is bound to live through it again.”, *George Santayana*.

“Os tiros ao nosso redor fazem com que seja difícil ouvir. Mas a voz humana é diferente de todos os outros sons. Ela pode ser ouvida acima de qualquer barulho. Até mesmo quando não está gritando. Até mesmo quando é só um sussurro. Até o sussurro mais baixo pode ser ouvido acima dos exércitos.”, *Zuwayne* (filme *A Interprete*, 2005)

# RESUMO

O presente estudo tem por objetivo a análise da possível limitação jurídica do poder constituinte originário hodiernamente, em especial pelo transconstitucionalismo e a transcendência dos direitos humanos que convergem-se no instituto jurídico do *jus cogens*, normas imperativas de direito internacional, cuja eficácia é *erga omnes*.

Nesta esteira, cumpre demonstrar o papel que o direito transnacional exerce sobre os Estado soberanos, bem como a submissão da soberania ao *jus cogens*, o qual traduz os valores fundamentais da sociedade multicêntrica, é o *standard* de civilização da humanidade, renova-se o conceito de soberania.

No primeiro capítulo, analisarei o constitucionalismo moderno e sua função legitimadora e garantidora de direitos fundamentais, abordando marcos históricos fundamentais para o pensamento do direito atual: Constituição de Weimar (1919) e a Segunda Guerra Mundial com a virada kantiana (Neoconstitucionalismo). No segundo capítulo, discutirei o poder constituinte originário e o seu papel instaurador de uma nova ordem jurídica com suas peculiaridades. No terceiro capítulo, tratarei sobre um dos temas centrais deste trabalho: transconstitucionalismo. No quarto capítulo, abordarei a transcendência dos direitos humanos e como tornou-se o epicentro do direito moderno. No quinto capítulo, demonstrarei como o transconstitucionalismo e a transcendência dos direitos humanos convergem-se em um instituto jurídico de direito internacional, o *jus cogens*. No sexto capítulo, criticarei o conceito clássico de soberania e defenderei um novo conceito do instituto, considerando as limitações transnacionais, bem como citarei exemplos práticos desta novo conceito: Egito e Arábia Saudita. No sétimo e último capítulo, concluirei o estudo.

Palavras-chave: constitucionalismo, poder constituinte originário, transconstitucionalismo, direitos humanos, soberania, *jus cogens*, limites.

# SUMÁRIO

<b>INTRODUÇÃO .....</b>	<b>07</b>
<b>CAPÍTULO I – Constitucionalismo .....</b>	<b>08</b>
<b>1.1 – Constituição Social (Constituição de Weimar, 1919, Alemanha) .....</b>	<b>14</b>
<b>1.2 – Segunda Guerra Mundial e a virada Kantiana (Neoconstitucionalismo) .</b>	<b>16</b>
<b>CAPÍTULO II – Poder Constituinte Originário (PCO) .....</b>	<b>20</b>
<b>CAPÍTULO III – Transconstitucionalismo .....</b>	<b>29</b>
<b>CAPÍTULO IV – Transcendência dos Direitos Humanos .....</b>	<b>37</b>
<b>CAPÍTULO V – “<i>Jus Cogens</i>” (Direito Cogente) .....</b>	<b>48</b>
<b>CAPÍTULO VI – Novo Conceito de Soberania .....</b>	<b>55</b>
<b>6.1 – Relativismo Cultural .....</b>	<b>60</b>
<b>6.2 – O Caso do Egito .....</b>	<b>65</b>
<b>6.3 – O Caso da Arábia Saudita .....</b>	<b>68</b>
<b>CAPÍTULO VII – Conclusão .....</b>	<b>71</b>
<b>Referências Bibliográficas .....</b>	<b>74</b>

## INTRODUÇÃO

A Globalização e o Pós-Guerra alteraram a dinâmica das relações internacionais, houve um aumento na relação de interdependência entre os Estados, bem como a expansão das relações de comércio (troca e circulação de mercadorias). Nesta esteira, não houve apenas uma troca material, mas uma troca ideológica, de pensamento; fato que ressaltou a lógica de coordenação entre os Estados soberanos em um constitucionalismo multinível, transconstitucionalismo.

Para que as relações comerciais continuassem vingadoras, houve a necessidade que os Estados cooperassem entre si, praticando concessões mútuas, baseada em valores comuns que transcendem as fronteiras de cada Estado.

Com isso, foi estabelecido o mínimo que teria que ser respeitado para haver segurança jurídica internacional: normas imperativas de direito internacional geral (*jus cogens*), as quais tem como característica a universalidade e imperatividade absoluta, dentre elas, normas relativas a Direitos Humanos.

Logo, para cumprir sua finalidade, as norma de *jus cogens* não podem depender da boa vontade do Estado. Assim, pode-se afirmar que o *jus cogens* modifica o conceito clássico de soberania, limitando o seu exercício e o poder constituinte originário, o qual pode apenas manifestar-se em bases concretas e pré-existentes.

É praticamente inexistente bibliografia nacional no tocante a correlação entre Direito Internacional e Direito Constitucional. O que se observa na prática é que estudiosos do Direito Constitucional não se arriscam no campo do Direito Internacional, bem como, os que se dedicam a este Direito também não se aventuram no plano constitucional. Existe a falta de diálogo e interação entre esses dois campos.

O objeto deste trabalho é analisar dialeticamente o Direito Internacional e o Direito Constitucional, de forma histórica, considerando a evolução dos direitos humanos. Pois, para compreender o produto (Direito), temos compreender todo o processo (história); afinal, é o processo que faz e determina o produto.

Eis, portanto, a questão fulcral deste estudo, saber se realmente o transconstitucionalismo e a transcendência dos Direitos Humanos, representados pelo instituto jurídico do *jus cogens*, limitam o poder constituinte originário e a soberania dos estados.

O desenvolvimento desta pesquisa foi feito pelo método dedutivo, tendo como ponto de partida a teoria (geral/abstrato), para que fosse possível entender o ponto de chegada, um caso concreto (individual/concreto).

## **CAPÍTULO I – CONSTITUCIONALISMO**

O constitucionalismo é elemento essencial na atual conjuntura em que vivemos, qual seja, um Estado Racional de Direito. Em uma sociedade que há uma exacerbada crença na racionalidade (Era de Racionalismo), há a necessidade de racionalizar o poder (controle do poder pelo direito), ao menos formalmente, de modo que o torne legítima as ações dos governantes. Nesta esteira, o constitucionalismo é o instrumento jurídico-racional que vai desempenhar o papel legitimador na instauração de um Estado, sujeito de direito internacional.

Não diferente de nenhum outro arranjo institucional, o constitucionalismo é histórico, é decorrente de movimentos filosóficos, políticos e sociais dos séculos XVIII e XIX, conhecidos como Revoluções Liberais (Estados Unidos, Inglaterra e França), encabeçados pela burguesia, classe a qual levantava a bandeira em defesa da liberdade, igualdade e fraternidade, em face do Estado Absolutista, cujo poder do governante não tinha limites formais.

A Revolução Liberal que teve a maior repercussão foi a Revolução Francesa, de 1789 a 1791, influenciou toda a cultura ocidental.

Nesse sentido, o liberalismo é constitucionalismo; todavia, o liberalismo não se confunde com o constitucionalismo, pois, como veremos, há Constituições não fundamentadas nos dogmas liberais (p.ex. Constituição de Weimar, 1919).

Para Dalmo de Abreu Dallari, em sua obra “Elementos de Teoria Geral do Estado” (2013, p. 197/198):

“ [...] o constitucionalismo moderno tem sua origem mais remota na Idade Média, nas lutas contra o absolutismo, nascendo como expressão formal de princípios e objetivos políticos em 1215, quando os barões da Inglaterra obrigaram o rei João Sem Terra a assinar a Magna Carta, jurando obedecê-la e aceitando a limitação de seus poderes. Depois disso, ainda seriam necessários alguns séculos para que ocorressem avanços substanciais, o que se dará na própria Inglaterra, no século XVII, quando a Revolução Inglesa consagra a supremacia do Parlamento como órgão legislativo. Com isto se chega bem próximo da ideia de que o Estado deve ter um ‘governo de leis, não de homens’.”

Ocorre ainda a influência do Iluminismo, a qual leva ao extremo a crença na Razão, refletindo-se nas relações políticas por meio da exigência da racionalização e despersonalização do poder.

Dallari ainda afirma que o constitucionalismo é o resultado de três grandes objetivos: a afirmação da supremacia do indivíduo, a necessidade de limitação do poder dos governantes e a crença quase religiosa nas virtudes da razão, apoiando a busca da racionalização do poder.

Nesta linha, o sociólogo Max Weber, em sua obra “Economia e Sociedade”, desenvolve a Teoria de Dominação Legítima. Segundo o sociólogo, existem três tipos de dominação legítima: i) a tradicional, característicos nos Estados Absolutistas e Monarquias, independe da legalidade formal, a dominação é respeitada porque assim a tradição determina (p.ex. Rainha da Inglaterra); ii) a carismática, dominação é influenciada por fatores emocionais e afetivos, pela crença nas qualidades do líder, muitas vezes contra a própria legalidade (p.ex. Alemanha Nazista tinha Hitler como líder); e, por último, iii) a racional-legal, característico nos Estados Modernos Burocráticos, onde a razão e a lei determinam a dominação, as autoridades são investidas pela lei.

No plano prático, esses três tipos de dominação podem se dar concomitantemente sem que um exclua o outro, porém haverá sempre a prevalência de um dos tipos.

Nos dias atuais, o tipo de dominação legítima que se sobrepõe em toda cultura ocidental é a racional-legal, que considera a razão como um valor sacro.

Segundo Nelson Saldanha, em sua obra “O Poder Constituinte” (1986, p. 55), no constitucionalismo a ordem política é composta pela Constituição e pelo direito constitucional, que são a base de toda a vida jurídica. “O Estado contemporâneo pleno é uma instituição instituída, é constitucional. Ter Constituição passa a ser, após as revoluções americana e francesa, uma obrigação de todo Estado”.

Em suma, a Constituição representa um compromisso entre o direito e o Estado, é uma formação consciente do poder; Constituição como obra do Poder Constituinte Originário. A Constituição fornece ao Estado a sua justificação jurídica e ao direito o seu poder básico.

No mesmo sentido, José Afonso da Silva, em sua obra “Curso de Direito Constitucional Positivo” (2014), diz que todo Estado tem Constituição, que é o simples modo de ser Estado. No tocante ao conceito de constituição, que é abarcado pelo constitucionalismo, o Autor explica como ninguém (p. 39/40):

“A Constituição do Estado, considerada sua lei fundamental, seria, então, a organização dos seus elementos essenciais: um sistema de normas jurídicas, escritas ou costumeiras, que regula a forma do Estado, a forma de seu governo, o modo de aquisição e o exercício do poder, o estabelecimento de seus órgãos, os limites de sua ação, os direitos fundamentais do homem e as respectivas garantias. Em síntese, a constituição é o conjunto de normas que organiza os elementos constitutivos do Estado”.

A expressão “constitucionalismo” apresenta um significado tanto sociológico quanto jurídico. Em termos jurídicos, o constitucionalismo reporta-se a norma fundamental de todo o ordenamento jurídico, a qual confere legitimidade a todo o sistema normativo, é uma diretriz (*topoi*) a ser seguida. Em termos sociais, reporta-se aos direitos e garantias dos governados/cidadãos e à limitação do poder do governante.

Portanto, na atualidade, o constitucionalismo exerce duas funções: limitar o poder dos governantes, garantindo direitos dos cidadãos, e legitimar todo o ordenamento jurídico.

É com a elaboração da Constituição que se dá a atuação do Poder Constituinte Originário (PCO), o qual pode se manifestar de quatro maneiras: i) por meio de uma reunião da Assembleia Constituinte que é criada especialmente para a elaboração da Constituição; ii) por meio de uma revolução que conta com legitimidade popular (diferentemente de golpe que não conta com legitimidade popular); iii) por meio de outorga de um governante sem a participação do povo; iv) por meio de plebiscito popular sobre um projeto elaborado por um Ditador, constituição cesarista (caso Egito).

O Poder Constituinte Originário (PCO), ao instaurar uma nova Constituição, dará origem a um novo Estado, instituição dotada de soberania.

No mais, segundo Konrad Hesse, a Constituição não deve ser compreendida apenas como norma, mas também como um fato decorrente da dialética existente entre norma e fato, formando um círculo hermenêutico. Pois, a norma não pode ser compreendida sem os fatos, tampouco os fatos podem ser compreendidos sem a norma. A constituição seria um sistema aberto de regras e princípios que apresenta a ordenação da sociedade e do poder.

Para Canotilho, em sua obra “Direito Constitucional e Teoria da Constituição” (2003, p. 45/46), constitucionalismo é a teoria que desempenha uma função ideológica que exalta o princípio do governo limitado indispensável à garantia dos direitos em dimensão estruturante da organização político-social de uma comunidade, portanto é uma técnica específica de limitação do poder com fins garantísticos.

“O constitucionalismo consiste na divisão do poder, para que se evite o arbítrio e a prepotência, e representa o governo das leis e não dos homens, da racionalidade do direito e não do mero poder.” (CARVALHO, Kildare. Direito Constitucional: Teoria do Estado e da Constituição. Cap. 7: O Constitucionalismo. Ed. 14, Belo Horizonte: Del Rey, 2008, p. 233).

Entretanto, Marcelo Neves, em sua obra “Transconstitucionalismo” (2009, p. 2/3) defende, ao considerar a complexidade de uma sociedade atual multicêntrica, que a constituição não pode ser caracterizada, nem reduzida, a uma mera metáfora/ideologia, pois com o advento da globalização, o

constitucionalismo toma proporções muito maiores, denominando-se Transconstitucionalismo. Não se trata, apenas, um constitucionalismo internacional, transnacional, supranacional, estatal ou local, mas implica no reconhecimento dos limites de observação de determinada ordem.

Após Segunda Guerra Mundial, desenvolve-se uma nova perspectiva em relação ao constitucionalismo, denominada Neoconstitucionalismo (ou pós-positivismo). A constituição assume um papel muito maior do que simplesmente limitar o poder do soberano e definir a estrutura estatal, passa garantir direitos dos cidadãos de forma efetiva.

Por esta razão, o Estado amplia seu papel político e social, deixa de ser apenas protetor da liberdade e dos direitos para assumir um papel mais ativo, efetivando direitos. Antes o papel do Estado era de não interferir na esfera privada para garantir a liberdade (liberdade negativa), agora, para garantir a máxima eficácia dos direitos previstos na Constituição, o Estado deve agir de forma positiva, também na esfera privada, para efetivação da liberdade (liberdade positiva). Desta forma, toda a Constituição é dotada de efetividade, não se resume a meras diretrizes, programas e orientações voltada para o futuro (Constituição Programática ou Dirigente).

Paulo Bonavides, em “Curso de Direito Constitucional” (2010), distingue o constitucionalismo ocidental em três grandes fases: 1ª fase - Direito Constitucional de geração originária, o qual é decorrente de um Estado Liberal que defende a liberdade humana, um Estado que não intervêm na economia; 2ª fase - Direito Constitucional do Estado Social, o qual o Estado intervêm na economia e busca o bem estar social, entre elas a mais marcante é a Constituição de Weimar de 1919; 3ª fase - Direito Constitucional da democracia participativa (solidariedade, defesa de direitos difusos e coletivos [p.ex. meio ambiente]), o qual só se faz presente em países de primeiro mundo, cuja a politização dos cidadãos apresenta-se de forma uniforme e igualitária, fato que possibilita a maior participação direta dos cidadão na política.

Ainda, no tocante a terceira fase do constitucionalismo, representado pelo Neoconstitucionalismo, Bonavides aduz a mudança de paradigma do

epicentro jurídico de como a Constituição passa ser a norma mais importante: “ontem, o Código Civil; hoje, a Constituição”. Antes, o Código Civil era o epicentro do direito, com o Neoconstitucionalismo, a Constituição passa a ser o epicentro do direito limitando o poder do soberano, definindo a organização estatal e garantindo de forma efetiva os direitos dos cidadãos.

A Constituição é o conjunto básico de composição e funcionamento de uma ordem política, de um Estado, contendo normas pertinente à organização do poder, à distribuição de competência, a forma de governo e os direitos dos cidadãos. Logo, não há estado sem Constituição, Estado que não seja constitucional (Bonavides, p. 80).

Em suma, para entender melhor a constituição moderna é oportuno citar nobre passagem do livro “Transconstitucionalismo”, de Marcelo Neves (2009, p. 21):

“As Constituições em sentido moderno são “normativas”, não simplesmente porque se compõem de normas jurídicas, mas, especificamente, por apontarem para a diferenciação funcional entre direito e política, implicando a vinculação jurídica do poder, o que possibilita o seu limite e controle pelo direito. Nesse sentido, as Constituições em sentido moderno são “constituintes” de poder no âmbito de validade ou na dimensão temporal, na medida em que instituem uma nova estrutura política, renovando-lhe a fundamentação normativa, positivada juridicamente.”

Ainda, Neves (p. 56):

“A Constituição é o mecanismo que possibilita a diferenciação entre política e direito no âmbito dos Estados; trata-se, porém, de um mecanismo cujo desenvolvimento depende de amplos pressupostos sociais. Sem um certo contexto social de diferenciação funcional e de inclusão social, não há lugar para a Constituição como mecanismo de autonomia recíproca entre direito e política.”

