

## FORMAS DE INTERFERENCIA DA MUTAÇÃO CONSTITUCIONAL E DOS TRATADOS INTERNACIONAIS NO PODER CONSTITUINTE

Thiago Augusto FARIA<sup>1</sup>  
Marcelo Agamenon Goes de SOUZA<sup>2</sup>

**RESUMO:** O presente artigo faz uma abordagem acerca do que é o poder constituinte, demonstrando desde a sua origem histórica, até as suas divisões em Poder Constituinte Originário e Poder Constituinte Derivado. Estendendo a sua interpretação quanto a sua forma de Mutação Constitucional e finalizando com as Imposições de Tratados Internacionais nos Tipos de Poder Constituinte.

**Palavras-chave:** Direito Constitucional. Poder Constituinte Originário. Poder Constituinte Derivado. Mutação Constitucional. Imposições de Tratados Internacionais.

**SUMÁRIO:** 1. Introdução aos tipos de poder constituinte. 2. Poder Constituinte originário. 3. Poder Constituinte derivado. 4. Mutação constitucional como forma de controle derivado. 5. Imposição de Tratados Internacionais nos tipos de Poder Constituinte. 5.1 Limitações ao Poder Constituinte Originário. 5.2 Limitações ao Poder Constituinte Derivado. 6. Conclusão. 7. Bibliografia.

### 1 INTRODUÇÃO

O presente artigo abordou as maneiras ou forma de interferência do fenômeno da mutação constitucional e dos tratados de direitos humanos no Poder Constituinte. Inicialmente, usando o método histórico discorreu-se sobre os tipos de poder constituinte, que a doutrina estipula à tarefa de elaborar a Constituição, seguindo inicialmente um modelo liberal clássico e também alterar os dispositivos da Lei Maior. O segundo capítulo foi sobre as características do poder originário, o que fica demonstrado depois da pesquisa bibliográfica realizada em autores escolhidos.

---

<sup>1</sup>Graduando curso de direito na instituição da Faculdade Antônio Eufrásio de Toledo

<sup>2</sup> Mestre em Direito Constitucional pela ITE de Bauru. Mestre em Direito Processual Penal pela UNOESTE de Presidente Prudente, Consultor ad hoc do Conselho da Justiça Federal. Professor de Direito Constitucional e Prática Jurídica Penal da Associação Educacional Toledo de Presidente Prudente, onde também é membro do Conselho Superior de Administração – CSA. Foi Assessor Especial da Presidência da Câmara Municipal de Presidente Prudente para Assuntos Jurídicos entre 2007/2010. Advogado

Posteriormente, abordou-se de forma indutiva e dedutiva a questão do fenômeno da mutação constitucional e sua incidência na relação com esses poderes soberanos do Estado. Também ocorre dentro do recorte desejado uma apreciação daquilo que é refletido pelos tratados de direitos humanos assinados pelo Brasil e as conexões que são feitas com a Lei Maior. As conclusões estão em capítulo próprio.

## **2 OS TIPOS DE PODER CONSTITUINTE**

A ideia do que é poder constituinte, vem do direito francês. Começou com o francês de nome Emmanuel Sieyès, o abade de Chartres, quando ele escreveu um manifesto denominado: “O que é o terceiro Estado?”. Nesse escorço, ele sustentou que a formação da sociedade política poderia ser dividida em três estágios distintos: O primeiro seria criado pela existência de indivíduos isolados, que somente pela vontade de desejarem reunir-se, é que deveria ser atribuído os direitos de uma nação.

O segundo seria criado por indivíduos que se reuniriam para deliberarem sobre assuntos de interesse comum, peculiarizado por uma espécie de democracia direta; Por fim, o terceiro, onde a deliberação das questões interessantes seria delegada a representantes, escolhidos dentre os membros dessa sociedade.

Neste manifesto ele tende a demonstrar que dentro do Estado francês existia na verdade três Estados.

