

# Soberania: poder limitado (parte I)

Ronaldo Guimarães Gallo

## Sumário

1. Introdução. 2. Evolução histórica. 3. Conceito e características. 4. Soberania e o titular do seu exercício. 5. Soberania e poder constituinte originário. 5.1. Poder Constituinte - conceito e natureza. 5.2 Atributos do Poder Constituinte.

## 1. Introdução

A proposta deste trabalho é analisar os limites da soberania, ou melhor, perquirir se há limites a serem impostos ao fenômeno. Pautados nesse propósito, inúmeros institutos deverão ser desvendados, propiciando que se trilhe uma base sólida sob a qual poder-se-ão desenvolver as idéias que (des)constituirão o cerne da questão.

Fica consignado que nosso compromisso não reflete uma análise perfunctória dos temas adjacentes que circundam a soberania, sob pena de, em vez de subsidiarmos a evolução do trabalho, inviabilizá-la por completo.

Tendo como foco as elucidações traçadas, daremos início ao trabalho analisando a evolução histórica do instituto, salientando as diferentes feições que o mesmo incorpora, dependendo das necessidades apresentadas pelo momento histórico. Observaremos que a soberania é tingida com a forte coloração dos interesses, é dizer, seu conteúdo e sua força gravitam de acordo com as contingências de um determinado período.

Da evolução histórica, adentraremos ao estudo do conceito da soberania, bem como

Ronaldo Guimarães Gallo é Procurador Federal (SP) e especialista em direito constitucional.

apresentaremos suas principais características e atributos, tópicos intransponíveis para a compreensão do tema. De forma complementar, porém não menos importante, avaliaremos quem é o titular do seu exercício, ponderando acerca das teorias que intentam desvendar o questionamento.

Feito isso, observaremos que existe uma interessante ligação entre o instituto da soberania e o Poder Constituinte, sendo certo que referido liame em muito nos interessa para os propósitos deste trabalho. Portanto, faremos uma breve incursão na matéria *Poder Constituinte*, com o fito de apresentar um esboço consistente do fenômeno.

Essa análise implicará alinharmos um mínimo de informação para o entendimento do Poder Constituinte, logo, de forma impreterível, deveremos analisar seu conceito, principais características e atributos.

Quando estivermos desvendando as premissas básicas do *fenômeno constituinte*, constataremos que elas não são suficientes para a elaboração de um resultado convincente que importe num fechamento adequado ao presente estudo. Denotaremos que suas bases desembocam num terreno por demais nebuloso, cuja dubiedade é a marca mais significativa.

Nesse ponto nos deteremos, o que não implica o esgotamento do tema, nem a conclusão do nosso intento. Ao contrário, apresentaremos numa segunda parte do trabalho, a ser publicada na próxima edição, a evolução do Poder Constituinte e sua interessante relação com o instituto do *jus cogens*, que, por sua vez, merecerá toda nossa atenção e análise; análise essa que imbricará num embate entre os institutos da soberania e do *jus cogens*, propiciando novos entendimentos acerca dos temas e, finalmente, a nossa conclusão acerca da limitação, ou não, da soberania.

É este o estudo que nos propusemos desenvolver e que passamos a apresentar, por ora, com ênfase na soberania e no poder constituinte.

## 2. Evolução histórica

Para o pretendido neste trabalho, entendemos ser essencial, *ab initio*, a análise do desenvolvimento histórico da soberania. Com base nesse procedimento, poderemos delinear a gênese do fenômeno jurídico, fatos que culminaram por agregar determinadas características ao mesmo, ou então findaram por enrijecer crenças que não mais se coadunam com o momento político-histórico atual.

Diferente do que normalmente ocorre com outros temas, quando então a relevância do desenvolvimento histórico é adjacente, com o fenômeno da soberania tal não se dá. A síntese histórica lança informações importantes, que voltarão a ser lembradas quando do avançar do tema, emergindo, por vezes, como fundamento para intrigantes confrontos.

De se ver, portanto, a atenção que merece o presente tópico, cujo início já se faz tarde.

Na Antiguidade, a nota fundamental que caracteriza o Estado, apartando-o das demais comunidades humanas, é o que Aristóteles denomina *autarquia*. Esta, por sua vez, implica a auto-suficiência do Estado que, mediante os esforços da comunidade que o compõe, finda por suprir todas as suas necessidades, não dependendo de qualquer auxílio externo.

Não obstante a *autarquia* ser, na Antiguidade, adjetivo essencial do Estado, não tem qualquer ligação com o moderno conceito de soberania, aliás, muito mais se assemelha ao que se entende por autodeterminação. A somar com o entendimento esposado, tem-se o fato de que a *autarquia* não perfaz uma categoria jurídica, mas sim ética, ao primar pela realização da “vida perfeita” como condição fundamental a ser alcançada pelo Estado.

Em consonância, ressalta Jellinek (1970, p. 328) que “la antigua *polis* posee la posibilidad moral de aislarse del resto del mundo, porque lo tiene todo em sí misma, no sólo lo que puede ser necesario a la vida, sino tam-

bién lo que da a los hombres um valor. La polis no necesita del mundo bárbaro, ni tampoco de sus hermanas las ciudades griegas, para cumplir su fin. El concepto de la autarquia no nos enseña nada acerca de la libre determinación del Estado em su conducta, sobre su derecho y administración, sobre su política interior y exterior”.

Assim, tem-se que “o Estado antigo na concepção grega era uma comunidade social perfeita, a única organização política, aquela que abrangia o homem em toda a exteriorização e largueza de sua vida social, caracterizando-se, segundo Aristóteles, como autarquia, noção inteiramente diversa da moderna soberania e que permitia distinguir o Estado das demais formas de sociedade” (BONAVIDES, 1986, p. 131).