O objetivo desse trabalho é demonstrar como as Constituições modernas constituídas estão atreladas a uma ordem jurídica internacional que impõem limites a essa manifestação de poder. No Estado Democrático de Direito, essa limitação dá-se pelos direitos humanos (caráter externo) e direitos

fundamentais (caráter interno), ou seja, esses direitos são o mínimo que devem estar presentes em uma constituição para ser considerada democrática, ou então, até mesmo, o Estado ser reconhecido internacionalmente, pois os principais parâmetros de aferição do grau de democracia de uma sociedade revela-se na eficácia dos direitos fundamentais e dos direitos humanos.

### **1.1 – Constituição Social (Constituição de Weimar, 1919, Alemanha)**

A Constituição de Weimar de 1919 (Alemanha), é resultado de uma crise social que se deu no pós Primeira Guerra Mundial no período de 1914 a 1918, quando a Alemanha estava destruída e possuía um alto índice de desemprego. Como o ideal liberal da época era o “*laissez faire*” (deixe fazer) a maior parte da população ficou desamparada nas ruas e sem condição de subsistência. A ausência do Estado na economia só agravava esta crise. Diante dessa realidade, houve a necessidade de mudanças.

Assim, o início do século XX foi marcado por uma maior preocupação social tanto no âmbito externo e interno. Foi a partir deste momento que passou a ser utilizada a expressão “direitos fundamentais”.

No âmbito externo, logo após a Primeira Guerra Mundial, houve a criação das primeiras organizações internacionais que atribuíram relevância à proteção dos direitos humanos: Liga das Nações e a Organização Social do Trabalho (OIT).

A Liga das Nações foi criada em 28 de abril de 1919, em Paris, cuja finalidade era manter a paz entre as nações após as consequências catastróficas experimentadas na guerra. É a organização antecedente à Organização das Nações Unidas (ONU, 24 de outubro de 1945) que a sucedeu inclusive em bens físicos.

Já a Organização Social do Trabalho (OIT) foi criada em 1919, como parte do Tratado de Versalhes, pondo fim à Primeira Guerra Mundial, cuja finalidade é estabelecer padrões internacionais mínimos de condição de trabalho e de qualidade de vida. A OIT ainda subsiste nos dias atuais.

No âmbito interno, os direitos sociais começam a ser consagrados pelas Constituições, como a do México, em 1917, e a da Alemanha de Weimar, em 1919. Ambas as constituições ficaram marcadas pela proteção do trabalhador e por estabelecer a noção de função social da propriedade.

O renomado historiador inglês, Eric J. Hobsbawm, em sua obra *A Era dos Impérios (1875 – 1914)*, capítulo n. 4, *A política da democracia*, afirma que os anos de 1890, década do surgimento do socialismo como movimento de massas, é um marco de um momento decisivo para quem estava no poder iniciar novas estratégias políticas.

Essas agitações socialistas e as repercussões diretas ou indiretas da primeira Revolução Russa aceleraram a democratização e a concessão de alguns direitos sociais, majoritariamente os direitos da classe trabalhadora (p.ex. questão previdenciária). Assim, a concessão desses direitos foi uma forma de conter o avanço dos ideais socialistas e uma eventual ruptura política, mantendo o *status quo*. Ou seja, para dar dois passos para a frente, muitas vezes é necessário dar um passo para trás e conceder certos direitos.

Ainda, Hobsbawm complementa que os Estados ocidentais haviam se resignado ao inevitável: a política democrática e os direitos sociais não poderiam mais serem protelados. Daí em diante, o problema foi manipulá-los.

O projeto da Constituição de Weimar foi redigido por Hugo Preuss, considerado um dos poucos juristas de tendências de esquerda e, a exemplo da Constituição Mexicana de 1917, queria instaurar um Estado da Democracia Social, o qual o Estado participava da economia (Estado Assistencialista), pois esta seria a única forma da Alemanha superar sua crise social e econômica. Porque os capitalistas, mesmo que minimamente organizados, não são capazes, pela própria contrariedade do sistema, de superar uma crise macroeconômica que se estendia por toda Europa no pós-guerra.

Nesse sentido, a democracia social foi a que instaurou a defesa dos direitos fundamentais, que ao lado das liberdades públicas impunha ao Estado o dever da viabilização da plena fruição, por todos os cidadãos, dos direitos fundamentais a que todos os seres humanos tem direito. Porquanto, coube a

Constituição de Weimar sistematizar, em seu texto, as disposições pertinentes aos direitos econômicos e sociais do indivíduo, bem como a maneira como se deve atuar o Estado na implementação de tais garantias<sup>1</sup>.

A importância de estudar essa Constituição Social, portanto, é que ela é o marco de uma nova fase do constitucionalismo, qual seja, constitucionalismo social que tem em seu núcleo a proteção e realização dos direitos fundamentais, fato que vai ser muito importante no Direito Internacional atual, principalmente quando relacionado ao *jus cogens* e a constitucionalização dos direitos humanos.

Parte da doutrina de Direito Humanitário considera como principais marcos iniciais do processo de internacionalização dos direitos humanos a Liga das Nações e a Organização Social do Trabalho (âmbito externo) e as Constituições Mexicana e de Weimar (âmbito interno).

Contudo, é apenas após a Segunda Guerra Mundial que os direitos humanos adquirem caráter de prioridade da sociedade internacional.

## **1.2 – Segunda Guerra Mundial e a virada Kantiana (Neoconstitucionalismo)**

A Segunda Guerra Mundial foi determinante para o pensamento do direito dos dias atuais. O processo de internacionalização e universalização dos direitos humanos inicia-se com o fim da guerra, em 1945.

Dentro desta ótica, a Segunda Guerra Mundial foi marcada por atrocidades sem precedentes e pelo emprego de meios de violação da dignidade da pessoa humana, pois aproveitava-se dos inúmeros avanços tecnológicos da época para fazer testes em seres humanos e massificar o assassinatos de pessoas em campos de concentração, fato que gerou prejuízos imensuráveis para toda a humanidade.

As crueldades cometidas contra os cidadãos pelos regimes totalitários não significaram apenas uma violência moral que chocou a consciência da humanidade, mas simbolizaram uma ameaça à paz e à estabilidade internacional.

---

“No nazismo, temos um fenômeno difícil de submeter-se à análise racional. Sob um líder que falava em tom apocalíptico de poder ou destruição mundiais, e um regime fundado numa ideologia absolutamente repulsiva de ódio racional, um dos países mais cultural e economicamente avançados da Europa planejou a guerra, lançou uma conflagração mundial que matou cerca de 50 milhões de pessoas, e perpetrou atrocidades – culminando no assassinato mecanizado em massa de milhões de judeus – de uma natureza e escala que desafiam a imaginação. Diante de Auschwitz, os poderes de explicação do historiador parecem devesa insignificantes”. Ian Kershaw (1993, pp. 3-4).

2

Portanto, em face de tamanhas atrocidades cometidas na Segunda Guerra Mundial, a comunidade internacional passou a reconhecer que a proteção dos direitos humanos constitui questão de legítimo interesse e preocupação internacional.

O valor da dignidade da pessoa humana, após 1945, foi imposto como núcleo básico e informador de todo o ordenamento jurídico, utilizado como critério e parâmetro de valoração; ou seja, houve uma retomada axiológica entre ética e direito em face ao positivismo jurídico.

Em outras palavras, segundo Flávia Piovesan, a primazia jurídica do valor da dignidade humana é resposta à profunda crise sofrida pelo positivismo jurídico, associada à derrota do fascismo na Itália e do nazismo na Alemanha. Dado que, esses movimentos políticos e militares ascenderam ao poder dentro do quadro da legalidade e promoveram a barbárie em nome da lei.

A legalidade e o positivismo mostraram-se insuficientes para as demandas da sociedade, o Direito abarca uma maior compreensão e vai muito mais além do que a norma positivada.

Segundo Hannah Arendt, em sua obra “Eichmann em Jerusalém”, a qual desenvolve a ideia da “banalidade do mal”, o positivismo e a legalidade estrita justificariam a crueldade cometida na guerra, fato que não traria maiores consequências aos responsáveis, pois estariam de acordo com a Constituição do

---

<sup>2</sup> Kershaw, 1993: Ian Kershaw, *The Nazi dictatorship: Perspectives of interpretation* (3ª ed., Londres, 1993).

Reich. A Autora relata que Eichmann considera-se culpado perante a Deus, mas não perante a lei; ou seja, não importaria a atribuição de valores éticos as suas ações.

Logo, observa-se que o positivismo não é suficiente para fundamentar o Direito, se o fosse, poderíamos ver repetir-se as atrocidades da Segunda Guerra desde que a “banalidade do mal” fosse prevista na constituição estatal.

Basta lembrar que os acusados no Tribunal Militar de Nuremberg alegaram em suas defesas o cumprimento da lei e a obediência das ordens proferidas pela autoridade competente para justificar os crimes cometidos, estariam protegidos pela legalidade estrita e positivismo, suas condutas não seriam legalmente reprováveis, apenas moralmente.

Contudo, percebe-se que, se o direito positivado não foi violado, alguma outra coisa além do direito foi, pois não seria possível admitir a validade de práticas que levaram a morte de milhões de pessoas. Com isso, passa-se a reconhecer que há aspectos externos ao direito que não podem ser ignorados.

Portanto, conforme explica a história, houve a necessidade do direito aproximar-se de valores, reaproximação da ética e do direito, reencontro com o pensamento kantiano e a moral, o que podemos chamar de “Virada Kantiana”.

Nesse contexto, ao final da Segunda Guerra Mundial, surge a crítica e o repúdio à legalidade estrita (formal) e o positivismo jurídico que são indiferentes a valores éticos.

No Pós-Guerra, no âmbito do Direito Constitucional Ocidental, são adotados, segundo André de Carvalho Ramos, textos constitucionais abertos a princípios de elevada carga axiológica sob o fundamento da dignidade da pessoa humana. Este fenômeno denomina-se Neoconstitucionalismo ou pós-positivismo, a constituição como valor em si.

O Neoconstitucionalismo preconiza a abertura da hermenêutica constitucional aos influxos da moralidade crítica sob o fundamento da dignidade da pessoa humana. O Direito deixa de ser pensado em um sistema fechado,

dentro de si mesmo, abrindo-se para receber influência da moralidade (virada kantiana).

A dignidade da pessoa humana para Hannah Arendt seria: “o direito a ter direitos”. Todas as pessoas sem qualquer restrição seriam sujeitos de direitos, cuja dignidade deve ser respeitada.

Isto posto, o Neoconstitucionalismo é reflexo da aproximação do direito com a moral por meio dos princípios.

O reencontro com o pensamento kantiano, conhecido como “Virada Kantiana”, liga-se a ideia de moralidade, dignidade direito cosmopolita e paz perpétua, segundo os ditames do imperativo categórico. Para Kant, as pessoas devem existir como um fim em si mesmo e não como um meio, ou seja, existe um valor intrínseco absoluto inerente a pessoa humana simplesmente por ser pessoa humana. Não poderia reduzir tudo a lógica mercadológica.

Assim, as pessoas não poderiam ser utilizadas como objetos, instrumentos, meramente meios, pois todas as pessoas tem um fim em si mesma.

A Constituição não pode ser entendida ignorando aspectos externos ao direito como valores morais. O Estado não é um fim em si mesmo, mas a pessoa humana é um fim em si mesma; logo, o fim do Estado é a pessoa humana (dignidade da pessoa humana). Se o direito posto pelo Estado violar valores essenciais do ser humano, ele não seria válido e nem legítimo.

É a partir deste momento que os direitos humanos, sob o fundamento da dignidade da pessoa humana, começaram a extrapolar os limites do Estado, transcendendo para todo o globo.

## **CAPÍTULO II – PODER CONSTITUINTE ORIGINÁRIO (PCO)**

Poder Constituinte é o poder político responsável por instaurar e legitimar uma Constituição no Estado Racional de Direito; portanto, para

entenderemos o constitucionalismo é mister a compreensão do seu poder instaurador, bem como as suas características na realidade prática internacional. Assim, percebemos que os conceitos de Estado, Constituição e Poder Constituinte estão interligados dialeticamente.

O Poder Constituinte, como o próprio nome indica, visa "constituir", "criar", "positivar", normas jurídicas de valor constitucional. Desta forma, confere legitimidade aos valores éticos, religiosos e culturais eleitos pelo povo como os mais importantes de determina sociedade, é a noção-chave de toda Teoria do Estado, atributo essencial da soberania. O objetivo fundamental do poder constituinte originário, portanto, é criar um novo Estado.

Manoel Gonçalves Ferreira Filho, em "Curso de Direito Constitucional" (2008, p. 22), conceitua o Poder Constituinte:

[...] Poder Constituinte é que estabelece a organização jurídica fundamental, é que estabelece o conjunto de regras jurídicas concernentes à forma do Estado, do governo, ao modo de aquisição e exercício do governo, ao estabelecimento de seus órgãos e aos limites de sua ação, bem como as referentes às bases do ordenamento econômico e social.

O poder e o direito devem ser vistos como fenômenos concomitantes, sendo indissociáveis, uma vez que a própria positivação do direito depende da existência de um poder. Apesar disso, não se confundem, é evidente que legitimidade (poder) é diferente de legalidade (direito).

Na relação entre poder e direito, podemos afirmar que um não é o outro, mas um é pelo outro. O poder só é legítimo pelo direito, bem como o direito só é direito pelo poder. Considerando em seu aspecto de fato social real, o direito é poder.

Logo, é inaceitável isolar o direito de outras variáveis sociais com fez Hans Kelsen, em "Teoria Pura do Direito". O Estado, bem como o direito, são necessariamente dinâmico.

José Joaquim Gomes Canotilho, em sua obra “Direito Constitucional e Teoria da Constituição”, admite o poder constituinte como uma questão de poder (p. 65):

“o poder constituinte se revela sempre como uma questão de ‘poder’, de ‘força’ ou de ‘autoridade’ política que está em condições de, numa determinada situação concreta, criar, garantir ou eliminar uma Constituição entendida como lei fundamental da comunidade política”.

Nelson Saldanha, em sua obra “O Poder Constituinte”, correlaciona o poder constituinte, poder político, constituição e Estado. (p. 68):

“O poder constituinte, uma vez que cria o poder político que dará ao ordenamento o seu direito positivo, é um poder criador de poder. Mas com isso ele tem de ser, no mundo moderno, uma força plenamente consciente, historicamente lúcida e responsável; as Constituições hoje não são mais formações espontâneas, mas obras reflexas. A Constituição corresponderá, como expressão e como molde, à realidade e à necessidade sociais da comunidade, na medida em que o poder constituinte seacompanhe ao grau de consciência histórica mais alto que aquele comportar.”

Cabe retomar a menção feita à Saldanha no Capítulo I: “A Constituição representa em suma um compromisso entre o direito e o Estado, é uma formação consciente do poder; Constituição como obra do Poder Constituinte Originário”.

A teoria do poder constituinte advém da superação do poder absoluto das monarquias de direito divino, ou seja, também é fruto das revoluções liberais burguesas do século XVIII.

Segundo Bonavides (2010), a teoria do poder constituinte é basicamente uma teoria da legitimidade do poder, pois surgiria quando uma nova forma de poder, contida nos conceitos básicos de soberania nacional e soberania popular tomam expressões jurídicas.

Todavia, não se pode confundir a teoria do poder constituinte com o próprio poder, pois o poder constituinte sempre houve em toda sociedade política, seja no modo de produção escravagista, feudal ou capitalista. A diferença é que a teoria do poder constituinte racionaliza o instituto, despersonalizando o poder

(alicerce de todo direito constitucional moderno), decorrente da necessidade do modo de produção capitalista com os ideais do iluminismo, conforme a Teoria da Dominação Racional de Max Weber, explicada no Capítulo I.

O Professor de Direito da Universidade de São Paulo (USP), Dalmo de Abreu Dallari, em sua obra “Elementos de Teoria Geral do Estado” (2013), aponta para a importância do estudo do poder como fenômeno social (p. 44):

“O problema do poder é considerado por muitos como o mais importante para qualquer estudo da organização e do funcionamento da sociedade, havendo mesmo quem o considere o núcleo de todos os estudos sociais. Na verdade, seja qual for a época da história da Humanidade ou o grupo humano que se queira conhecer, será sempre indispensável que se dê especial atenção ao fenômeno do poder.”

Para Paulo Bonavides, o poder constituinte sempre existiu e sempre existirá, pois é o ato de uma sociedade que estabelece os fundamentos de sua própria organização: meio/instrumento para estabelecer a Constituição, a forma de Estado, a organização e a estrutura da sociedade política com base na filosofia do poder (extrajurídico).

De acordo com Georges Burdeau, o poder não é uma força providencial surgida no meio do grupo, mas é uma encarnação do próprio grupo pois resume suas aspirações. É indispensável, para que se reconheça e mantenha a legitimidade, que haja convergência das aspirações do grupo e dos objetivos do poder. Em síntese, poder legítimo é o poder consentido.

Caso contrário, se não houver consentimento do povo, a manifestação do poder não será efetiva. Ainda, não se deve esquecer que a legitimidade de um ordenamento constitucional está condicionado por sua efetividade. Em síntese, o poder não legítimo é o poder não eficaz.

Dallari (2013, pg. 201):

“Da própria noção de Constituição, resultante da conjugação dos sentidos material e formal, decorre que o titular do poder constituinte é sempre o povo. É nele que se encontram os valores fundamentais que informam os comportamentos sociais, sendo, portanto ilegítima a

Constituição que reflete os valores e as aspirações de um indivíduo ou de um grupo e não do povo a que a Constituição se vincula. A Constituição autêntica será sempre um conjugação de valores individuais e valores sociais, que o próprio povo selecionou através da experiência.”