O 1º Estado seria o Estado do Império, ou seja, do Imperador, formado pela minoria absoluta, principalmente por membros da monarquia. Logo abaixo ao 1º Estado, encontrávamos o 2º Estado, formado por pessoas de posse, que tinham uma ligação direta com a Monarquia, sendo também uma minoria. O 3º Estado era o povo, ou seja, a imensa maioria, sendo a casta menos observada.

O manifesto demonstra um Estado paralelo dentro do próprio Estado, onde o governante não governa para o povo, mas somente para ele próprio.

Naquele momento o povo vivia em prol do governante, quando justamente deveria ser o contrário, pois tudo deveria ser em prol do povo. Surge então a teoria de que o Estado deveria se preocupar com o povo, por isso o povo é quem deveria criar e alterar as regras do Estado. E a partir disso é que saem duas espécies de poder constituinte:

- 1) Poder Constituinte Originário também chamado de Primário, e
- 2) Poder Constituinte Derivado também chamado de Secundário.

Sieyès posicionou a Constituição como documento criador do Estado e conseqüentemente ponto inaugural do sistema jurídico. Desta maneira, o poder que cria a Constituição não deveria encontrar limites de qualquer espécie, a não ser, os do direito natural. Acabou estabelecendo uma divisão linear entre o Poder Constituinte, que seria o que cria a Constituição e o Poder Constituído, que são os órgãos e funções criados pela Constituição. Sendo o Poder Constituído restrito e condicionado.

Então ao analisarmos o referido manifesto, estes dois poderes deveriam estar na mão do povo. Nosso sistema constitucional adota esse modelo, elencado explicitamente no Art. 1º, Parágrafo Único da Constituição Federal.

Art. 1º, Parágrafo Único, CF - Todo poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição.

O manifesto na verdade era um aviso para a Monarquia e como eles não perceberam, houve a Revolução Francesa, derrubando os 1º e o 2º Estados, que insistiam em não governar em prol do 3º Estado, acreditando que na verdade era o 3º Estado que deveria servir os 1º e 2º Estados.

O Poder Constituinte Originário possui a função de criar a Constituição, ao passo que o Poder Constituinte Derivado serve para alterá-la. Lembrando sempre que o titular do Poder Constituinte é o povo e quem o exerce é o Parlamento, eleitos especificamente para isso.

Como ensina Moraes (2006, p21), o “poder constituinte é a manifestação soberana da suprema vontade política de um povo, social e

juridicamente organizado”, ou seja, a manifestação do poder constituinte deve ser exercida por meio de seu titular, que é o povo.

Outro doutrinador que conceitua de forma ímpar o Poder Constituinte foi Temer (2005, p.29), “[...] *a manifestação soberana da vontade de um ou alguns indivíduos capaz de fazer nascer um núcleo social*”. Assim, para o autor, o nascimento de um Estado se dá através do nascimento do seu núcleo social, ou seja, uma sociedade.

No Brasil, o Poder Constituinte Originário, depende do Poder Constituinte Derivado, pois é necessário a previsão da formação da Assembleia Constituinte dentro do texto constitucional já existente. Assim sendo, o Poder Constituinte Originário prevê o Poder Constituinte Derivado e este é que tem o poder de criar uma emenda que discipline a formação de uma nova Assembleia Constituinte.

### **3 PODER CONSTITUINTE ORIGINÁRIO**

Por Poder Constituinte Originário podemos entender como o poder que edita ou elabora uma nova Constituição, substituindo uma Constituição anterior, quando existente ou dando organização a um novo Estado. Isto sublinha que ele dá origem à organização jurídica fundamental.

Preleciona Manuel Gonçalves Ferreira Filho (2008, p.22) que:

[...] 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.

Basicamente esse Poder possui três características, segundo a doutrina: Poder Soberano, Inicial e Ilimitado.

Por Poder Soberano podemos entender como um Poder Autônomo, isso significa que não há nenhum poder acima do Poder Constituinte Originário, seja

ele Executivo, Legislativo ou Judiciário. Destarte, que o Poder Constituinte pode atribuir novos direitos para os Poderes, como também extingui-los.