Já no século XVIII, Padre Emmanuel Joseph Sieyès abordou a problemática do titular do poder constituinte e afirmou: “todo poder emana do povo” (assim como está previsto no artigo 1º, § único, da Constituição Federal de 1988). Para Hegel, seria o espírito popular (*Volkgeist*). O povo seria, portanto, o titular do poder constituinte.

Paulo Bonavides, em sua obra “Curso de Direito Constitucional”, p. 148, explica o pensamento de Sieyès:

“O titular legítimo do poder constituinte seria unicamente a Nação. O poder constituinte serviria de expressão técnica ou meio instrumental com que fazer eficaz a vontade soberana da Nação, a única legítima para governar as coletividades humanas ou reger o destino dos povos.

A nação, segundo o entendimento clássico de Sieyès, jamais deixa o estado de natureza, visto que independe de leis, regras ou formas. Tem ela por conseguinte, enquanto titular do poder constituinte, o direito absoluto de mudar a Constituição. Com a Constituição é possível criar e organizar o Governo, produto do direito positivo; nunca porém a Nação, obra do direito natural.

As Constituições não podem assim vincular nem sujeitar a nação soberana, onde basicamente reside o poder constituinte, matriz de todos os poderes constituídos que, sem distinção, ‘emanam da vontade geral, vêm do povo ou seja da nação’.

Como noção política, o poder constituinte, qual o concebeu Sieyès, se confunde com a vontade da nação. É o poder que tudo pode.”

Nessa esteira, o titular do poder constituinte é o povo, denominado “cidadãos” (ideia de contrato social, Rousseau). Povo seria todos os nacionais em conformidade com o artigo 12 da Constituição Federal de 1988 (cidadania ampla), e não apenas aqueles que possuíssem título de eleitor (cidadania estrita).

Corroborando para essa tese, ensina Alexandre Moraes, em sua obra “Direito Constitucional” (2006): “o Poder Constituinte é a manifestação soberana da suprema vontade política de um povo, social e juridicamente organizado”.

Ainda, no mesmo sentido, Bonavides afirma que o poder constituinte, no aspecto político, só tem uma função: fazer com que o povo seja o sujeito da soberania.

Canotilho também concorda que o titular do poder constituinte é o povo (p. 75):

“poder constituinte significa, assim, poder constituinte do povo, e que deve ser concebido como um grandeza pluralística (Peter Häberle), ou seja, como uma pluralidade de forças culturais, sociais e políticas tais como partidos, grupos, igrejas, associações, personalidades, decisivamente influenciadoras da formação de ‘opiniões’, ‘vontades’, ‘correntes’, ou ‘sensibilidades’ políticas nos momentos pré-constituintes e nos procedimentos constituintes”.

Não cabe neste trabalho distinguir nação (Sieyès) e povo (Rousseau), são conceitos tomados como sinônimos.

Neste diapasão, as novas constituições só seriam legítimas, válidas e perfeitas após receberem a sanção do povo (ponto crítico da legitimidade, é necessário mais um requisito de ordem internacional: conformidade com *jus cogens* [legalidade]).

À essa razão, nesse estudo o mais relevante é a análise do Poder Constituinte Originário - PCO (poder essencialmente político e soberano), e não o Poder Constituinte Derivado (poder que encontra limites formais no próprio PCO, se subdivide em reformador e decorrente).

Na teoria de Sieyès, o poder constituinte seria inicial, autónomo e onipotente. É inicial porque não existe, antes dele, nem de fato nem de direito, qualquer outro poder. É nele que se situa, por excelência, a vontade do soberano (autoridade suprema). É um poder autónomo: a ele e só a ele compete decidir se, como e quando, deve elaborar uma constituição ao povo. É um poder

omnipotente, incondicionado: o poder constituinte não está subordinado a qualquer regra de forma ou de fundo.

No mesmo sentido, a doutrina tradicional e clássica defende que o Poder Constituinte Originário é caracterizado por ser ilimitado, incondicionado e inicial, seria a chamada “Teoria dos Três i’s”.

Segundo essa doutrina, o poder constituinte originário é: i) ilimitado por pressupor que não há qualquer restrição, seja por um direito anterior ou mesmo por um direito já existente, podendo a nova Constituição ser elaborada sob a égide de qualquer valor existente naquela sociedade (p.ex. Constituição Nazista Alemã); ii) é incondicionado por ser essencialmente soberano, ou seja, não é subordinado a qualquer outro ordenamento jurídico existente e; por fim, iii) é inicial porque é esse poder que inaugura uma nova ordem jurídica, uma Constituição, a qual vai dar origem a um novo Estado soberano. Assim, resta clara a conexão dialética entre Poder Constituinte, Constituição e Estado.

Sobre as características do poder constituinte originário, Pedro Lenza (2014) entende que são seis: i) inicial, ii) autônomo, iii) ilimitado juridicamente, iv) incondicionado e soberano na tomada de suas decisões, v) poder de fato e poder político, e vi) permanente.

Entretanto, até mesmo a doutrina tradicional admite que apesar do Poder Constituinte Originário ser ilimitado, terá que obedecer certas restrições sociais para se tornar legítimo, qual seja, estar em conformidade com a opinião popular (limitação social), i.e., no caso das Constituições Nazista e Fascista, respectivamente na Alemanha e na Itália, os valores por elas abarcados só se tornaram legítimos e possíveis porque estavam em conformidade com a maioria da opinião popular. Se assim não o fosse, o Estado, por não adquirir legitimidade, não teria uma Constituição eficaz e poderia sofrer um golpe de Estado.

Outro exemplo de que a legitimidade da Constituição está atrelada à opinião popular é da Venezuela, em 2002, quando era presidida por Hugo Chávez. Neste ano, o presidente, o popular Hugo Chávez, foi feito prisioneiro por parte dos militares do movimento anti-Chávez; tomando o poder a oposição liderada por Pedro Carmona. Todavia, Pedro Carmona não tinha o apoio popular

e nem de parte dos militares, o que fez tornar insustentável sua manutenção no poder. O povo foi às ruas aclamando a volta de Chávez no poder, fato que fez a referida “revolução” antichavista durar apenas dois dias, retornando Chávez no poder.<sup>3</sup>

No mesmo sentido, Nelson Saldanha (1986, p. 58) expõe em sua obra que dentro de todo poder constituinte haverá sempre uma relação de limitação e suportaç o rec procas, entre o fato e o poder, para dar efetividade e legitimidade   Constitui o.

Para Jos  Joaquim Gomes Canotilho no tocante a legitima o da constitui o, em “Direito Constitucional e Teoria da Constitui o”, p. 75:

“A constitui o n o se legitima atrav s da legalidade, pois n o   pelo simples facto de se considerar a lei constitucional como produto da vontade de um "legislador constituinte" legalmente instituído que deixa de colocar-se com acuidade a "justifica o" moral desse produto.”

“Modernamente, a ideia de legitimidade voltou a agitar-se quando se procurou fundamentar a validade de uma constitui o em termos que n o se reconduzissem nem  s ideias do legitimismo din stico nem   ideia de "legitimidade legal" (isto  , validade = positividade legal). A validade de uma constitui o pressup e a sua conformidade necess ria e substancial com os interesses, aspira es e valores de um determinado povo em determinado momento hist rico.

Desta forma, a constitui o n o representa uma simples positiva o do poder;   tamb m uma positiva o de "valores jur dicos". O crit rio da legitimidade do poder constituinte n o   a mera posse do poder, mas a concord ncia ou conformidade do ato constituinte com as "ideias de justi a" radicadas na comunidade. Poderia talvez dizer-se que o fundamento de validade da constitui o (= legitimidade)   a dignidade do seu reconhecimento como ordem justa (HABERMAS) e a convic o, por parte da coletividade, da sua ‘bondade intr nseca’.”

Paralelamente, Pedro Lenza, em sua obra “Direito Constitucional Esquemmatizado”, aborda se existe a possibilidade de limita o do Poder Constituinte Origin rio para as correntes naturalista e positivista (p. 214/215):

---

<sup>3</sup> Document rio “A Revolu o N o Ser  Televisada”, dirigido por Kim Bartley e Donnacha O’Briain. Irlanda: Power Picture, 2003.

“a corrente jusnaturalista para qual o poder constituinte originário não seria totalmente autônomo na medida que haveria uma limitação imposta: ao menos o respeito às normas de direito natural. Como o Brasil adotou a corrente positivista, o poder constituinte originário é totalmente ilimitado (do ponto de vista jurídico reforça-se), apresentando natureza pré-jurídica, uma energia ou força social, já que a ordem jurídica começa com ele e não antes dele. Assim, para o Brasil e os positivistas, nem mesmo o direito natural (por alguns denominado direito suprapositivo) limitaria a atuação do poder constituinte originário.

[...] esta ausência de vinculação, note-se bem, é apenas de caráter jurídico-positivo, significando apenas que o Poder Constituinte não está ligado, em seu exercício, por normas jurídicas anteriores. Não significa, porém, e nem poderia significar, que o Poder Constituinte seja um poder arbitrário, absoluto, que não conheça quaisquer limitações. Ao contrário, tanto quanto a soberania nacional, da qual é apenas expressão máxima e primeira, está o Poder Constituinte limitado pelos grandes princípios do Bem Comum, do Direito Natural, da Moral, da Razão. Todos estes grandes princípios, estas exigências ideais, que não são jurídico-positivas, devem ser respeitados pelo Poder Constituinte, para que este se exerça legitimamente. O Poder Constituinte deve acatar, aqui, ‘a voz do reino dos ideais promulgados pela consciência jurídica’, na bela expressão de Recaséns Siches”.

Desta forma, alguns autores reconhecem, ao menos, uma limitação extrajurídica (social/cultural) do poder constituinte originário. Contudo, o que pretende-se demonstrar é que o poder constituinte originário tem limite não apenas social/cultural, mas existe um limite jurídico expresso por normas imperativas de direito internacional, o “*jus cogens*”.

Destarte, o ponto nevrálgico desta monografia é justamente demonstrar que o Poder Constituinte Originário não é ilimitado e incondicional, pois, assim como demonstra Marcelo Neves, na atualidade, considerando o Transconstitucionalismo, é uma ingenuidade desconsiderar elementos e fatores externos, os quais condicionam o Poder Constituinte e, conseqüentemente, o Estado e sua Constituição.

Em síntese, o que defende-se nesta monografia é que o Poder Constituinte Originário é limitado não apenas pela a opinião popular/sanção do

povo (limitação social) para que haja uma legitimidade interna, mas também é limitado por normas jurídicas imperativas de direito internacional, *jus cogens* (limitação jurídica), produto do transconstitucionalismo e transcendência dos direitos humanos, para que haja uma legitimidade tanto interna quanto externa, fato que até o presente momento foi desconsiderado pela doutrina tradicional.

### **CAPÍTULO III – TRANCONSTITUCIONALISMO**

Para a elaboração deste capítulo, bem como o estudo deste tema, foi utilizada, como principal fonte de pesquisa, a obra do Professor Marcelo Neves, “Transconstitucionalismo”, a qual o autor aborda com maestria a matéria.

Parte-se do pressuposto da globalização como realidade prática, fenômeno que modificou como nos reproduzimos materialmente (globalização econômica) e como pensamos o direito (globalização cultural). Há a globalização do direito constitucional, o qual influencia e se deixa influenciar.

Neves, p. 83:

“Embora as Constituições estatais modernas já tenham surgido como mecanismos estruturais da racionalidade transversal entre direito e política, a semântica do constitucionalismo transversal somente tornou-se significativa em decorrência dos novos problemas com os quais a atual ordem internacional e as emergentes ordens supranacionais e transnacionais estão confrontadas cada vez mais intensamente. A esse respeito, podem ser designados como exemplares os âmbitos da política de segurança, do comércio mundial, do direito ambiental e dos direitos humanos. Nesse contexto, a Constituição estatal é posta, inicialmente, no segundo plano, mas em outros momentos, entrelaça-se novamente com as constelações internacionais, supranacionais e transnacionais.”

A globalização acentuou-se após Segunda Guerra Mundial com a divisão do globo entre americanos e soviéticos, houve disputa de influências dos demais Estados entre essas grandes potências. Este fenômeno “aproximou” mais os Estados e ultrapassou fronteiras.

A melhor abordagem quanto a globalização é feita por David Held e Anthony McGrew, em “Prós e Contras da Globalização”, problematiza e conceitua o fenômeno, p. 12/13:

“A globalização tem um aspecto inegavelmente material, na medida em que é possível identificar, por exemplo, fluxos de comércio, capital e pessoas em todo globo. Eles são facilitados por tipos diferentes de infraestrutura – física (transporte ou os sistemas bancários), normativa (como as regras do comércio) e a simbólica (a exemplo o inglês usado como língua franca) – que criam as condições para formas regularizadas e relativamente duradouras de interligação global. Em vez de falar de contatos ao acaso, a globalização se refere a esses padrões arraigados e duradouros de interligação mundial. Mas o conceito de globalização denota muito mais do que a ampliação de relações e atividades sociais atravessando regiões e fronteiras. É que ele sugere uma magnitude ou intensidade crescente de fluxos globais, de tal monta

que Estados e sociedade ficam cada vez mais enredados em sistemas mundiais e redes de interação. Em consequência disso, ocorrências e fenômenos menos distantes podem passar a ter sérios impactos internos, enquanto os acontecimentos locais podem gerar repercussões globais de peso.

[...]

Dito em termos simples, a globalização denota a escala crescente, a magnitude progressiva, a aceleração e o aprofundamento do impacto dos fluxos e padrões inter-regionais de interação social. Refere-se a uma mudança ou transformação na escala da organização social que liga comunidades distantes e amplia o alcance das relações de poder nas grandes regiões e continentes do mundo. Mas não deve ser entendida como algo que prenuncia o surgimento de uma sociedade mundial harmoniosa, ou de um processo universal de interação global em que haja uma convergência crescente de culturas e civilizações.”

Portanto, com o aumento da integração das relações sociais e a interdependência entre Estados, os problemas também ultrapassam fronteiras, tornam-se internacionais/transnacionais. Por exemplo, uma crise econômica ocorrida na China, pode ocasionar um crise global e reflexos em países muito distantes territorialmente, como, por exemplo, o Brasil.

A economia globalizada, além de exigir uma certa semelhança entre os Estados para formar contratos entre eles, depende de um direito transnacional, o qual nenhum legislador estatal pode elaborar.

Diante desta nova realidade, é insuficiente uma única ordem jurídica para tratar de todos os problemas transnacionais. Problemas jurídicos que perpassam os diversos tipos de ordens jurídicas exigem diversas ordens jurídicas para resolvê-los. Assim, o direito constitucional emancipa-se da sua base originária estatal, transcendendo-a.

O conceito de Constituição transversal não se confunde com transconstitucionalismo (mais abrangente, envolve ordens jurídicas multiníveis). Neves, p. 115:

“O conceito de Constituições transversais refere-se ao entrelaçamento entre o direito e a política ou, no caso das ‘Constituições civis’ da sociedade mundial, um sistema social. A questão reside na relação entre sistemas funcionais, concentrando-se nos limites e possibilidades de construção de uma racionalidade transversal mediante o aprendizado recíproco e intercâmbio criativo. Isso implica externalização e internalização de informações entre esferas sociais que desempenham funções diversas e se reproduzem primariamente com base em códigos binários de comunicação diferente.”

Transnacionalidade reside na noção de dimensões que ultrapassam as fronteiras do Estado (sentido amplo). Transconstitucionalismo tende ao envolvimento de duas ou mais ordens jurídicas, sejam de mesma espécie ou de espécies diversas.

O direito constitucional não se abdica do Estado nacional, mas vai mais além. Há um entrelaçamento de ordens estatais, internacionais, supranacionais, transnacionais em um sistema jurídico mundial de níveis múltiplos (multinível), o qual desenvolve o transconstitucionalismo.

Neste diapasão, o transconstitucionalismo é fundamental para a integração social da sociedade moderna, seria o resultado de uma racionalidade transversal pautada nos direitos humanos (dignidade, mínimo ético irreduzível). Não se propõe a prevalência automática de uma ordem jurídica sobre a outra, mas propõe-se um diálogo entre as ordens jurídicas.

Portanto, não se defende uma ordem política e jurídica unitária (Constituição Global), tendo em vista que a sociedade mundial é assimétrica e fragmentada no nível político, ou seja, é altamente heterogênea. Mas defende-se um diálogo/cooperação transnacional (entrelaçamento de diversas ordens jurídicas) para a solução de controvérsias transnacionais.

À vista disso, Neves p. 122 e 131:

“A fragmentação dos problemas constitucionais permaneceria desestruturada se cada ordem jurídica pretendesse enfrentá-los isoladamente a cada caso. Impõe-se, pois, um ‘diálogo’ ou uma ‘conversação’ transconstitucional. É evidente que o

transconstitucionalismo não é capaz de levar a uma unidade constitucional do sistema jurídico mundial. Mas ele parece que tem sido a única forma eficaz de dar e estruturar respostas adequadas aos problemas constitucionais que emergem fragmentariamente no contexto da sociedade mundial hodierna.”

“O transconstitucionalismo, como modelo de entrelaçamento que serve à racionalidade transversal entre ordens jurídicas diversas, abre-se a uma pluralidade de perspectivas para a solução de problemas constitucionais, melhor adequando-se às relações entre ordens jurídicas do sistema jurídico heterárquico da sociedade mundial.”

O transconstitucionalismo é uma alternativa para a solução de problemas transnacionais ao invés da força bélica, pois restou comprovada na Segunda Guerra Mundial a potencialidade do ser humano em destruir o mundo.

Considerando um sistema mundial de níveis múltiplos, o transconstitucionalismo apresenta-se como uma exigência funcional e normativa. Os entrelaçamentos transconstitucionais podem apresentar-se sempre que um problema jurídico constitucional seja-lhes relevante em um determinado caso.

O transconstitucionalismo é uma realidade prática e não há como negá-lo. No Brasil, até mesmo o Supremo Tribunal Federal reconhece ordens jurídicas diversas e exógenas para fundamentar e decidir determinados casos, segundo a exigência da transnacionalidade, como é o exemplo do *Habeas Corpus* nº 82.424/RS<sup>4</sup>, julgado em 17 de novembro de 2003.

O pleno do STF considerou a imprescritibilidade do crime de racismo, com base em ordens jurídicas diversas, envolvendo a publicação de livro com conteúdo antissemitico, o qual nega a existência do holocausto.

HABEAS-CORPUS. PUBLICAÇÃO DE LIVROS: ANTI-SEMITISMO. RACISMO. CRIME IMPRESCRITÍVEL. CONCEITUAÇÃO. ABRANGÊNCIA CONSTITUCIONAL. LIBERDADE DE EXPRESSÃO. LIMITES. ORDEM DENEGADA. 1. Escrever, editar, divulgar e comercializar livros "fazendo apologia de ideias preconceituosas e discriminatórias" contra a comunidade judaica (Lei 7716/89, artigo 20, na redação dada pela Lei 8081/90) constitui crime de racismo sujeito às cláusulas de

---

<sup>4</sup> <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=79052>

inafiançabilidade e imprescritibilidade (CF, artigo 5º, XLII). 2. Aplicação do princípio da prescritibilidade geral dos crimes: se os judeus não são uma raça, segue-se que contra eles não pode haver discriminação capaz de ensejar a exceção constitucional de imprescritibilidade. Inconsistência da premissa. 3. Raça humana. Subdivisão. Inexistência. Com a definição e o mapeamento do genoma humano, cientificamente não existem distinções entre os homens, seja pela segmentação da pele, formato dos olhos, altura, pêlos ou por quaisquer outras características físicas, visto que todos se qualificam como espécie humana. Não há diferenças biológicas entre os seres humanos. Na essência são todos iguais. 4. Raça e racismo. A divisão dos seres humanos em raças resulta de um processo de conteúdo meramente político-social. Desse pressuposto origina-se o racismo que, por sua vez, gera a discriminação e o preconceito segregacionista. 5. Fundamento do núcleo do pensamento do nacional-socialismo de que os judeus e os arianos formam raças distintas. Os primeiros seriam raça inferior, nefasta e infecta, características suficientes para justificar a segregação e o extermínio: inconciliabilidade com os padrões éticos e morais definidos na Carta Política do Brasil e do mundo contemporâneo, sob os quais se ergue e se harmoniza o estado democrático. Estigmas que por si só evidenciam crime de racismo. Concepção atentatória dos princípios nos quais se erige e se organiza a sociedade humana, baseada na respeitabilidade e dignidade do ser humano e de sua pacífica convivência no meio social. Condutas e evocações aéticas e imorais que implicam repulsiva ação estatal por se revestirem de densa intolerabilidade, de sorte a afrontar o ordenamento infraconstitucional e constitucional do País. 6. Adesão do Brasil a tratados e acordos multilaterais, que energicamente repudiam quaisquer discriminações raciais, aí compreendidas as distinções entre os homens por restrições ou preferências oriundas de raça, cor, credo, descendência ou origem nacional ou étnica, inspiradas na pretensa superioridade de um povo sobre outro, de que são exemplos a xenofobia, "negrofobia", "islamafobia" e o anti-semitismo. 7. A Constituição Federal de 1988 impôs aos agentes de delitos dessa natureza, pela gravidade e repulsividade da ofensa, a cláusula de imprescritibilidade, para que fique, ad perpetuum rei memoriam, verberado o repúdio e a abjeção da sociedade nacional à sua prática. 8. Racismo. Abrangência. Compatibilização dos conceitos etimológicos, etnológicos, sociológicos, antropológicos ou biológicos, de modo a construir a definição jurídico-constitucional do termo. Interpretação teleológica e sistêmica da Constituição Federal, conjugando fatores e

circunstâncias históricas, políticas e sociais que regeram sua formação e aplicação, a fim de obter-se o real sentido e alcance da norma. 9. Direito comparado. A exemplo do Brasil as legislações de países organizados sob a égide do estado moderno de direito democrático igualmente adotam em seu ordenamento legal punições para delitos que estimulem e propaguem segregação racial. Manifestações da Suprema Corte Norte-Americana, da Câmara dos Lordes da Inglaterra e da Corte de Apelação da Califórnia nos Estados Unidos que consagraram entendimento que aplicam sanções àqueles que transgridem as regras de boa convivência social com grupos humanos que simbolizem a prática de racismo. 10. A edição e publicação de obras escritas veiculando ideias anti-semitas, que buscam resgatar e dar credibilidade à concepção racial definida pelo regime nazista, negadoras e subversoras de fatos históricos incontroversos como o holocausto, consubstanciadas na pretensa inferioridade e desqualificação do povo judeu, equivalem à incitação ao discrimen com acentuado conteúdo racista, reforçadas pelas consequências históricas dos atos em que se baseiam. 11. Explícita conduta do agente responsável pelo agravo revelador de manifesto dolo, baseada na equivocada premissa de que os judeus não só são uma raça, mas, mais do que isso, um segmento racial atávica e geneticamente menor e pernicioso. 12. Discriminação que, no caso, se evidencia como deliberada e dirigida especificamente aos judeus, que configura ato ilícito de prática de racismo, com as consequências gravosas que o acompanham. 13. Liberdade de expressão. Garantia constitucional que não se tem como absoluta. Limites morais e jurídicos. O direito à livre expressão não pode abrigar, em sua abrangência, manifestações de conteúdo imoral que implicam ilicitude penal. 14. As liberdades públicas não são incondicionais, por isso devem ser exercidas de maneira harmônica, observados os limites definidos na própria Constituição Federal (CF, artigo 5º, § 2º, primeira parte). O preceito fundamental de liberdade de expressão não consagra o "direito à incitação ao racismo", dado que um direito individual não pode constituir-se em salvaguarda de condutas ilícitas, como sucede com os delitos contra a honra. Prevalência dos princípios da dignidade da pessoa humana e da igualdade jurídica. 15. "Existe um nexó estreito entre a imprescritibilidade, este tempo jurídico que se escoá sem encontrar termo, e a memória, apelo do passado à disposição dos vivos, triunfo da lembrança sobre o esquecimento". No estado de direito democrático devem ser intransigentemente respeitados os princípios que garantem a prevalência dos direitos humanos. Jamais podem se apagar

da memória dos povos que se pretendam justos os atos repulsivos do passado que permitiram e incentivaram o ódio entre iguais por motivos raciais de torpeza inominável. 16. A ausência de prescrição nos crimes de racismo justifica-se como alerta grave para as gerações de hoje e de amanhã, para que se impeça a reinstauração de velhos e ultrapassados conceitos que a consciência jurídica e histórica não mais admitem. Ordem denegada. (STF - HC: 82424 RS, Relator: MOREIRA ALVES, Data de Julgamento: 17/09/2003, Tribunal Pleno, Data de Publicação: DJ 19-03-2004)

A abertura dos constitucionalismos estatais para outras ordens jurídicas é o ponto de partida do transconstitucionalismo. Assim, renova-se o conceito de soberania.

Os direitos humanos estão estritamente ligados ao transconstitucionalismo, na medida que tornam-se um interesse que transcende as fronteiras (Neves, p. 256):

“A questão dos direitos humanos, que surgiu como um problema jurídico-constitucional no âmbito dos Estados, perpassa hoje todos os tipos de ordens jurídicas no sistema jurídico mundial de níveis múltiplos: ordens estatais, internacionais, supranacionais, transnacionais e locais. Constitui questão central do transconstitucionalismo.”

Em suma, o transconstitucionalismo muda a forma como pensamos o direito interno e externo, não há mais essa dicotomia tão evidente como no passado, da mesma forma que alterou o conceito de público e privado. Conhecer o transconstitucionalismo é reconhecer a interligação e a interdependência entre os Estados, fato que torna a cooperação jurídica internacional imprescindível. A partir do momento que não somos autossuficientes para suprir todas as necessidades, não somos autossuficientes para resolver todos os problemas, temos que considerar o outro. Com o auxílio mútuo, as diversas ordens jurídicas podem elucidar o problema, desde que estejam abertas para o diálogo.

Marcelo Neves conclui com brilhantismo a sua obra (p. 297/298):

“O transconstitucionalismo implica o reconhecimento de que as diversas ordens jurídicas entrelaçadas na solução de um problema-caso constitucional – a saber, de direitos fundamentais ou direitos humanos e

de organização legítima de poder –, que lhes seja concomitantemente relevante, devem buscar formas transversais de articulação para a solução do problema, cada uma delas observando a outra, para compreender os seus próprios limites e possibilidades de contribuir para solucioná-lo. [...]

Neste sentido, pode-se afirmar que o transconstitucionalismo implica o reconhecimento dos limites de observação de uma determinado ordem, que admite alternativa: *o ponto cego, o outro pode ver.*

Logo, ante o exposto, fica evidente que devemos repensar o conceito de soberania ilimitada. Como demonstrar-se-á no decorrer deste trabalho, o transconstitucionalismo e a transcendência dos direitos humanos convergem-se no instituto jurídico do *jus cogens*, o qual limita o poder constituinte originário para uma efetiva atuação em ordenamentos jurídicos multiníveis.

#### **CAPÍTULO IV – TRANSCENDÊNCIA DOS DIREITOS HUMANOS**

O movimento de transcendência de fronteiras, tal como a internacionalização dos direitos humanos, desenvolveu-se incisivamente a partir da Segunda Guerra Mundial. Como consequência, houve o aumento da interação entre direito interno (Constitucional) e direito internacional. Como Marcelo Neves

defende, o constitucionalismo passou a ser multinível, não se restringindo as meras fronteiras estatais, influenciando outros ordenamentos jurídicos em todo o globo.

Logo, como já foi exposto no decorrer deste trabalho, não cabe ignorar a realidade prática de interdependência entre direito interno e direito internacional, os quais não se relacionam de forma estaque, mas sim de forma dinâmica. Esta dinamicidade deve ser tomada de forma positiva, como um movimento mais eficaz para assegurar a proteção do ser humano.

Seguindo esta linha de raciocínio, os direitos humanos são referência estrutural para todo o constitucionalismo moderno mundial, condicionando o poder constituinte originário. Há uma nova ordem mundial pautada na “dignidade da pessoa humana”, a qual deve incidir em todos os ordenamentos jurídicos.

Flávia Piovesan, em sua obra “Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional”, traz a definição de direitos humanos para vários autores (p. 65):

Louis Henkin: “Direitos humanos constituem um termo de uso comum, mas não categoricamente definido. Esses direitos são concebidos de forma a incluir aquelas ‘reivindicações morais e políticas que, no consenso contemporâneo, todo ser humano tem ou deve ter perante sua sociedade ou governo’, reivindicações estas reconhecidas como ‘de direito’ e não apenas por amor, graça ou caridade”.

Antônio Enrique Pérez Luño: “Os direitos humanos surgem como um conjunto de faculdades e instituições que, em cada momento histórico, concretizam as exigências de dignidade, liberdade e igualdade humanas, as quais devem ser reconhecidas positivamente pelos ordenamentos jurídicos, nos planos nacional e internacional”

Villiers: “Os direitos fundamentais são centrais aos direitos e liberdades individuais e formam a base de um Estado Democrático. Os direitos fundamentais são considerados como essenciais ao processo democrático”.

Paulo Henrique Gonçalves Portela, em sua obra “Direito Internacional Público e Privado”, conceitua direitos humanos da seguinte forma (p. 801):

[...] os direitos humanos como aqueles direitos essenciais para que o ser humano seja tratado com a dignidade que lhe é inerente e aos quais fazem jus todos os membros da espécie humana, sem distinção de qualquer espécie.”

Já André de Carvalho Ramos, em sua obra “Curso de Direitos Humanos”, define direitos humanos como fundamento mais importante a dignidade da pessoa humana (p. 27):

“Os direitos humanos consistem em um conjunto de direitos considerado indispensável para uma vida humana pautada na liberdade, igualdade e dignidade. Os direitos humanos são direitos essenciais e indispensáveis à vida digna.

Não há um rol predeterminado desse conjunto mínimo de direitos essenciais a uma vida digna. As necessidades humanas variam e, de acordo com o contexto histórico de uma época, novas demandas sociais são traduzidas juridicamente e inseridas na lista de direitos humanos.”

Portanto, se há dificuldade em conceituar e numerar os direitos humanos, deve-se tomar como epicentro desses direitos a dignidade da pessoa humana. Dignidade como referência e diretriz dos direitos humanos, seria o núcleo desse direitos.

A raiz da palavra dignidade vem do latim *dignus*, que seria aquilo que possui honra, importância.

São Tomás de Aquino define dignidade humana como qualidade inerente a todos os seres humanos, que os separa dos demais seres e objetos. Pois, o homem (ser humano) seria imagem e semelhança de Deus, fato que por si só faz o homem merecer especial proteção em relação a outras espécies que abitam o mundo.

Para Kant, tudo teria um preço (fungível) ou dignidade (infungível). Assim, as coisas possuem preços, enquanto os indivíduos, que são bastante em si mesmo (fim), possuem dignidade. Assim, dignidade é aquilo que não tem equivalente, não é fungível/substituível, não tem preço. Por conseguinte, o ser humano tem o direito de ser respeitado pelos demais e também deve, reciprocamente, respeitá-los.

Data vênia, o autor que melhor conceitua dignidade humana é Ingo Wolfgang Sarlet, em sua obra “Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais” (p. 60) :

“A dignidade humana consiste na qualidade intrínseca e distintiva de cada ser humano, que o protege contra todo tratamento degradante e discriminação odiosa, bem como assegura condições materiais mínimas de sobrevivência. Consiste em atributo que todo indivíduo possui, inerente à sua condição humana, não importando qualquer outra condição referente à nacionalidade, opção política, orientação sexual, credo, etc.”

André de Carvalho Ramos ainda analisa a dignidade humana como um conceito polissêmico e aberto, cujo núcleo é o mínimo existencial, p. 75:

“Diferentemente do que ocorre com os direitos como liberdade, igualdade, entre outros, a dignidade humana não trata de um aspecto particular da existência, mas sim de uma qualidade inerente a todo ser humano, sendo um valor que identifica o ser humano como tal. Logo, o conceito de dignidade humana é polissêmico e aberto, em permanente processo de desenvolvimento e construção.

[...]

Na mesma linha, há aqueles que defendem que o núcleo essencial do princípio da dignidade da pessoa humana é composto pelo mínimo existencial, que consiste em um “conjunto de prestações materiais mínimas sem as quais se poderá afirmar que o indivíduo se encontra em situação de indignidade”. Para compor esse mínimo existencial indispensável à promoção da dignidade humana, é necessário, na lição de Barcellos, levar em consideração a implementação dos direitos à educação básica, à saúde, à assistência social e acesso à justiça (com prestação da assistência jurídica gratuita integral). Por sua vez, Maria Celina Bodin de Moraes assinala que o conteúdo da dignidade humana pode ser composto por quatro princípios: o da igualdade, integridade física e psíquica, liberdade e solidariedade.”

No entanto, considerando os direitos humanos como um conceito polissêmico e aberto, deve-se tomar cuidado para não subverter o instituto, utilizando-o como “coringa” e justificção para tudo, de forma a esvaziar o próprio conceito dos direitos humanos.

Neves, alerta e faz uma crítica de como o conceito de direitos humanos pode ser utilizado, pelas grandes potências e o Conselho de Segurança da ONU, como manobra hermenêutica para justificar intervenções a outros Estados que seriam injustificadas, p. 95/96:

“No plano de concretização e realização, observa-se que o Conselho de Segurança e as grandes potências recorrem à retórica dos direitos humanos principalmente para justificar a sua prática interventiva com relação a Estados mais fracos na constelação internacional de poder. Evidentemente, tal uso da força simbólica tem um caráter manipulativo e serve negativamente ao incremento da força normativa dos direitos humanos. A esse respeito, cabe levantar ‘a suspeita de que também os direitos humanos servem de pretexto para intervir em relações políticas que só podem ser resolvidas responsabilmente – seja democraticamente ou não – no plano nacional’. Referindo-se ao modelo das políticas intervencionistas, Koskenniemi salienta que ‘o imperialismo racional revelou ser uma fachada para o imperialismo cínico’. A propósito, caberia falar, um tanto paradoxalmente, de ‘imperialismo dos direitos humanos’.

Considerando esta crítica em relação aos direitos humanos, trata-se melhor no capítulo 6.1, que aborda o relativismo cultural e a importância do diálogo transnacional para a solução de controvérsias e respeito ao mínimo ético irreduzível.