E isso não prejudica a segurança jurídica, pois se foi necessária uma nova regra de estrutura estatal, significa que as regras que valiam para o Estado anterior não estavam a contento para manter o Estado Organizado e Estruturado e por isso fez-se necessário um novo Estado com uma nova Constituição.

A característica de Poder Inicial, significa que o Poder Constituinte Originário inicia um novo Estado, sendo este, com suas características de Soberania, Território e Povo. Sendo inicial pode-se criar regras do jeito que o constituinte bem entender. Ou seja, uma nova ordem jurídica é inaugurada, revogando a Constituição anterior e os dispositivos infraconstitucionais anteriormente produzidos e incompatíveis com ela.

Já a característica de Poder Ilimitado nos remete a ideia de que não há limites para aquilo que o legislador constituinte possa alterar e não há limites para aquilo que ele possa restringir, portanto o legislador vai até onde é necessário para reestruturar o Estado. Mas é nesse ponto que começaram a surgir problemas na doutrina.

Essa ilimitabilidade é plena e absoluta ou ela é relativa? Para chegarmos a uma conclusão precisamos analisar levando em consideração que estamos em um Estado Democrático de Direito, em que o povo vem de conquistas históricas de direitos. Pensando nisso, este Poder é tão ilimitado ao ponto de fazer desaparecer direitos fundamentais? Poderia o legislador originário, impor regras que piorasse a condição do seu representado, ou seja, o povo?

Eis que surgiram dois posicionamentos sobre o tema, sendo um proveniente dos Positivistas e outro dos Jus Naturalistas.

Para os positivistas o Poder Constituinte Originário é: ilimitado, ou seja, não existe qualquer tipo de limitação, seja ela formal ou material; incondicionado, ou seja, não está sujeito a qualquer tipo de condição para ser implementado; soberano, ou seja, não há qualquer tipo de norma que seja superior a ela, sendo a constituição a mais alta norma que vigorará para aquela sociedade.

O Estado fica sendo considerado tão soberano, que não é respeitado qualquer tipo de norma, sendo ela de direito natural ou até de direitos reconhecidos internacionalmente, como por exemplo o Pacto de San José da Costa Rica, que traz a Convenção de Direito Humanos, onde são tratados os direitos humanos, não levando em conta direitos que os Estados impõem, mas sim direitos essenciais da pessoa humana.

A tese positivista pode ser considerada injusta, pois ao adotarmos, não estamos levando em conta os direitos adquiridos pela população ao longo dos anos, podendo o constituinte ter a liberdade que desejar para criar as leis, inclusive, restringindo direitos fundamentais, o que seria um retrocesso para a comunidade.

Poderíamos trazer à tona direitos que foram adquiridos com muito sacrifício ao longo dos anos, como por exemplo, ser implantado a pena de morte, a tortura, os tribunais de exceção, ou seja, qualquer violação aos direitos e garantias individuais.

Assim, para a corrente positivista, não podemos causar nenhum embaraço para o poder constituinte e ele poderá fazer o que bem entender, implantar a lei que quiser, mesmo que seja necessário limitar direitos fundamentais.

Já para a corrente Jus Naturalista, o Poder Constituinte Originário é ilimitado, porém não é absoluto, sendo ele condicionado a não desrespeitar os direitos naturais ou fundamentais. Tendo o legislador que levar em conta os direitos que foram conquistados ao longo dos anos pela população e mantendo-os ao elaborar uma nova Constituição.

Eles consideram que existe um direito superior à lei, tendo o poder constituinte que respeitá-las a ponto de as normas que forem contrárias a essa “lei supra-legal” poder vir a ser consideradas inconstitucionais. Não podendo assim haver um retrocesso normativo.

Quando há a criação de uma nova Constituição, devemos avaliar alguns pontos interessantes, como por exemplo:

- a) Direito Adquirido: quando se cria uma nova constituição, embora não haja qualquer subordinação a ordem jurídica anterior, parte da

doutrina majoritária entende que o Poder Constituinte Originário deve manter uma certa relação com os direitos que regiam aquela sociedade. Porém, é evidente que se formará um novo ordenamento jurídico e por consequência direitos decorrentes dele.

É inegável que com a criação da nova ordem jurídica, haverá o rompimento com o ordenamento jurídico anterior, conseqüentemente, direitos decorrentes da antiga ordem jurídica deixarão de existir. Logo, não existirão mais os direitos decorrentes do antigo ordenamento jurídico.

b) Recepção: a criação de uma nova constituição significa que a base de legitimidade de todo o ordenamento jurídico foi alterada. Isso não quer dizer que houve a revogação automática de todas as normas infraconstitucionais.

Desta maneira, poderemos atribuir um novo significado a acontecimentos (as normas) através da mudança de sua visão de mundo, ou seja, uma lei poderá ser mantida no ordenamento jurídico, desde que sua norma não afronte a nova constituição.

O fenômeno da Recepção se dá com o confronto das normas constitucionais com as normas infraconstitucionais, sendo que as normas que contrariarem a nova constituição serão retiradas, por outro lado, as normas que não colidirem com a nova constituição serão mantidas, ou seja, serão Recepcionadas.

Como características do fenômeno da recepção, podemos citar quanto a questão material, ou seja, o nosso ordenamento jurídico só analisará a matéria tratada na lei, não analisando o seu sentido formal, como por exemplo, qual a forma utilizada para criação da lei.

Podemos citar também que a recepção é um fenômeno tácito, não tendo que trazer expressamente os dispositivos que serão mantidos no ordenamento jurídico.

c) Desconstitucionalização: fenômeno da desconstitucionalização se dá quando as normas da constituição anterior são recepcionadas pelo novo ordenamento jurídico, porém há um rebaixamento destas normas, sendo elas consideradas a partir de então como normas ordinárias.

Em via de regra não há desconstitucionalização no Brasil, devendo esse fenômeno ser expressamente trazido na nova Constituição. Sendo assim, se não for trazido expressamente, a constituição anterior deixará de existir como um todo.

Resumidamente a desconstitucionalização seria o rebaixamento do texto constitucional anterior para lei ordinária, desde que trazido expressamente pela nova Constituição.

d) Repristinação: é o fenômeno pelo qual uma lei revogada retorna ao ordenamento jurídico, pois a norma que a revogava foi revogada, ou seja, houve a restauração da lei revogada. Há de se ressaltar que a repristinação não é admitida em nosso ordenamento jurídico, assim, a lei revogada não poderá ser considerada restaurada simplesmente pelo fato de a lei revogadora ter perdido a vigência, sendo seus efeitos considerados nulos.

Portanto, visto esses fenômenos passa-se a apreciar a possibilidade de mudanças na Lei Maior, uma vez que as normas constitucionais embora queiram se prolongar no tempo precisam ser atualizadas.

#### **4 PODER CONSTITUINTE DERIVADO**

Ao lado do Poder Constituinte Originário, temos o Poder Constituinte Derivado, Secundário ou Reformador. Com a criação de uma nova constituição imagina-se que elas serão eternas e ao mesmo tempo mutáveis, assim, conforme a



sociedade evolua, para que não seja preciso a cada evolução social ser criada uma nova constituição é que há a autorização para a modificação do conteúdo normativo da constituição, desde que não haja uma alteração substancial, mas sim uma alteração necessária aos reclames sociais.

Isso evita que todas as vezes que tenhamos algum problema jurídico relevante, ele seja sanado apenas com uma modificação normativa em algum dispositivo, não tendo assim que alterar todo o ordenamento jurídico vigente.

Podemos assim, destacar as seguintes características ao Poder Constituinte Derivado:

a) Limitação: as leis constitucionais poderão ser modificadas desde que haja um respeito quanto aos limites e parâmetros estabelecidos pelo poder constituinte originário.