Deve-se levar em consideração que os direitos humanos são contramajoritários, sua criação deu-se justamente em razão de proteção dos mais fracos (minorias, aqueles que não tinham voz, representatividade política). Assim, devemos respeitar também as minorias, sob pena de subverter o instituto e estabelecer uma ditadura das majorias. Por isso, tem que haver o diálogo, considerando o outro como um ser merecedor de dignidade e respeito.

A democracia sem o respeito dos direitos fundamentais/humanos e sem Estado de direito caracteriza-se como ditadura das majorias.

Além disso, Carvalho Ramos afirma que os direitos humanos possuem quatro características que determinam a importância desses direitos: i)

universalidade; ii) essencialidade; iii) superioridade normativa (preferenciabilidade); e iv) reciprocidade; explica (p. 28):

“A *universalidade* consiste no reconhecimento de que os direitos humanos são direitos de todos, combatendo a visão estamental de privilégios de uma casta de seres superiores. Por sua vez, a *essencialidade* implica que os direitos humanos apresentam valores indispensáveis e que todos devem protegê-los. Além disso, os direitos humanos são *superiores* a demais normas, não se admitindo o sacrifício de um direito essencial para atender as “razões de Estado”; logo, os direitos humanos representam *preferências* preestabelecidas que, diante de outras normas, devem prevalecer. Finalmente, a *reciprocidade* é fruto da teia de direitos que une toda a comunidade humana, tanto na titulariedade (são direito de todos) quanto na sujeição passiva: não há só o estabelecimento de deveres de proteção de direitos ao Estado e seus agentes públicos, mas também à coletividade como um todo. Essas quatro ideias tornam os direitos humanos como vetores de uma sociedade humana pautada na igualdade e ponderação de interesse de todos”.

Para Gonçalves Portela, são nove as características dos direitos humanos: i) universalidade; ii) inerência; iii) transnacionalidade; iv) historicidade e proibição do retrocesso; v) indisponibilidade, inalienabilidade; vi) imprescritibilidade; vii) indivisibilidade, interdependência e complementariedade; viii) primazia da norma mais favorável; ix) caráter não exaustivo das listas de fatores de discriminação. Dentre essas características, cabe destacar a transnacionalidade dos direitos humanos que é a independência de nacionalidade a incidência dos direitos humanos, ou seja, para os direitos humanos não há fronteiras.

Entretanto, os direitos humanos não foram considerados sempre desta forma, ganharam importância com o passar da história, em decorrência de movimentos e lutas sociais. Importante lembrar que a história desenvolve-se em movimentos espirais de avanços e retrocessos, e não de forma linear. O ponto mais relevante da história no tocante ao rompimento de paradigma quanto a importância e a transcendência dos direitos humanos é a Segunda Guerra Mundial.

Na mesma linha, Carvalho Ramos (p. 89):

“A barbárie do totalitarismo nazista gerou a ruptura do paradigma da proteção nacional dos direitos humanos, cuja insuficiência levou à negação do valor do ser humano como fonte essencial do direito. Para o nazismo, a titularidade de direitos dependia da origem racial ariana. Os demais indivíduos não mereciam a proteção do Estado. Os direitos humanos, então, não eram universais nem ofertados a todos.

Os números dessa ruptura dos direitos humanos são significativos: foram enviados aproximadamente 18 milhões de indivíduos a campos de concentração, gerando a morte de 11 milhões deles, sendo 6 milhões de judeus, além de inimigos políticos do regime, comunistas, homossexuais, pessoas com deficiência, ciganos e outros considerados descartáveis para a máquina de ódio nazista. Como sustenta Lafer, a ruptura trazida pela experiência totalitária do nazismo levou a inauguração do tudo é possível. Esse “tudo é possível” levou pessoas a serem tratadas, *de jure* e *de facto*, como supérfluas e descartáveis.

Esse legado nazista de exclusão exigiu a reconstrução dos direitos humanos após a Segunda Guerra Mundial, sob uma ótica diferenciada: a ótica da proteção universal, garantida, subsidiariamente e na falha do Estado, pelo próprio Direito Internacional dos Direitos Humanos.”

Esta transição de paradigma surge da necessidade de fomentar o diálogo entre ordem constitucional e a ordem internacional na convergência da proteção dos direitos humanos, resultando em um novo campo do direito: Direito Constitucional Internacional.

No capítulo 1.2, Segunda Guerra Mundial e a virada Kantiana (Neoconstitucionalismo), já foi exposto a importância que teve a guerra para humanização do direito internacional e a internacionalização dos direitos humanos, ressaltando a virada kantiana (primazia da pessoa humana, retomada axiológica).

Houve a expansão de organizações internacionais com propósitos de cooperação internacional, o exemplo mais claro disso é a criação da Organização das Nações Unidas (ONU), por meio da “Carta de São Francisco”, em 1945. A ONU substituiu a antiga Liga das Nações que foi criada após a Primeira Guerra

Mundial, pois o objetivo de manter a paz mundial não foi alcançado e resultou na Segunda Guerra.

Os objetivos da ONU são: promover a paz, a segurança internacional e a cooperação internacional para resolver problemas humanitários, econômicos, sociais e culturais, de forma que seja respeitado os direitos humanos (caráter prioritário) e liberdades fundamentais para todos, sem distinção de raça, sexo, nacionalidade ou religião.

Entretanto, a Carta da ONU não prescreveu o rol de direitos que seriam considerados essenciais e, conseqüentemente, que merecesse especial proteção. À vista disso, houve a necessidade de proclamar um documento que prescrevesse os direitos considerados essenciais, este documento foi elaborado em 10 de dezembro de 1948, a Declaração Universal dos Direitos Humanos.

Esta Declaração consolida uma ética universal, conforme defendia Kant, inclinando um código de atuação e de conduta para os Estados integrantes da comunidade internacional. Há o reconhecimento que todos os cidadãos não são apenas de determinado Estado, mas são “cidadão do mundo”, merecedores de respeito de forma a atingir a dignidade.

Nos trinta artigos da Declaração Universal dos Direitos Humanos<sup>5</sup> estão previstos os seguintes direitos: integridade física, igualdade, propriedade, liberdade de pensamento, consciência e religião, liberdade de expressão e de opinião, liberdade de reunião, segurança social, trabalho, livre escolha da profissão, educação, bem estar. Em caso de conflito entre esses direitos, deve haver a ponderação.

A Declaração Universal de 1948, apesar de não ter forma jurídica de tratado internacional, assume força jurídica obrigatória e vinculante, uma vez que constitui a interpretação autorizada dos direitos humanos, com fulcro nos seguintes artigos da Carta da ONU<sup>6</sup>:

Artigo 1. Os propósitos das Nações unidas são:

---

<sup>5</sup> <http://unesdoc.unesco.org/images/0013/001394/139423por.pdf>

<sup>6</sup> [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/1930-1949/d19841.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1930-1949/d19841.htm)

1. Manter a paz e a segurança internacionais e, para esse fim: tomar, coletivamente, medidas efetivas para evitar ameaças à paz e reprimir os atos de agressão ou outra qualquer ruptura da paz e chegar, por meios pacíficos e de conformidade com os princípios da justiça e do direito internacional, a um ajuste ou solução das controvérsias ou situações que possam levar a uma perturbação da paz;

2. Desenvolver relações amistosas entre as nações, baseadas no respeito ao princípio de igualdade de direitos e de autodeterminação dos povos, e tomar outras medidas apropriadas ao fortalecimento da paz universal;

3. Conseguir uma cooperação internacional para resolver os problemas internacionais de caráter econômico, social, cultural ou humanitário, e para promover e estimular o respeito aos direitos humanos e às liberdades fundamentais para todos, sem distinção de raça, sexo, língua ou religião; e

4. Ser um centro destinado a harmonizar a ação das nações para a consecução desses objetivos comuns.

Artigo 55. Com o fim de criar condições de estabilidade e bem estar, necessárias às relações pacíficas e amistosas entre as Nações, baseadas no respeito ao princípio da igualdade de direitos e da autodeterminação dos povos, as Nações Unidas favorecerão:

a) níveis mais altos de vida, trabalho efetivo e condições de progresso e desenvolvimento econômico e social;

b) a solução dos problemas internacionais econômicos, sociais, sanitários e conexos; a cooperação internacional, de caráter cultural e educacional; e

c) o respeito universal e efetivo dos direitos humanos e das liberdades fundamentais para todos, sem distinção de raça, sexo, língua ou religião.

Importante frisar que os direitos humanos não possuem rol taxativo, podendo ser ampliados no decorrer da história, o que não pode ocorrer é o retrocesso de direitos humanos (princípio da proibição do retrocesso, efeito *cliquet*), evitando uma volta ao tempo de desrespeito ao ser humano, pois em épocas de crise econômicas e políticas esses são os primeiros a serem suprimidos ou sofrerem certas restrições.

O valor da dignidade da pessoa humana passou a se impor como núcleo básico e informador de todo o ordenamento jurídico, como critério e parâmetro de valoração a orientar a interpretação e compreensão do sistema constitucional e internacional, representando uma nova centralidade do direito.

Esse novo epicentro axiológico também está expresso no nosso ordenamento jurídico, conforme se verifica no artigo 1º, inciso III, da Constituição Federal da República Federativa do Brasil de 1988:

Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:

I - a soberania;

II - a cidadania;

III - a dignidade da pessoa humana;

IV - os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa;

V - o pluralismo político.

Parágrafo único. Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição.

Já foi reconhecido pelo próprio Supremo Tribunal Federal (STF) o novo epicentro axiológico pautado no valor da dignidade da pessoa humana, conforme trecho do voto do Ministro Celso de Mello em julgamento de *Habeas Corpus* nº 87.595-8<sup>7</sup>:

“O eixo de atuação do direito internacional público contemporâneo passou a concentrar-se, também, na dimensão subjetiva da pessoa humana, cuja essencial dignidade veio a ser reconhecida, em sucessivas declarações e pactos internacionais, como valor fundante do ordenamento jurídico sobre o qual repousa o edifício institucional dos Estados nacionais” (HC 87.595-8, voto do Min. Celso de Mello, julgamento 12-3-2008).

---

7

[http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/Civel\\_Geral/mg\\_processo\\_civil/voto.pdf](http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/Civel_Geral/mg_processo_civil/voto.pdf)

Dentro desta ótica, o conceito de soberania dos Estados foi sendo reconfigurado, pois todos entes detentores de soberania devem respeitar, promover e proteger os direitos humanos, sendo uma característica de todo o Estado moderno.

Os direitos humanos não mais dependem do reconhecimento por parte de um Estado ou do vínculo da nacionalidade, uma vez que esses direitos detém caráter universal e transnacional.

Gonçalves Portela sintetiza bem os efeitos da transcendência e a importância dos direitos humanos no cenário atual (p. 819):

“A importância do Direito Internacional dos Direitos Humanos no atual cenário internacional parte da percepção de que a proteção da dignidade humana foi alcançada a interesse “comum superior” de todos os Estados e passou a ter caráter de valor que se reveste de primazia diante de outros bens jurídicos. Com isso, as normas internacionais de direitos humanos adquirem relevância tal que passam a constituir um verdadeiro “imperativo superior de proteção da pessoa”, com o qual devem se compreender todos os membros da sociedade internacional em caráter prioritário. Com isso, as normas internacionais de direitos humanos assumem status de prevalência, devendo ser aplicadas antes de qualquer outra, limitando a própria soberania nacional, e passando a ser incluídas dentre os preceitos de *jus cogens*”.

É muito importante esta citação de Gonçalves Portela para a compreensão deste trabalho, o autor sintetiza a limitação jurídica do poder constituinte originário pelo transconstitucionalismo e a transcendência dos direitos humanos, uma vez que admite a limitação da soberania nacional por normas imperativas de direitos internacional, o *jus cogens*, conforme será explicado melhor adiante.

O *jus cogens* representa a limitação jurídica do poder constituinte originário e a formalização internacional da imperatividade dos direitos humanos.

## **CAPÍTULO V – “JUS COGENS” (DIREITO COGENTE)**

O instituto jurídico do *jus cogens* representa a convergência do transconstitucionalismo e a transcendência dos direitos humanos, é a formalização destes dois fenômenos.

O *Jus Cogens* é questão central do direito internacional moderno e gera reflexos em todos outros ramos do direito. A origem do termo *jus cogens* surgiu no início do século XX, com Dionísio Anzilotti, em 1914 (Ronaldo Gallo, 2006 *apud* RAGAZZI, [200-?], p. 28). Entretanto, só foi aceita internacionalmente<sup>8</sup>

---

<sup>8</sup> ACCIOLY, H; SILVA, G.E.N; CASELLA, P.B. Manual de Direito Internacional Público, p. 947. Indica: Em vigor internacionalmente desde 1980.

na Convenção de Direitos e Tratados de Viena em 1969<sup>9</sup>, quase três décadas após a 2ª Guerra Mundial, e 50 anos após a Constituição de Weimar de 1919 (ver capítulo 1.1).

Em relação a origem da palavra, “*Jus*” do latim, consiste em “direito”, em sua fiel tradução, enquanto “*cogens*” consiste em “cogente”, portanto “direito cogente”; ou seja, são normas internacionais imperativas que possuem uma hierarquia diferenciada, as quais não são passíveis de derrogação, salvo por uma norma de mesma natureza (normas de *jus cogens* apenas podem ser revogada por outra norma de *jus cogens*).

Com o advento da globalização e a crescente relação de interdependência entre os países, ocorreu, conseqüentemente, a multiplicação de tratados de caráter global, fato que gerou a necessidade de universalização do direito internacional para que fosse reunidas condições mínimas para os Estados poderem contratarem com outros e haver segurança jurídica internacional, nem que para isso houve que flexibilizar alguns direitos ditos como naturais, tal qual a soberania dos Estados. Nesta seara, surge o conceito de *jus cogens*, como o mínimo de direitos que deve ser respeitado por todos os Estados do globo.

No mais, o conteúdo do *jus cogens*, apesar de ser de difícil precisão, não é indefinível; está assentado em valores fundamentais aos sujeito de direito internacional. Para que seja possível uma ordem pública internacional, é necessário uma cooperação entre todos os Estados, o *jus cogens* estabelece esse liame, é um instrumento/expressão jurídica-material desses valores, cuja característica é sua universalidade e imperatividade (obrigatoriedade *erga omnes*).

Decerto, sobretudo após a 2ª Guerra Mundial, diante do conflito entre direito interno e internacional, considerar a teoria dualista<sup>10</sup> como a mais razoável na atual conjuntura internacional é fechar os olhos para a realidade. Portanto, a

---

<sup>9</sup> O Governo brasileiro depositou o instrumento de ratificação da Convenção de Viena de 1969, junto à Secretaria-Geral das Nações Unidas, em 25 de setembro de 2009.

<sup>10</sup> Teoria Dualista (Heinrich Triepel): direito internacional e direito interno seriam dois sistemas distintos, independentes e separados, não se confundem e não há conflito entre eles, pois o direito internacional não criaria obrigações para o indivíduo, a não ser que suas normas se vissem transformadas em direito interno. *Informação obtida em aula proferida em agosto de 2012, na Faculdades de Campinas (FACAMP), em Campinas/SP.*

melhor forma de explicar e entender o fenômeno do Direito Internacional Moderno é considerar a teoria monista<sup>11</sup>, cuja fundamentação lastreia-se em normas de *jus cogens*, como a mais adequada; pois, direito interno e direito internacional são interligados dialeticamente com o todo, formam o conjunto, uma vez que as unidades jurídicas não são estanques.

João Grandino Rodas (A publicidade dos tratados internacionais, Pref. V. Marotta RANGEL, São Paulo: RT, 1980) conceitua direito cogente como:

“norma imperativa de direito internacional geral é uma norma aceita e reconhecida pela comunidade internacional dos Estados em seu conjunto, como norma da qual nenhuma derrogação é permitida e que só pode ser modificada por norma de direito internacional geral da mesma natureza”

Por isso que o *jus cogens* é questão central do direito internacional. Aceitá-lo é também, de certa forma, aceitar o direito consuetudinário e o direito natural em patamares mais elevados, como um princípio geral do direito internacional, independente da vontade dos Estados, fato que limita o poder constituinte originário, tal como a soberania nacional.

Neste íterim, ensina Aciolly, Silva e Casella (2012, p. 946): “O direito internacional geral seria o conjunto de princípios, derivados do costume internacional, e vincula todos os estados, independentem da expressão de consentimento destes.”.

Corroborando para o entendimento que as norma de *jus cogens* são essenciais para a política internacional, Salas (2007, p. 32) ensina:

“Resta evidente aos olhos de qualquer observador que, se são necessárias regras para o bom andamento da política internacional, estas não podem ficar ao sabor dos interesses representados pelas diferentes soberanias estatais, mas deverão obedecer a uma série de ideias e valores previamente estabelecidos, adotando uma característica de mínima universalidade. Eis o papel fundamental que desempenha o

---

<sup>11</sup> Teoria Monista: considera a existência de um ordenamento jurídico uno, o qual é composto por norma internas e externas e, no caso de conflito, a norma de direito internacional (Tratados) prevalece, pois é hierarquicamente superior. *Informação obtida em aula proferida em agosto de 2012, na Faculdades de Campinas (FACAMP), em Campinas/SP.*

Direito. É natural que, se internamente o Estado tenha procurado, com o tempo, submeter as diretrizes políticas à racionalidade jurídica, a fim de evitar os abusos de poder e permitir a participação do cidadão nas suas decisões, também proceda de forma semelhante a comunidade internacional, na medida em que os seus laços vão se estreitando mais e mais na quotidianidade das relações internacionais, sobretudo quando os bens que estão em jogo, muitas vezes, pertencem ao patrimônio comum da humanidade, como o são o meio ambiente e a dignidade da pessoa.”.

Superadas questões doutrinárias, a maior prova que o direito cogente internacional é uma realidade atual, é a materialização do Tratado de Viena de 1969. A presença do *jus cogens* está expressa na Convenção de Direitos e Tratados de Viena em 1969<sup>12</sup>, respectivamente, nos artigos 53, 64 e 71, senão, vejamos:

Tratado em Conflito com uma Norma Imperativa de Direito Internacional Geral (jus cogens)

**Artigo 53:** É nulo um tratado que, no momento de sua conclusão, conflite com uma norma imperativa de Direito Internacional geral. Para os fins da presente Convenção, uma norma imperativa de Direito Internacional geral é uma norma aceita e reconhecida pela comunidade internacional dos Estados como um todo, como norma da qual nenhuma derrogação é permitida e que só pode ser modificada por norma ulterior de Direito Internacional geral da mesma natureza.

Superveniência de uma Nova Norma Imperativa de Direito Internacional Geral (jus cogens)

**Artigo 64:** Se sobrevier uma nova norma imperativa de Direito Internacional geral, qualquer tratado existente que estiver em conflito com essa norma torna-se nulo e extingue-se.

Consequências da Nulidade de um Tratado em Conflito com uma Norma Imperativa de Direito Internacional Geral

**Artigo 71:**

---

<sup>12</sup> [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2007-2010/2009/decreto/d7030.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/decreto/d7030.htm)

1. No caso de um tratado nulo em virtude do artigo 53, as partes são obrigadas a: a) eliminar, na medida do possível, as consequências de qualquer ato praticado com base em uma disposição que esteja em conflito com a norma imperativa de Direito Internacional geral; e b) adaptar suas relações mútuas à norma imperativa do Direito Internacional geral.

2. Quando um tratado se torne nulo e seja extinto, nos termos do artigo 64, a extinção do tratado: a) libera as partes de qualquer obrigação de continuar a cumprir o tratado; b) não prejudica qualquer direito, obrigação ou situação jurídica das partes, criados pela execução do tratado, antes de sua extinção; entretanto, esses direitos, obrigações ou situações só podem ser mantidos posteriormente, na medida em que sua manutenção não entre em conflito com a nova norma imperativa de Direito Internacional geral.

Nesse diapasão, o *jus cogens* é o ponto mais alto da hierarquia normativa racional, é como se o imperativo categórico de Kant, tivesse tomado bases concretas e se tornado uma realidade normativa que delimita a licitude das condutas estatais, pois essas normas internacionais inderrogáveis exprimem valores éticos, que só se podem impor força imperativa se forem absolutos e universais.

Segundo Neves, p. 90/91:

“E no que se refere ao direito constitucional em sentido formal a ênfase é dada ao princípio do *jus cogens*, nos termos expressos do art. 53 da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados (1969), e à decisão definidora das obrigações *erga omnes* no julgamento do caso *Barcelona-Traction*<sup>13</sup> pela corte Internacional de Justiça, 1970, que acrescenta uma verticalidade parcial no sistema horizontal do direito internacional público, O caráter cogente é atribuído sobretudo à proibição de uso da força, à proibição do genocídio e a um núcleo dos direitos humanos. No caso das obrigações *erga omnes*, as partes que pactuam em tratados e convenções não se vinculam apenas entre si, mas ficam obrigadas

---

<sup>13</sup> [http://www.cedin.com.br/wp-content/uploads/2014/05/casos-conteciosos\\_1962.pdf](http://www.cedin.com.br/wp-content/uploads/2014/05/casos-conteciosos_1962.pdf) Este julgado, Barcelona Traction, foi um dos primeiros precedentes em que a Corte Internacional de Justiça (CIJ) utilizou o conceito de obrigações *erga omnes* (obrigações internacionais que abrangem todos os Estados, independentemente de previsão convencional).

perante toda e qualquer pessoa ou organização que venham a enquadrar-se na hipótese de incidência da norma proteção respectiva. Trata-se de uma estrutura complexa, na qual se pode observar a presença de problemas cujo enfrentamento ensejou o surgimento do Estado moderno: controle do poder e afirmação dos direitos humanos.”

Normas de *jus cogens* tem como preceito proteger a dignidade da pessoa humana, direito entendido como fundamental e considerado de grande importância desde o advento da Constituição de Weimar de 1919. Todo o desenvolvimento dos direitos humanos também são tidos como inderrogáveis (p.ex. direito à vida, personalidade jurídica, nome, proteção à família, direito das crianças, direitos políticos, direito à nacionalidade).

Logo, os direitos humanos estão contidos no conceito de *jus cogens*.

Segundo Aciolly, Silva e Casella (2012, p. 948), são outras normas apontadas como integrantes de *jus cogens*, em rol exemplificativo: o princípio de autodeterminação dos povos, a igualdade jurídica dos estados, o princípio da não intervenção, os princípios que regulam a liberdade dos mares, regras sobre proibição do uso da força, regras sobre genocídio, tortura, princípio da não discriminação racial, liberdade de consciência e religião, proibição do comércio de escravos e pirataria.

O descumprimento de norma internacional cogente acarreta crime internacional e a responsabilidade internacional do estado que as violou. O rol das normas imperativas de direito internacional, que obrigam todos os estados, possuem eficácia normativa *erga omnes*, e não são, portanto, passíveis de derrogação, mesmo em situações excepcionais vividas pelo Estado.

Assim, muitas vezes, o *jus cogens* são incorporados como cláusulas pétreas em uma constituição, fato que nem mesmo no caso de guerra externa ou calamidade pública respectivos direitos podem ser suprimidos, o que demonstra a sua grande importância e relevância de uma norma de hierarquia diferenciada.

Segundo alguns autores (Batista, 1997)<sup>14</sup>, normas de *jus cogens* emprestam legitimidade e validade a todas as outras normas de Direito Internacional e Interno (Constituição), funcionam como um verdadeiro controle de legalidade supranacional.

Em outras palavras, segundo Piovesan, é como se o Direito Internacional fosse transformado em parâmetro de validade das próprias Constituições nacionais, cujas normas passam a ser consideradas nulas se violadoras de *jus cogens*.

Desta feita, existiria a possibilidade de uma norma constitucional, ainda que oriunda do poder constituinte originário, ser inconstitucional por ser contrária ao *jus cogens* e por violar valores de ordem internacional suprapositivos. Tal afirmação, vai em certa medida de encontro com a tese de Otto Bachof, em sua obra "Normas Constitucionais Inconstitucionais?", e em desencontro com a decisão do STF no julgamento da ADI nº 815<sup>15</sup>.

Por fim, conclui-se que as normas imperativas de direito internacional geral são a expressão das exigências de ordem moral, econômica, política e jurídica indispensáveis à própria existência da sociedade internacional, bem como de um sistema jurídico internacional (Toledo, 2006).

---

<sup>14</sup> TOLEDO *apud* BATISTA, Eduardo Correia. **Ius Cogens em Direito Internacional**. Dissertação (Mestrado), Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, Portugal. Lisboa, 1995.

<sup>15</sup> <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=266547>

Ementa - Ação direta de inconstitucionalidade. Parágrafos 1º e 2º do artigo 45 da Constituição Federal. - A tese de que há hierarquia entre normas constitucionais originárias dando azo à declaração de inconstitucionalidade de umas em face de outras e impossível com o sistema de Constituição rígida. - Na atual Carta Magna "compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição" (artigo 102, "caput"), o que implica dizer que essa jurisdição lhe é atribuída para impedir que se desrespeite a Constituição como um todo, e não para, com relação a ela, exercer o papel de fiscal do Poder Constituinte originário, a fim de verificar se este teria, ou não, violado os princípios de direito suprapositivo que ele próprio havia incluído no texto da mesma Constituição. - Por outro lado, as cláusulas pétreas não podem ser invocadas para sustentação da tese da inconstitucionalidade de normas constitucionais inferiores em face de normas constitucionais superiores, porquanto a Constituição as prevê apenas como limites ao Poder Constituinte derivado ao rever ou ao emendar a Constituição elaborada pelo Poder Constituinte originário, e não como abarcando normas cuja observância se impõe ao próprio Poder Constituinte originário com relação as outras que não sejam consideradas como cláusulas pétreas, e, portanto, possam ser emendadas. Ação não conhecida por impossibilidade jurídica do pedido. (STF - ADI: 815 DF, Relator: Min. MOREIRA ALVES, Data de Julgamento: 28/03/1996, Tribunal Pleno, Data de Publicação: DJ 10-05-1996)

Desta forma, o *jus cogens* representa a formalização jurídica do transconstitucionalismo e transcendência dos direitos humanos, limitando juridicamente o poder constituinte originário e soberania nacional em seu conceito clássico.

## **CAPÍTULO VI – NOVO CONCEITO DE SOBERANIA**

Soberania é uma característica exclusiva do Estado (elemento constitutivo), tida como superioridade (aspecto externo). Soberania é a supremacia do poder estatal, é o poder de dizer o direito em última instância (aspecto interno). Soberania é o poder de impor a vontade de um povo em uma

ordem jurídica, logo soberania é a materialização externa do poder constituinte originário.

Em outras palavras, a materialização da soberania incide na atuação do poder constituinte originário, ou seja, é o PCO que define o conteúdo da soberania, fato que demonstra o forte vínculo entre esses dois conceitos.

Segundo Baracho (1987, p. 15), a soberania está numa relação direta e sem interrupção com o originário, acompanhada de poder e autoridade.

Entretanto, é importante salientar que soberania e poder não se confundem, apesar de serem círculos coincidentes, i.e., uma realidade só. Soberania e poder convertem-se um no outro. Para Gallo (2006, p. 38):

“(..) a Soberania é soberania, ou seja, é supremacia radical, ausência de superior, etc., porque é Poder, Autoridade, unidade que reduz todo o resto (toda a pluralidade) a si; e por sua vez o Poder, ou seja vínculo unificador do plural e do particular, porque é Soberania, porque é supremo, último, sem nada acima de si. Por consequência, Poder e Soberania constituem uma mesma coisa e esta última, em lugar de ser uma qualidade ou atributo daquele, confunde-se com ele, quando corretamente apreendida na sua substância.”

Destarte, Paulo Dourado de Gusmão (1992, p. 367) conceitua soberania como:

“o poder supremo e originário de governar e organizar juridicamente a vida de um povo, em um território sem a ingerência de outro poder, ou de outro Estado ou de outra ordem jurídica. É, assim, poder originário, que não provém de ordem jurídica alguma ou de outro poder. (...) Assim, é o poder originário de impor a um povo em um território uma ordem jurídica e um governo”.

A soberania em seu sentido jurídico, surgiu apenas com o advento o Estado Moderno, quando reconheceu a existência de outros estados igualmente soberanos. Assim como no poder constituinte originário, o titular da soberania é o povo, não podia ser diferente, uma vez demonstrada a conexão entre poder constituinte originário e soberania.

Do ponto de vista interno, a soberania é a essência do ordenamento estatal (autonomia legislativa), enquanto do ponto de vista externo é a expressão da vontade do Estado. Em suma, de forma bem simplificada, soberania é o poder do Estado em agir de maneira que melhor lhe convir (independência), não sendo limitada pela soberania de outro estado, considerando o princípio da igualdade jurídica dos estados, pois, em tese, nenhum estado é mais soberano que o outro, porém, na prática, podemos observar que o poder econômico relativiza esse princípio.

Segundo Dallari, soberania é um dos elementos constitutivos do Estado. Portanto, onde houver estado haverá pois soberania.

Ainda, outro aspecto importante no tocante à soberania é a relação intrínseca do Estado com a autodeterminação dos povos<sup>16</sup>, que é um princípio informador do próprio regramento jurídico das relações entre Estados soberanos, bem como é o que estabelece o reconhecimento internacional do próprio Estado (p.ex. caso Kosovo). Há um paradoxo nessa relação, pois na medida que a autodeterminação dos povos é a gênese de um Estado soberano, a própria soberania é limitada pelo princípio da autodeterminação dos povos, que é considerada norma de *jus cogens*. A soberania, portanto, não pode ser utilizada como escopo para suprimir esse direito.

Dessa forma, alguns autores não reconhecem normas imperativas de direito internacional geral (*jus cogens*), pois entendem que essas normas são uma afronta à soberania de cada país, enfraquecendo-o no cenário internacional.

Entretanto, este não o melhor entendimento, porque a soberania limitada, que seria o novo conceito de soberania, é um fenômeno jurídico do próprio instituto, é uma característica presente em todos os Estados soberanos moderno. Por fim, não há um enfraquecimento do Estado no cenário

---

<sup>16</sup> “O direito de autodeterminação dos povos pode ser definido como o direito natural que os povos possuem de decidirem livremente sua condição política e promoverem livremente seu desenvolvimento econômico, social e cultural. (...) Pode ser resumida tal definição se encararmos o direito de autodeterminação como o direito que possuem os povos de escolherem livremente seu destino. Pode ser ampliada se considerarmos que o direito de autodeterminação é o direito fundamental que possuem inatamente os agrupamentos humanos de disporem de si mesmos e dos territórios onde se organizarem politicamente, tanto escolhendo seus governantes, seu regime político e sua política externa, como promovendo seu desenvolvimento econômico, social e cultural, sem qualquer espécie de intromissão de outros povos” (SCHLEE, 1965, p. 134-135).

internacional, já que para todos os Estados são impostos os mesmo limites (todos tem as mesmas características).

Nesse sentido, cumpre fazer uma analogia quanto a propriedade. Não é porque modernamente temos um novo conceito de propriedade, qual seja, a função social da propriedade que a propriedade deixa de ser propriedade. Hoje, a propriedade não é ilimitada, deve cumprir uma função social, mas continua sendo propriedade. Da mesma forma a soberania, não é porque hoje temos um novo conceito de soberania, qual seja, a limitação da soberania pelo transconstitucionalismo e transcendência dos direitos humanos representados pelo instituto jurídico do *jus cogens*, que a soberania deixa de ser soberania. A soberania não deixa de existir, porém existe com um novo conceito.

Considerando os direitos humanos como novo epicentro axiológico no cenário internacional e interno, emerge a necessidade de delinear limites à noção tradicional de soberania.

Segundo Piovesan, há uma flexibilização a noção tradicional de soberania, tendo que todo Estado Soberano respeitar o *jus cogens*, conceito que abrange os direitos humanos, p. 71:

“ [...] os tratados internacionais voltados à proteção dos direitos humanos, ao mesmo tempo que afirmam a personalidade internacional dos indivíduos e endossam a concepção universal dos direitos humanos, acarretam aos Estados que os ratificam obrigações no plano internacional. Com efeito, se, no exercício da soberania, os Estados aceitam as obrigações jurídicas decorrentes dos tratados de direitos humanos, passam então a se submeter à autoridade das instituições internacionais, no que se refere à tutela e fiscalização desses direitos em seu território. Sob esse prisma, a violação de direitos humanos constantes dos tratados, por significar desrespeito a obrigações internacionais, é matéria de legítimo e autêntico interesse internacional, o que vem a flexibilizar a noção tradicional de soberania nacional.”

Em suma, apesar da soberania do Estado não ser limitada pela soberania de outro Estado, ao menos em tese, esta soberania é limitada por normas de *jus cogens* (novo conceito de soberania).

Como restou demonstrado, o poder constituinte originário e soberania são alcançados pela mesma linha de raciocínio, portanto se há a limitação de um, também há a limitação do outro.

Neste sentido, o poder constituinte originário, ao contrário do que afirma a doutrina tradicional, não é ilimitado nem incondicionado, é apenas inicial. Afinal, é em função das limitações que se impõem à soberania dos Estados que se constrói o direito internacional.

Nesta linha de raciocínio, Gallo (parte II, p. 32, 2006) explica que uma nação, porque soberana, não pode fazer o que bem lhe aprouver, ainda que esteja em conformidade com a opinião popular no seu atual momento de desenvolvimento, pois é fundamental que se respeite as normas imperativas de direito internacional geral; ou seja, um país soberano não pode, por meio do seu poder constituinte originário, elaborar/promulgar sua constituição federal com normas contrárias ao *jus cogens*, ainda que advinda de forte tradição religiosa, sob pena de nulidade. Por isso, é que se afirma que o *jus cogens* limita o poder constituinte originário, bem como a soberania.

A título de exemplo dessa premissa, tomamos por base a Constituição Nazista Alemã, a qual permitia o genocídio dos judeus em seu texto. Atualmente, levando-se em conta a evolução do direito internacional, a Constituição Nazista seria considerada nula por infringir norma de *jus cogens* (vedação ao genocídio), ainda que o povo alemão esteja em conformidade com esse valor. Especificadamente neste exemplo, o Estado, por promover o genocídio, seria julgado pelo Tribunal Penal Internacional.

Outro exemplo, seria nula a constituição ou tratado que promovesse a escravidão ou *apartheid* em seu corpo jurídico, pois estaria em conflito com norma imperativa de direito internacional geral, consoante o disposto no artigo 53 da Convenção de Direitos e Tratados de Viena de 1969.

No tocante a responsabilidade internacional do Estado, o desrespeito ao *jus cogens* acarreta a nulidade, todavia a exemplo da prática de genocídio e tortura, a consequência apenas no plano da nulidade não é uma resposta

satisfatória ao ilícito praticado, é preciso recorrer a responsabilidade internacional (Andrade, 2007).