Um exemplo a essa limitação seria as cláusulas pétreas, que encontram-se positivadas no §4º do art.60 da CF. Nesse parágrafo há a expressão “não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir”, ou seja, a constituição traz expressamente que não é possível se quer discutir proposta de emenda que vise abolir os direitos que são assegurados nos incisos de I a IV do respectivo parágrafo.

Nota-se aqui que o legislador foi muito claro quanto a limitação que existe sobre essas determinadas matérias, não admitindo se quer a deliberação sobre determinados assuntos. Mesmo assim, se houver qualquer tipo de desrespeito a essa vedação, tais normas serão consideradas inconstitucionais.

b) Condicionante: a alteração constitucional deve seguir o processo estabelecido para sua modificação. A constituição só poderá ser modificada, se forem seguidas as formalidades que condicionam o procedimento.

Percebe-se que a grande dificuldade está em se atingi o quórum no que se refere a iniciativa (art. 60, I, II e III, CF) à lei ordinária (art. 60, §2º, CF), a qual deverá ser realizada em dois turnos.

Além dos limites explícitos acima anunciados, há alguns implícitos. Que por decorrência do sistema, não serão admitidas algumas mudanças constitucionais, apesar de não estarem previstas de forma clara.

A atual Constituição traz em seu art. 60, o processo previsto para a alteração do texto constitucional, assim, se o modificássemos, estaríamos mudando a vontade do Poder Constituinte Originário, de tal maneira que a competência reformadora seria exercida de forma diferente da determinada pelo Poder Inicial. Da mesma forma, se alterássemos o rol de matérias imutáveis previsto no §4º, sem falar dos princípios constitucionais, que são intocáveis por via de emenda.

Em que pese a ausência de indicação expressa, todos esses dispositivos não podem ser alterados, são as chamadas Vedações Implícitas.

O Poder Constitucional Derivado se subdivide em duas subespécies, sendo o Poder Derivado Reformador, que se refere ao poder para alterar a Constituição já existente e o Poder Derivado Decorrente, que diz respeito ao poder que cada Estado-membro possui para elaborar sua Constituição.

Segundo alguns doutrinadores podemos dividir o Poder Constituinte Derivado Reformador em: Revisor, no qual a revisão constitucional deverá ser feita nos moldes do art. 3º da ADCT “*A revisão constitucional será realizada após cinco anos, contatos da promulgação da Constituição, pelo voto da maioria absoluta dos membros do Congresso nacional, em sessão unicameral*”.

Ou seja, a revisão constitucional deverá ser feita apenas uma vez, pelo menos após 5 anos a promulgação, em sessão unicameral (as duas Casas conjuntamente), pelo quórum de maioria absoluta;

Reformador propriamente dito, já no que se refere à emenda constitucional, é o único instrumento possível hoje, de se alterar formalmente o texto constitucional, já que foi consumada a possibilidade de revisão constitucional. Fala-

se em única possibilidade formal, pois a mutação constitucional é justamente uma possibilidade de modificação informal da Constituição.

Quanto ao Poder Derivado Decorrente, trata-se do poder que foi dado aos Estados Federados para que eles pudessem criar suas próprias constituições. As constituições Estaduais, deverão respeitar os preceitos da Constituição Federal.

No Poder Decorrente observaremos as regras ou normas simétricas, que são os dispositivos previstos na Constituição Federal que podem ser transcritos para a Constituição Estadual, além das normas ou regras assimétricas, que são os dispositivos previstos na Constituição Federal que não podem ser transcritos para as Constituições Estaduais, pois podem trazer problemas para a própria segurança do país.

## **5 MUTAÇÃO CONSTITUCIONAL COMO FORMA DE CONTROLE DERIVADO**

Mutação Constitucional é o ato jurídico pelo qual o poder judiciário usando ativismo/positivismo judicial e levando em consideração a mudança da mentalidade da sociedade, bem como analisando o negativismo do legislador (legislativo omissivo), altera a interpretação de um dispositivo constitucional sem alterar gramaticalmente (literalmente) o dispositivo. Admite-se a chamada mutação constitucional informal, por meio da qual, pela via hermenêutica, modifica-se o conteúdo constitucional sem que se proceda a sua alteração formal.