Existe um Projeto da Comissão de Direito Internacional das Nações Unidas sobre a Responsabilidade Internacional dos Estados que regula a violação das obrigações de normas de *jus cogens*, Capítulo III, artigos 40 e 41<sup>17</sup>, que, em suma, tutela pela cooperação jurídica entre os Estados para fazer cessar a violação através dos meios legais (dever de cooperar).

Dessa maneira, não é imposta uma obrigação ao Estado faltoso, mas apenas aos demais outros Estados que devem cooperar entre si para fazer cessar a violação, fato que demonstra, mais uma vez, que a soberania do Estado é limitada pelo direito internacional.

Para H. Thierry<sup>18</sup>, existem três princípios limitadores da soberania, dentre os quais afloram as norma imperativas de direito internacional geral: i) proibição da agressão e do uso unilateral da força armada nas relações internacionais (princípio decorrente da Doutrina Drago), pois toda guerra ou ameaça de guerra interessa a toda sociedade, que deve buscar a paz entre as nações; ii) direito de autodeterminação dos povos, que é um direito decorrente da evolução democrática, o qual ganha repercussão com os movimentos de descolonização no pós guerra; iii) respeito aos direitos humanos (dignidade da pessoa humana), que tutela pela proteção internacional das minorias (este é o

---

<sup>17</sup> Projeto da Comissão de Direito Internacional das Nações Unidas sobre responsabilidade Internacional dos Estados. Capítulo III - violações graves de obrigações decorrentes de normas imperativas de direito internacional geral

Art. 40. Aplicação deste Capítulo

1. Este Capítulo se aplica à responsabilidade que é acarretada por uma violação grave por um Estado de uma obrigação decorrente de uma norma imperativa de Direito Internacional geral.

2. Uma violação de tal obrigação é grave se envolve o descumprimento flagrante ou sistemático da obrigação pelo Estado responsável.

Art. 41. Conseqüências particulares da violação grave de uma obrigação consoante este Capítulo

1. Os Estados deverão cooperar para pôr fim, por meios legais, a toda violação grave no sentido atribuído no artigo 40.

2. Nenhum Estado reconhecerá como lícita uma situação criada por uma violação grave no sentido atribuído no artigo 40 nem prestará auxílio ou assistência para manutenção daquela situação.

3. Este artigo não prejudica as demais conseqüências referidas nesta Parte bem como outras conseqüências que uma violação a qual se aplique este Capítulo possa acarretar, de acordo com o Direito Internacional.

<sup>18</sup> ACCIOLY, H; SILVA, G.E.N; CASELLA, P.B (2012) *apud* Thierry, H. Les résolutions des organes internationaux dans la jurisprudence de la Cour internationale de justice (RCADI, 1980-II, t. 167, p.385-450).

ponto mais controvertido e polêmico do direito cogente, pois entra em confronto com o relativismo cultural).

Assim, nem a soberania, tampouco o poder constituinte originário, podem ser utilizados como armadura ou escopo para a violação do *jus cogens*, considerando o transtitucionalismo e a transcendência dos direitos humanos.

Concluindo, não há mal algum que a soberania e o poder constituinte originário sejam limitado pelo *jus cogens*, isso não é prejudicial ao Estado, mas uma vitória para toda a sociedade, reforça a proteção da dignidade da pessoa humana. Essa limitação impede que o Estado avance, indiscriminadamente, sobre preceitos fundamentais para toda a sociedade internacional, fato que possibilita afirmar que o instituto do *jus cogens* é uma evolução do conceito de soberania, mutação necessária para se adequar ao ideal de civilização que buscamos.

## 6.1 – Relativismo Cultural

Por tudo já apresentado, resta clara a ligação tênue do *jus cogens* com os direitos humanos, apesar daquele não se reduzir a este, os dois institutos tem o mesmo propósito (ao menos formalmente): conduzir a humanidade a uma convivência harmônica, fundada na paz e fraternidade (Toledo, 2006, pg. 74).

A Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948 é uma expressão dos valores básicos da sociedade internacional, constituindo, em norma de *jus cogens*, cujas características são a universalidade e imperatividade, limitando a soberania e o poder constituinte originário. Contudo, o que ainda se discute, que é matéria bastante polêmica, é a universalidade do direito humanos em face ao relativismo cultural.

A noção de universalidade dos direitos humanos não é unânime, apesar de ser a maior parte da doutrina. Os que se opõem ao universalismo defendem o relativismo cultural.

Os doutrinadores que defendem o relativismo cultural, proclamam que os direitos humanos, bem como o *jus cogens*, possuem abrangência relativa em função das especificidades culturais de cada comunidade. Essa característica universal seria apenas uma imposição dos valores ocidentais aos orientais (“canibalismo cultural”), fato que viola tanto a soberania dos Estados quanto o princípio de autodeterminação dos povos. Por isso, o relativismo cultural tem a tendência de enrijecer a soberania.

Piovesan, p.221/222:

“Para os relativistas, a noção de direito está estritamente relacionada ao sistema político, econômico, cultural, social e moral vigente em determinada sociedade. Sob esse prisma, cada cultura possui seu próprio discurso acerca dos direitos fundamentais, que está relacionado às específicas circunstâncias culturais e históricas de cada sociedade. Nesse sentido, acreditam os relativistas, o pluralismo cultural impede a formação de uma moral universal, tornando-se necessário que se respeitem as diferenças culturais apresentadas por cada sociedade, bem como seu peculiar sistema moral.”

Ainda, p. 224:

“Na análise dos relativistas, a pretensão de universalidade desses instrumentos simboliza a arrogância do imperialismo cultural do mundo ocidental, que tenta universalizar suas próprias crenças. A noção universal de direitos humanos é identificada como uma noção construída pelo modelo ocidental. O universalismo induz, nessa visão, à destruição da diversidade cultural.”

Dessa forma, explica Gallo (parte II, p. 27, 2006) que em países de tradição mulçumana, como a Somália, torna-se legítima a violência contra as mulheres, que são as únicas que podem cometer o crime de adultério (crime conceitualmente feminino, já que os homens possuem autorização legal para manter vários casamentos), cuja pena é a morte. As mulheres adúlteras são enterradas vivas na areia com a cabeça de fora e apedrejadas até a morte pela população.

Diante desse exemplo, na atual conjuntura em que vivemos, torna-se irrazoável defender o relativismo cultural, o qual exalta a soberania ilimitada em face ao respeito mínimo da dignidade da pessoa humana.

A doutrina universalista entende que o relativismo cultural seria uma maneira de justificar violações dos direitos humanos. Desta forma, com base no sofisticado argumento do relativismo cultural, os Estados violadores dos direitos humanos ficariam imunes ao controle da comunidade internacional.

O universalismo é expressamente previsto na Declaração de Viena de 1993, porém também se reconhece a importância cultural de cada sociedade; ou seja, acolheu-se internacionalmente a corrente do forte universalismo ou fraco relativismo cultural<sup>19</sup>:

5. Todos os direitos humanos são universais, indivisíveis interdependentes e inter-relacionados. A comunidade internacional deve tratar os direitos humanos de forma global, justa e equitativa, em pé de igualdade e com a mesma ênfase. Embora particularidades nacionais e regionais devam ser levadas em consideração, assim como diversos contextos históricos, culturais e religiosos, é dever dos Estados promover e proteger todos os direitos humanos e liberdades fundamentais, sejam quais forem seus sistemas políticos, econômicos e culturais.

Ante esta citação, é possível afirmar que a universalidade dos direitos humanos não se impõe de forma “ditatorial”, mas sim considerando o relativismo cultural como uma forma multicultural de direitos humanos, diálogo transnacional entre as culturas buscando um consenso em torno dos direitos. O que não é possível flexibilizar é o “mínimo ético irreduzível”.

A esse respeito, Piovesan conclui, p. 229:

“Acredita-se, de igual modo, que a abertura do diálogo entre culturas, com respeito à diversidade e com base no reconhecimento do outro, como ser pleno de dignidade e direitos, é condição para a celebração de uma cultura dos direitos humanos, inspirada pela observância do

---

<sup>19</sup> <http://www.pge.sp.gov.br/centrodestudos/bibliotecavirtual/instrumentos/viena.htm>

“mínimo ético irreduzível”, alcançado por um universalismo de confluência.

Esse universalismo de confluência, fomentado pelo ativo protagonismo da sociedade civil internacional, a partir de suas demandas e reivindicações morais, é que assegurará a legitimidade do processo de construção de parâmetros internacionais mínimos voltados à proteção dos direitos humanos.”

Boaventura de Sousa Santos<sup>20</sup> também destaca a importância do diálogo intercultural como liame entre universalistas e relativistas: “as pessoas e os grupos sociais têm o direito a ser iguais quando a diferença os inferioriza, e o direito de ser diferentes quando a igualdade os descaracteriza”.

Isto posto, diante do direito internacional moderno, o melhor entendimento, conforme se demonstrou nesse estudo, é considerar a universalidade e imperatividade dos direitos humanos quanto ao “mínimo ético irreduzível”, conforme expresso nas normas de *jus cogens*, independentemente da vontade do Estado, porque não há relativismo na humanidade, nenhuma pessoa deixa de ser humana.

Jack Donnelly, em “*Universal Rights in Theory and Practice*”, pg. 235:

“Nós não podemos passivamente assistir a atos de tortura, desaparecimento, detenção e prisão arbitrária, racismo, antissemitismo, repressão a sindicatos e Igrejas, miséria, analfabetismo e doenças, em nome da diversidade ou respeito a tradições culturais. Nenhuma dessas práticas merece nosso respeito ainda que seja considerada uma tradição.”

Ainda, cumpre esclarecer que o *jus cogens* limita a soberania dos Estados sem que isso ocasione qualquer óbice à autodeterminação dos povos, pois o que se defende é o mínimo de respeito ao ser humano (a dignidade), e isso passa a ser característica do novo conceito de soberania e de todo Estado moderno.

---

<sup>20</sup> SANTOS, Boaventura de Sousa. As tensões da modernidade. Disponível em: <http://dhnet.org.br/direitos/militantes/boaventura/boaventura4.html>.

No tocante as manifestações culturais e a proteção de direitos previstos na constituição, o Supremo Tribunal Federal já manifestou, na ADI nº 1.856<sup>21</sup>, que as manifestações culturais não podem se sobrepor a direitos protegidos na magna carta. No caso, o STF julgou inconstitucional Lei Estadual do Rio de Janeiro que permitia a rixa/rinha/brigas de galo, pois a cultura não pode sobrepor-se a proteção do meio ambiente. As manifestações culturais são legítimas desde que em consonância com os dispositivos constitucionais.

Conforme trecho do voto do Ministro Celso de Mello em julgamento da ADI nº 1.846:

“A cultura pressupõe desenvolvimento que contribua para a realização da dignidade da pessoa humana e da cidadania e para a construção de uma sociedade livre, justa e solidária. Esses valores não podem estar dissociados da compreensão do exercício dos direitos culturais e do acesso às fontes da cultura nacional, assim como previsto no art. 215, suso transcrito. Essa é uma vertente de entendimento da matéria sob o ponto de vista constitucional” (ADI 1.846, voto do Min, Celso de Mello, julgamento 26-05-2011).

Se as manifestações culturais não podem se sobrepor ao meio ambiente que nem é considerado como *jus cogens*, quanto menos podem se sobrepor aos direitos humanos que são contidos no conceito de *jus cogens*. A prática de crueldade não é compatível com a Constituição e nem com normas de *jus cogens* (tortura).

Apesar dos avanços registrados, a universalização dos direitos humanos é, todavia, um ideal a ser concretizado. Não se discute mais a fundamentação dos direitos humanos, mas sim sua efetivação.

Por fim, Friedrich (2005) afirma que é por meio das normas imperativas de direito internacional que os direitos humanos fundamentais irão aumentar gradualmente sua incidência e garantir a participação do valor da dignidade da pessoa humana cada vez mais no contexto global.

---

<sup>21</sup> <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=628634>

## 6.2 – O Caso do Egito<sup>22</sup>

A fim de não permanecer restrito a pura teoria e abstração, a título didático, cumpre abordar uma questão concreta e atual, a qual exemplifica perfeitamente tudo o que foi abordado nesse estudo: a crise política no Egito.

O Egito, em 2011, foi palco de uma mudança política desencadeada por movimentos populares que pediam o fim do regime ditatorial instaurado pelo presidente militar, Hosni Mubarak, que estava há 33 anos no poder. Com o advento das manifestações, Mubarak renunciou a presidência em 11 de fevereiro de 2011.

Ato contínuo, por um período de transição, o poder passou para o Conselho Supremo das Forças Armadas, que tinha a missão de organizar a primeira eleição democrática no país. Para isso, a Constituição foi suspensa e o parlamento foi dissolvido até a realização da eleição presidencial em junho de 2012, a qual o vencedor foi um membro da Irmandade Muçumana, Mohamed Mursi.

Em 22 de novembro de 2012, Mursi promulgou um decreto que aumentava seus poderes presidenciais e impedia que suas decisões pudessem ser submetidas a qualquer tipo de controle feito pelo Judiciário, isso foi o bastante para o então presidente “democrático” se tornar impopular. Incapaz de convencer

---

<sup>22</sup> VEJA. Edição nº 2298, ano 45, nº 49, 05/12/2012. São Paulo: Abril Editora, 2012.

VEJA. Edição nº 2329, ano 46, nº 28, 10/07/2012. São Paulo: Abril Editora, 2012.

<http://g1.globo.com/revolta-arabe/noticia/2014/01/egito-aprova-constituicao-em-ampla-maioria-diz-governo.html>

<http://www1.folha.uol.com.br/opiniaio/2014/05/1455137-hossam-zaki-o-egito-nao-tolera-o-terrorismo.shtml>

<http://www.cartacapital.com.br/internacional/egito-a-formacao-de-uma-sordida-ditadura-4862.html>

<http://www.cartacapital.com.br/internacional/egito-porta-fechada-para-a-irmandade-muculmana-7081.html>

<http://www1.folha.uol.com.br/mundo/2015/09/1680943-presidente-egipcio-pede-formacao-de-gabinete-apos-renuncia-de-premie.shtml>

<http://www.cartacapital.com.br/revista/866/o-inverno-arabe-5537.html>

<http://noticias.terra.com.br/mundo/africa/nova-constituicao-do-egito-e-aprovada-com-981-dos-votos,5cf06ce14db93410VgnCLD2000000dc6eb0aRCRD.html>

<http://www1.folha.uol.com.br/mundo/2015/10/1695408-egipcios-vaio-as-urnas-em-primeira-fase-da-eleicao-parlamentar.shtml>

<http://noticias.uol.com.br/ultimas-noticias/efe/2015/08/30/eleicoes-parlamentares-do-egito-acontecerao-em-18-e-19-de-outubro.htm>

o povo que seu decreto não era ditatorial, Mursi buscou legitimar seu poder por meio da elaboração de uma nova Constituição.

A assembleia constituinte, formada por islamitas membros da Irmandade Muçulmana, ratificou 230 artigos da qual seria a nova Constituição do Egito, caso fosse aprovada pelo referendo popular. O novo texto constitucional foi fundamentado nos dogmas da religião muçulmana, transformou os clérigos muçulmanos em executores da lei, permitia a censura (livros, filmes e programas de TV) e a perseguição e tortura de opositores, estabelecia a diferença entre homem e mulher (não garantia os direitos das mulheres) e, além disso, permitia o tráfico de pessoas, que é uma prática resultante da escravidão sexual no país (homens compram suas escravas sexuais). Portanto, caso a população aprovasse, o Egito se tornaria oficialmente um país muçulmano.

Em dezembro de 2012, como a maioria da população do Egito é muçulmana, a nova Constituição foi aprovada por 63,8% dos votos. Todavia, apesar da vitória nas urnas, as manifestações contra Mursi não terminaram, os opositores colocavam em cheque a legitimidade da Constituição por considerá-la antidemocrática e excessivamente islamista, já que não previa garantias individuais, nem os direitos das mulheres e das minorias.

No dia 03 de julho de 2013, no tocante a situação política vivida no Egito, tornou-se insustentável a permanência de Mohamed Mursi no poder. Mais uma vez, após o advento de 2011, insatisfeitos com o rumo político que tomava o país, milhares de manifestantes permaneciam nas ruas pedindo a renúncia do primeiro presidente eleito no país. Com isso, Mursi foi deposto pelos militares que apresentaram um comunicado declarando o fim da presidência do egípcio.

No mesmo comunicado, os militares anunciaram que a Constituição do Egito estava temporariamente suspensa, e que uma eleição presidencial seria realizada em breve. A título provisório, até a realização de uma nova eleição democrática, o presidente do supremo tribunal da Corte Constitucional, Adly Mansour, assumiu como novo chefe do governo.

Em maio de 2014, Mansour foi substituído por Abdel Fattah al-Sisi, chefe das Forças Armadas e Ministro da Defesa, eleito presidente com mais de

95% (noventa e cinco por cento) dos votos, tomando posse em 08 de junho de 2014.

Entretanto, o referendo da nova constituição só será votado em definitivo em 2016. A previsão é de que a Constituição seja facilmente aprovada.

O projeto da nova Constituição remove os termos islâmicos e fortalece a proteção dos direitos humanos.

O Egito tem sofrido com o crescimento exponencial do terrorismo após a derrubada do governo de Mohamed Mursi e a Irmandade Muçulmana, em 2013.