É a atuação do Poder Judiciário frente às mudanças de foco da sociedade que não estão sendo acompanhadas pelo legislador, que, portanto, está sendo omissivo.

Sobre essa matéria colaciono o entendimento de UadiLammêgoBulos ao dizer que [...]o fenômeno, mediante o qual os textos constitucionais são modificados sem revisões ou emendas”.

Essa mutação se dá pois a norma jurídica é o produto da interpretação que se faz em determinada época. Conforme a evolução social, as palavras constantes nas normas, podem alterar o seu sentido, sobretudo com os avanços na sistematização jurídica, quando será possível uma releitura, fazendo-se uma nova interpretação da norma, sem alteração do texto constitucional.

A mutação constitucional informal é associada ao poder constituinte difuso porque trata-se de uma alteração da constituição feita pela via interpretativa, que inclusive pode ser feita por todos, pois faz parte de um dos postulados do direito constitucional moderno que é a democratização da interpretação constitucional. Por isso, tratar-se-ia de poder constituinte difuso, embora não seja tecnicamente a melhor interpretação.

Essa nova perspectiva decorre da sociedade democrática, pluralista e aberta na qual estamos inseridos. Se por um lado a mutação constitucional seria uma externalização do poder constituinte, embora não haja uma alteração formal do texto, acaba sendo informalmente alterada pela via hermenêutica.

Por outro lado, trata-se de um poder difuso, pois embora a interpretação do judiciário tenha um peso mais significativo sobre a ordem jurídica, todos são interpretes da Constituição e estão legitimados para proceder à sua interpretação, não apenas os órgãos do Poder Judiciário, como também os demais poderes públicos, além dos múltiplos atores presentes na sociedade civil, que em seus debates travados na esfera pública participam da tarefa de atribuir e dar sentido as normas constitucionais.

Para se entender melhor o assunto, observemos a mutação constitucional dada ao artigo 226, §3º, §4º e §5º da Constituição Federal.

Art. 226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado.

§ 3º Para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento.

§ 4º Entende-se, também, como entidade familiar a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes.

§ 5º Os direitos e deveres referentes à sociedade conjugal são exercidos igualmente pelo homem e pela mulher.

Então se fossemos fazer uma interpretação literal do §3º do art. 226 elencados acima, teríamos uma proteção exclusivamente as relações de união estável entre um homem e uma mulher, mas atualmente sabemos que o Estado reconhece a união estável entre duas mulheres ou entre dois homens, não há no entanto, nenhuma lei facilitando o casamento homoafetivo, isso somente tornou-se possível, pois o STF analisando a evolução da sociedade aliada a omissão legislativa, passou a interpretar o dispositivo com relação as relações homoafetivas também.

Com relação ao §4º, levando em conta o entendimento literal de quando a Constituição foi promulgada em 1988, tínhamos como entidade familiar o casal heterossexual com ou sem descendentes, ou ainda por qualquer um dos dois e seus descendentes.

Modernamente, temos o reconhecimento como entidade familiar, até mesmo irmãos que por algum motivo não vivem com os pais, mas vivem juntos entre uma série de outras variações possíveis, como um dos avós e seus netos. O dispositivo não foi mudado em sequer uma virgula, mudando apenas seu entendimento.

O §5º, mesmo que ele fosse suprimido e não existisse, o homem não teria mais direitos do que a mulher no que tange a sociedade conjugal, pois há um princípio constitucional, previsto no inciso I do art. 5º da CF, que normatiza que homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações.

Mas uma vez existindo tal parágrafo, o entendimento do STF é que os direitos e deveres referentes à sociedade conjugal são exercidos igualmente por qualquer membro do casal, e não literalmente pelo homem ou pela mulher, pois pode ser um casal de homens ou um casal de mulheres.

Assim, podemos dizer que o fenômeno em que os textos constitucionais são modificados sem revisões ou emendas denomina-se mutação constitucional. Consiste, pois, no processo informal de mudança da Constituição, onde são atribuídos novos sentidos, conteúdos até então não ressaltados à sua letra, quer através da interpretação, nas diversas modalidades e métodos, quer por intermédio da construção, e ainda, por força dos usos e costumes constitucionais.

## **6 IMPOSIÇÃO DE TRATADOS INTERNACIONAIS NOS TIPOS DE PODER CONSTITUINTE**

Até o presente momento fora apresentado um panorama sobre o poder constituinte e suas espécies, dando destaque ao poder constituinte e derivado.

A doutrina majoritária defende a ideia de que o poder originário tem entre suas características a ilimitabilidade. Porém, há necessidade de se analisar de forma mais aprofundada tal característica atribuída a ambas as formas de poder constituinte

### **6.1 Limitações ao Poder Constituinte Originário**

Sob a influência do direito positivista, o pensamento da doutrina majoritária é que o poder originário possui a característica de ilimitabilidade. Se ainda fossemos considerar as lições iniciais de Seyèrs, veríamos que o poder constituinte originário estaria subordinado ao Direito Natural, porém esse pensamento não mais influencia significativamente o pensamento jurídico moderno, tendo mais uma importância histórica, representando uma corrente minoritária. Porém, não é de se aceitar a imposição juspositivista do poder constituinte originário ser absoluto.

Inicialmente por uma questão política, pelo fato do poder constituinte originário derivar da soberania popular, caso algum representante elabore uma nova Constituição contrária aos anseios dos subordinados, não há que falar em exercício do poder constituinte originário por excelência.

Portanto, defende-se a possibilidade de se afirmar que o Poder Constituinte Originário não é ilimitado, possuindo limites, no mínimo, em um ângulo político.

Haveria então a possibilidade de haver alguma limitação ao Poder Constituinte Originário com base em tratados internacionais?

Alguns constitucionalistas defendem que é ilimitado e incondicionado apenas no âmbito do ordenamento pátrio, porque, no plano externo, não estaria legitimado a violar regras mínimas de convivência com outros Estados soberanos, estabelecidas no Direito Internacional. O direito internacional funcionaria como uma limitação ao Poder Constituinte Originário, visto que seria inaceitável a elaboração de uma constituição que contivesse normas contrárias às regras internacionais de proteção aos direitos humanos.

Com a criação do processo de internacionalização dos direitos humanos criou-se uma relativização do princípio da soberania nacional, que antes era vista como absoluta. Essa relativização, resultou na garantia dos Estados aos indivíduos que estes gozariam de proteção aos diversos direitos previstos nos Tratados Internacionais de Direitos Humanos.

O sistema de proteção internacional de direitos humanos passou a conceder ao indivíduo o caráter de sujeito internacional, possuindo direitos e obrigações de natureza internacional.

Esses trajetos históricos remetem muitos autores a afirmarem, que através do processo de internacionalização dos direitos humanos e com a consequente entrada do Brasil ao sistema de proteção internacional aos direitos humanos, fez com que aos tratados internacionais de direitos humanos fossem atribuídos o status de direito supralegal.

Destarte, em razão da posição do Brasil em razão da proteção internacional de direitos humanos transforma os direitos humanos e até o direito internacional de direitos humanos não apenas como uma questão jurídica, mas também política.

Assim, não pode o poder constituinte, ao elaborar o documento que institucionalizará “o domínio dos homens sobre os homens” afastar-se dos direitos da pessoa humana.

Conclui-se que os tratados internacionais de direitos humanos são limitações materiais ao poder constituinte originário.

## 6.2 Limitações ao Poder Constituinte Derivado

No poder constituinte derivado, assim como no poder constituinte originário, não há uma aceitação pacífica quanto aos tratados internacionais de direitos humanos como limitador material.