Destarte, é possível observar nesse caso concreto todos pontos abordados nesse estudo estão presentes: constitucionalismo, poder constituinte originário, transconstitucionalismo, direitos humanos, *jus cogens*, soberania e seus limites. Restou demonstrado a limitação do poder constituinte originário pelo *jus cogens*, pois ainda que mediante a opinião popular tenha sido aprovada uma nova Constituição contrária ao direito imperativo internacional, esta constituição foi suspensa (é nula!).

À vista disso, mesmo que o referendo realizado no Egito tenha aprovado uma nova Constituição em consonância com sua cultura, é incabível, na atual conjuntura do direito internacional, admitir a violação de *jus cogens*, ou seja, não há espaço para o relativismo cultural quando se trata do mínimo de respeito ao ser humano (mínimo ético irreduzível).

Cada vez mais o respeito aos direitos humanos tem se tornado um aspecto crucial de legitimidade governamental, tanto no âmbito interno como internacional.

## 6.2 – O Caso da Arábia Saudita<sup>23</sup>

Como forma de demonstrar que o transconstitucionalismo e a transcendência dos direitos humanos é uma realidade prática, cabe mencionar o recentíssimo exemplo da Arábia Saudita, um dos países mais conservadores de todo o globo, e sua tímida abertura aos direitos das mulheres e igualdade de gênero.

A Arábia Saudita é o maior país árabe da Ásia com cerca de 30 milhões de habitantes, cerca de 97% (noventa e sete por cento) da população é composta por muçulmanos, seguem a lei do Islã. A forma de governo é uma monarquia absoluta fundamentada na religião, ou seja, o rei deve seguir os dogmas religiosos expressos no alcorão (*sharia*), e tem como referência o Profeta Maomé; é um país teocrático.

Situa-se na Arábia Saudita os dois lugares mais sagrados do islamismo: Meca e Medina. Por esta razão, a Arábia Saudita também é conhecida como Terra das Duas Mesquitas Sagradas.

Há uma interpretação bem rigorosa do alcorão (xiitas) neste país, pelo menos cinco vezes por dia todas as atividades comerciais são interrompidas para a reza em direção a Meca, sob a ameaça de severas punições em caso de descumprimento. Ainda, está previsto nas leis do país a execução em praça pública, como pena de alguns crimes, o condenado é degolado por meio de uma espada.

Todo esse radicalismo é acusado por especialistas como a origem de grupos terroristas, os quais interpretam ainda mais rigorosamente as leis do Islã. Osama Bin Laden, um dos principais responsáveis do ataque terrorista em 11 de

---

<sup>23</sup> <http://g1.globo.com/mundo/noticia/2015/08/mulheres-participam-pela-primeira-vez-de-eleicoes-na-arabia-saudita.html>  
<http://g1.globo.com/mundo/noticia/2015/11/mulheres-concorrem-pela-primeira-vez-as-eleicoes-na-arabia-saudita.html>  
<http://g1.globo.com/mundo/noticia/2015/12/mulheres-votam-pela-primeira-vez-em-eleicoes-na-arabia-saudita.html>  
<http://g1.globo.com/mundo/noticia/2015/12/arabia-saudita-elege-candidata-em-primeira-eleicao-aberta-mulheres.html>  
<http://www.agora.uol.com.br/mundo/2015/12/1718691-arabia-saudita-elege-mulheres-pela-primeira-vez.shtml>

setembro nos Estados Unidos, é nascido na Arábia Saudita, bem como 15 dos 19 terroristas que participaram do referido ataque. Apesar disso, a Arábia Saudita condena todo qualquer ato de terrorismo.

À vista disso, há uma discriminação legal de gênero entre homem e mulher, sendo que o homem ocupa uma posição privilegiada na sociedade. A discriminação envolve a restrição de direitos civis e político para as mulheres.

A Arábia Saudita não é signatária da Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948.

Um relatório produzido pelo Fórum Econômico Mundial em 2010 sobre a igualdade de gênero classificou a Arábia Saudita em 129º lugar de 134 países avaliados; ou seja, sendo como um dos países que menos respeitam a igualdade entre homem e mulher no mundo.

As mulheres só podem aparecer em público se cobertas dos pés a cabeça por um véu (burca). Além disso, as mulheres são tratadas como um menor de idade, incapaz civilmente, tendo que pedir autorização para o homem da família (o guardião) para poder estudar, trabalhar, viajar e se casar; não possuem o direito de dirigir.

Nesta esteira, as mulheres, até então, não tinham direitos políticos, de votar (direito político ativo) e ser votada (direito político passivo). Contudo, isso começou a mudar com as eleições municipais de 2015.

O Rei Abdallah, que reinou de 2005 a 2015, decretou, em 2011, que as mulheres teriam direitos políticos a partir das eleições municipais que ocorreriam em dezembro de 2015, de serem eleitoras e candidatas.

Apesar de Abdallah ter falecido no início do ano da eleição, seu sucessor, o Rei Salman, manteve o decreto.

A Arábia Saudita era o último país do mundo que ainda negava o direito de voto às mulheres.

Em 12 de dezembro de 2015, ocorreu as eleições municipais para a escolha dos conselhos municipais na Arábia Saudita. Foi a primeira vez que as mulheres participaram das eleições do país, podendo votar e serem votadas. De 7 mil candidatos, 900 eram mulheres concorrendo aos cargos disponíveis dos conselhos municipais. Ainda que pouco, 20 mulheres foram eleitas como conselheiras municipais.

Ainda que pareça insignificante a eleição de apenas 20 mulheres para cargo com baixo poder político, este fato é um avanço. É um pequeno passo para muitas conquistas de direitos que possam a vir ocorrer em um país ultraconservador como a Arábia Saudita. É o início, o norte para diminuir a discriminação entre gênero no oriente, cabendo a mulher, como pessoa humana em qualquer lugar do globo, ter sua dignidade respeitadas por meio dos seus direitos civis e políticos.

Concluindo, sabemos da incipiência dos direitos humanos em muitos Estados orientais, mas sabemos também, que com a nova realidade da global, não é mais possível negar certos direitos à pessoa humana. A interligação entre direito interno e internacional é evidente, sendo uma tendência, cada vez maior, nos conscientizarmos dos fenômenos do transconstitucionalismo e transcendência dos direitos humanos. Se um Estado quer participar do jogo político internacional deve respeitar normas de *jus cogens*.

## CAPÍTULO VII – CONCLUSÃO

Ao longo desse trabalho, restou demonstrada a relação direta entre direito constitucional com direito internacional, os quais são de uma mesma ordem. É irrazoável considerá-los como ordens jurídicas estanques e diversas (teoria dualista), porque são interligados dialeticamente (teoria monista), isto é, um repercute e influencia o outro, fator decorrente da civilização moderna globalizada, cuja característica é a maior relação de interdependência entre os Estados. Assim, a constituição, bem como o poder constituinte, não ficam restritos ao território (direito interno) apenas, geram reflexos em todo o âmbito internacional, é transconstitucional.

Nesse sentido, é completamente compreensível considerar que normas internacionais repercutam no direito interno de cada Estado, fato que possibilita afirmar que há normas imperativas internacionais (*jus cogens*) que possuem uma hierarquia diferenciada e que limitam o direito interno, isto é: o poder constituinte originário, tal qual a soberania, são limitados pelo *jus cogens* que é a representação jurídica do transconstitucionalismo e a transcendência dos direitos humanos.

Essa limitação é uma necessidade e condição de existência da ordem internacional, a qual os Estados estão incluídos. Portanto, a limitação do poder constituinte originário visa resguardar e proteger os valores fundamentais e indisponíveis aos sujeitos de direito internacional.

No mais, as Constituições são criadas em bases já pré-existentes (alicerces/estacas), as quais limitam o poder constituinte originário; ou seja, nem tudo poderia ser discutido em uma nova constituição, pois os Estados devem ter formas semelhantes para serem reconhecidos e respeitados internacionalmente.

Deste modo, um Estado que coloca a religião acima da razão é visto como alienígena. O perfil de um Estado parte da própria ordem internacional e das limitações internas históricas do próprio Estado, como já foi dito ao longo desse trabalho, há uma determinação com base no comércio internacional.

O *jus cogens* é o instrumento jurídico-racional que limita o poder constituinte originário, o qual protege, garante e reproduz o próprio modo de produção capitalista, apesar de garantir direitos que aumentam o custo da produção (direitos humanos). Isto é necessário, na medida em que, às vezes dar um passo para trás significa dar dois passos para frente, visto que o modo de organização da sociedade já não era o suficiente pra manter o *status quo* (conteúdo estava extrapolando a forma).

À vista disso, pode-se afirmar que o direito atua como um braço da economia, compõe a superestrutura que mantém o modo econômico de produção (reprodução material), estrutura. Logo, se a estrutura ultrapassa fronteiras pela economia de um mundo globalizado, a superestrutura também ultrapassa fronteiras por meio do direito. O transconstitucionalismo e a transcendência dos direitos humanos originaram-se de uma nova necessidade econômica do modo de produção.

Concluindo, sem uma visão romântica, como ensina Nietzsche, se Deus está morto, não podemos nos iludir (cegar) por outra ideologia: a cegueira deliberada na racionalidade do direito; e considerar que o poder de fato está completamente separado do direito. Não vamos trocar um Deus cristão por um Deus burguês. Não há como ignorar o direito internacional econômico e o próprio capitalismo, considerando o modo de produção que reproduz o homem materialmente e culturalmente.

Portanto, os limites do poder constituinte originário são econômicos (práticos), apesar de serem pautados no transconstitucionalismo e transcendência dos direitos humanos representados na racionalidade do *jus cogens*, que é um elemento/instrumento jurídico necessário para continuar com o mesmo modo de produção, ainda que seja considerado um avanço em questão humanitária, não deixa de ser mais uma ideologia.

Contudo, não é possível ignorar os avanços estabelecidos pelo transconstitucionalismo e a transcendência dos direitos humanos, os quais tem tornado um mundo melhor para se viver quando analisada toda a história do homem. Apesar de ainda não se o ideal que buscamos, é o começo.

Por fim, considerando a nossa realidade, o *jus cogens* é um elemento positivo. É uma tendência cada vez mais concreta, contudo o mundo ainda não está preparado (políticas neoliberais que suprimem direitos dos mais necessitados, relativismo cultural, etc.), é um processo que vai alcançar todos os Estados soberanos, é a evolução do conceito de soberania e da cooperação internacional. Como já foi dito, a história desenvolve-se em movimentos espirais de avanços e retrocessos, e não de forma linear.

Apesar dos avanços registrados, a universalização do direito internacional é, entretanto, um ideal a ser concretizado. Deve-se buscar a inclusão e não a marginalização, pois o ponto cego, o outro pode ver. O equilíbrio tem que ser construído com auxílio mútuo, reconhecendo o outro como um ser de dignidade e respeito, apesar de todas as diferenças.

## Referências Bibliográficas

ACCIOLY, H; SILVA, G.E.N; CASELLA, P.B. **Manual de Direito Internacional Público**. Ed. 20<sup>a</sup>. São Paulo: Saraiva, 2012.

ALVES, Alaôr Caffé. **Dialética e Direito**. Ed 1<sup>a</sup>. Barueri: Manole, 2010.

ANDRADE, Isabela Piacentini. **Responsabilidade Internacional do Estado por Violação do Jus Cogens**. Revista Brasileira de Direito Internacional, Curitiba, v.5, n.5, janeiro/junho, 2007, p. 04/32.

ARENDDT, Hannah. **Eichmann em Jerusalém**. São Paulo: Companhia das Letras, 2013.

BACHOF, Otto. **Normas Constitucionais Inconstitucionais?**. São Paulo: Almedina, 2009.

BARACHO, José Alfredo de Oliveira. **Teoria geral da soberania**. Revista Brasileira de Estudos Políticos, Minas Gerais, n. 63-64, jul./ 1986-jan./1987.

BAPTISTA, Eduardo Correia. **Jus Cogens em Direito Internacional**. Lisboa: Editora Almedina, 1997.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. Ed. 25<sup>a</sup>. São Paulo: Malheiros, 2010.

BRASIL. **Decreto nº 7.030, de 14 de dezembro de 2009**. Promulga a Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados, concluída em 23 de maio de 1969, com reserva aos Artigos 25 e 66. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 14 dez. 2009; 188<sup>o</sup> da Independência e 121<sup>o</sup> da República.

BURDEAU, Georges. **L'État**. Ed. Du Seuil. Paris: 1970.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. Ed. 7<sup>a</sup>. São Paulo: Almedina, 2003.

CARVALHO, G. Kildare. **Direito Constitucional: Teoria do Estado e da Constituição**. Ed.14<sup>a</sup>. Belo Horizonte: Del Rey, 2008.

DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de Teoria Geral do Estado**. Ed. 32<sup>a</sup>. São Paulo: Saraiva, 2013.

DONNELLY, Jack. **Universal human rights in theory and practice**. Ed. 2<sup>a</sup>. Ithaca, NY: Cornell University Press, 2003.

FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. **Introdução ao Estudo do Direito**. Ed. 6<sup>a</sup>. São Paulo: Atlas, 2010.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Curso de Direito Constitucional**. Ed. 34<sup>a</sup>. São Paulo: Saraiva, 2008.

FRIEDRICH, Tatyano Scheila. **Norma Imperativa: A Conexão dos Direitos Humanos com Direito Internacional Privado**. Dissertação (Doutorado), Universidade Federal do Paraná. Curitiba, 2005.

GALLO, Ronaldo Guimarães. **Soberania: poder limitado (parte I)**. Revista de informação legislativa, Brasília a. 43, n. 169 janeiro/março, 2006, p. 31/47.

GALLO, Ronaldo Guimarães. **Soberania: poder limitado (parte II)**. Revista de informação legislativa, Brasília: a. 43, n. 170 abril/junho, 2006, p. 25/39.

GUSMÃO, Paulo Dourado de. **Introdução ao estudo do direito**. ed. 15<sup>a</sup>. Rio de Janeiro: Forense, 1992.

HELD, David; MCGREW, Anthony. **Prós e Contras da Globalização**. Ed. 1<sup>a</sup>, tradução: Vera Ribeiro. Rio de Janeiro: Zahar, 2001, p. 12/13

HOBSBAWM, Eric John. **A Era dos Impérios (1875-1914)**. Ed. 19<sup>a</sup>. São Paulo: Paz & Terra, 2015.

HOBSBAWM, Eric John. **A Era dos Extremos: o breve século XX (1914-1991)**. Ed. 2<sup>a</sup>. São Paulo: Companhia das Letras, 2015.

KANT, Immanuel. **Crítica da Razão Prática**. Ed. 3<sup>a</sup>. São Paulo: Martins Fontes, 2011.

KERSHAW, Ian. **The Nazi dictatorship: Perspectives of interpretation**. Ed. 3<sup>a</sup>. Londres, 1993.

LENZA, Pedro. **Direito Constitucional Esquematizado**. Ed. 18ª. São Paulo: Saraiva, 2014.

MASCARO, Alysson Leandro. **Filosofia do Direito**. Ed. 2ª. São Paulo: Atlas, 2012.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. Ed. 19ª. São Paulo: Atlas, 2006.

NEVES, Marcelo. **Transconstitucionalismo**. Ed. 1ª. São Paulo: Martins Fontes, 2009.

NIETZSCHE, Friedrich. **A Gaia Ciência**. São Paulo: Cia das Letras, 2001.

PINHEIRO, B. Maria Cláudia. **A Constituição de Weimar e os direitos fundamentais sociais. A preponderância da Constituição da República Alemã de 1919 na inauguração do constitucionalismo social à luz da Constituição Mexicana de 1917**. Revista de informação legislativa, Brasília a. 43 n. 169 janeiro/março, 2006, p.121-122.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional**. Ed. 14ª. São Paulo: Saraiva, 2013.

PORTELA, Paulo Henrique Gonçalves. **Direito Internacional Público e Privado**. Ed. 7ª. Salvador: JusPodivm, 2015.

RAMOS, André de Carvalho. **Curso de Direitos Humanos**. Ed. 2ª. São Paulo: Saraiva, 2015.

ROUSSEAU, Jean Jacques. **O Contrato Social**. São Paulo: Edipro, 2011.

SALA, José Blanes. **A Política Internacional e as regras de jus cogens**. Revista IMES, São Paulo: a. VIII, n. 13 julho/dezembro, 2007, p. 29/36.

SALDANHA, Nelson. **O Poder Constituinte**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1986.

SALIBA, Azzi Tuffi, tradutor. **Projeto da Comissão de Direito Internacional das Nações Unidas sobre a Responsabilidade Internacional dos Estados**.

<<http://novodireitointernacional.com.br/wp-content/uploads/2012/02/Projeto-da-CDI-sobre-Responsabilidade-Internacional-dos-Estados.pdf>>

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

SCHLEE, Aldyr Garcia. **Direito de autodeterminação dos povos**. Pelotas: Ponto de Vista, 1965.

SILVA, José Afonso, **Curso de Direito Constitucional Positivo**. Ed. 37<sup>a</sup>. São Paulo: Malheiros, 2014.

TOLEDO, Milton Nunes Jr. **Direito Internacional Imperativo (Jus Cogens)**. Dissertação (Mestrado), Universidade Católica de Brasília. Brasília, 2006.

VEJA. Edição nº 2298, ano 45, nº 49, 05/12/2012. São Paulo: Abril Editora, 2012.

VEJA. Edição nº 2329, ano 46, nº 28, 10/07/2012. São Paulo: Abril Editora, 2012.

WEBER, Max. **Economia e Sociedade**. Ed. 5<sup>a</sup>. Brasília: Universidade de Brasília, 2009.