Parte da doutrina defende que os Tratados Internacionais de Direitos Humanos deveriam ser tratados como cláusula pétrea, através da interpretação do art. 5º, §2º da Carta Magna, onde são tratados os direitos e garantias expressos na Constituição e não excluem outros direitos decorrentes dos tratados internacionais.

Mas esse não é o pensamento atualmente predominante, em especial na jurisprudência, uma vez que tal discussão, se os Tratados Internacionais de Direitos Humanos vistos como cláusulas pétreas, está ligada a discussão do status dos Tratados dentro do ordenamento jurídico. Sendo os Tratados Internacionais de Direitos Humanos equivalentes a emenda constitucional caso sujeitos ao §3º do art. 5º da CF, e, caso não sujeitos a essa norma, adquirem o status supralegal.

Porém, o melhor posicionamento deve ser visto como aquele atribuindo aos Tratados de Direitos Humanos como equivalentes à emendas constitucionais, e por consequente, vistos também como cláusulas pétreas.

Adotando o pensamento moderno de que os tratados internacionais de direitos humanos gozam de status constitucional e seu conteúdo englobam o conceito de princípios constitucionais, logo, devem ser respeitados pelo poder constituinte derivado, em respeito ao Estado Democrático de Direito, ou seja, a obrigatoriedade de respeito a mais em um Estado Democrático de Direito.

## 7 CONCLUSÃO

Não temos como negar a grande evolução constitucional que fora representada pela adoção do pensamento do poder constituinte.



No decorrer da história, o pensamento político e jurídico sobre o poder constituinte foi se modificando, passando desde o pensamento jusnaturalista até o pensamento juspositivista, onde o poder constituinte, em sua forma originária, é visto como ilimitado, político, incondicionado e permanente, desconsiderando a influência do Direito Natural, que influenciou a criação desta figura jurídica.

Porém, essa característica de ilimitabilidade ao poder constituinte originário já não é mais aceita por grande parte da doutrina.

Não podemos negar a extrema relevância histórica acerca dos Direitos Humanos, que começara a ser difundido significativamente após a Segunda Guerra Mundial, passando a internacionalizar os Direitos Humanos. Com isso, divulgando a necessidade de adoção do modelo de Estado Democrático de Direito no mundo, em razão dos indivíduos, relativizando diversos posicionamentos vistos anteriormente como absolutos.

Ainda existe na doutrina pensamentos contrários a limitação de que o Poder Constituinte pode sofrer frente aos Tratados Internacionais de Direitos Humanos, conferindo ao Poder Constituinte a característica de absolutismo em relação a ilimitabilidade, garantindo que ele poderia contrariar qualquer matéria defendida nesses Tratados. Não levando em conta a vontade popular nessa nova ordem jurídica de um Estado.

É inegável que vivemos na era do Direito Internacional de Direitos Humanos, onde a influência deste no ordenamento jurídico interno de um Estado se dá tanto no Poder Constituído ou no Poder Constituinte. Pois, os Direitos Humanos são frutos de intensas batalhas que a sociedade foi conseguindo ao longo dos tempos e não seria justo que estes direitos fossem perdidos, considerando assim um retrocesso social.

## **7. BIBLIOGRAFIA**

BULOS, UadiLammêgo. *Mutação Constitucional*. Saraiva, 1997.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Curso de Direito Constitucional*. 34ed. São Paulo: Saraiva, 2008

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *O poder constituinte*. São Paulo: Saraiva, 1999.

LENZA, Pedro. *Direito Constitucional Esquematizado*. 15ed. Saraiva, 2011

MALISKA, Marcos Augusto. *Há limites materiais ao poder constituinte?* In: *Revista da faculdade de Direito da UFPR*. v.3. 2.001. Disponível em: <<http://ojs.c3sl.ufpr.br/ojs2/index.php/direito/index>>. Acesso em: 26 de mar. de 2.016.

MENDES, Gilmar Ferreira. *Curso de Direito Constitucional*. 7ed. Saraiva, 2012.

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

TEMER, Michel. *Elementos de Direito Constitucional*. 19ed. São Paulo: Malheiros, 2005.