Sem prejuízo da distância existente entre a *autarquia* e o fenômeno jurídico da soberania, pode-se constatar naquela a gênese desta, principalmente no que diz respeito à supremacia do poder estatal, conferida pelo instituto jurídico hodiernamente.

A característica atual da soberania (alinhavada por alguns), de independência extremada, de poder incontestável, é utilizada pelos Estados como alicerce para os mais diversos desmandos, remetendo às condições encampadas na *polis* com a sutil, porém mui relevante, diferença da falta de auto-suficiência a lhes permitir ignorar os demais poderes que com eles coabitam o mundo globalizado. Algumas das condições especiais que decorriam do ser *autarquia* ainda permeiam o centro de poder de alguns Estados sob os eflúvios da concepção equivocada da soberania. Desses traços é que apanhamos a autarquia como a gênese, incipiente é certo, do que hoje se entende por soberania (não obstante, como já ressaltado, a total falta de parentesco entre o instituto ético-político e o fenômeno jurídico).

Entretanto, vale anotar que do raciocínio acima desenvolvido discorda o Professor Mário Lúcio Quintão Soares (2002, p. 544), ainda que destacando as mesmas importantes distinções por nós também apon-

tadas. Vale a transcrição do entendimento: “O conceito aristotélico de ‘autarquia’, definida como nota característica do Estado, que o diferencia das demais comunidades humanas, distingue-se radicalmente da concepção moderna de soberania. Ou seja, do conceito de autarquia não se deduz nenhuma consequência relativa às condições mútuas dos Estados empíricos, nem a respeito da amplitude do poder de dominação que lhe corresponde em seu interior”.

Na verdade, o mundo antigo restou impossibilitado de desenvolver um conceito, ainda que assemelhado, de soberania, fato que se justifica pelo próprio ambiente histórico de então: não existia oposição ao poder estatal, principalmente perante outros poderes.

A concepção das *autarquias*, subsistentes por si próprias, em todos os sentidos, bem está a demonstrar a incoerência do confronto de poderes estatais, dificultando que se desenvolvesse um conceito de soberania, pois que sem qualquer utilidade<sup>1</sup>.

O Estado Moderno, diferentemente do que se passou com o antigo – capturado pelos delineamentos acima sublevados –, teve que afirmar sua existência ultrapassando árduos conflitos que, por fim, forjaram suas características. Três foram os poderes que se entrechocaram para, medindo forças, apresentarem a substância do ente estatal, que lhes parecia consentânea com seus propósitos. São eles: a igreja, que tentou colocar o Estado a seu serviço; após, o império romano, que conferia aos Estados o poder equivalente ao observado às suas províncias; finalmente, os grandes senhores e corporações, que entendiam ser um poder independente dentro do próprio Estado.

Como resultado da luta entre esses três poderes, nasceu a idéia de soberania. Sendo assim, verificaremos, rapidamente, o desenrolar dos embates que propiciarão uma melhor noção do instituto foco do presente estudo.

Na luta entre o Estado e a Igreja, três eram os pontos de vista que sobressaíam: a Igreja

se sobrepõe ao Estado; os dois se equivalem; o ente estatal deve ter supremacia perante o religioso. Inúmeras foram as teorias que amparavam todos os pontos mencionados, porém, foi na França do século VII que nasceu a idéia da supremacia estatal ante a igreja.

A segunda força, na Idade Média, que lutou contra a teoria do estado independente foi o império. Preponderava na época a idéia de que os Estados (cristãos) eram submetidos ao poder imperial, somente a este cabendo a feitura de leis, a integridade do poder monárquico, enfim, a *plenitudo potestatis* (JELLINEK, 1970, p. 332). O poder imperial provia de entendimentos, como os de Bartolo (JELLINEK, 1970, p. 332), que professava a heresia daquele que afirmasse não ser o imperador senhor e monarca de toda a orbe; ou então do papa Pio II (JELLINEK, 1970, p. 333), que escreve a Frederico III que todos os povos estão submetidos a ele de direito.

Com a derrocada dos Hohenstaufen, essa doutrina oficial passa a ser contraditada. França e Inglaterra passam a negar a superioridade do Império, bem como importantes cidades italianas (Florença e Pisa) deixam de reconhecer a supremacia imperial.

Entretanto, a concepção de direito privado reinante à época professava a independência do Império como decorrência de um privilégio provindo da prescrição e posse imemorial do Imperador, não se considerando, pois, tal poder como decorrente da natureza do Estado, sob pena de essa doutrina implodir utilizando como munição sua própria retórica. Por isso, os reis que conseguiam afastar-se da superioridade imperial, não obstante, permaneciam nas cercanias do império, mesmo porque o Imperador era o único que tinha em mãos o direito de conceder o título de rei. O que havia, portanto, eram reis que exerciam “poderes imperiais” nas terras do Império por concessão do Imperador.

Todavia, novamente na França, eclodia o inconformismo à superioridade imperial,

sob os eflúvios da propalada independência do Estado perante a Igreja. O fundamento era fincado no argumento de que o rei não reconhece nenhum senhor superior acima de si. Desenvolveu-se uma teoria imperfeita de Estado, afastada dos ideais aristotélicos, mas que se mostrou diferente e propiciou o desenvolvimento de um novo pensamento acerca da natureza estatal, o elemento independência.

Contra essa nova doutrina acerca do Estado não se contrapunham apenas a Igreja e o Império, eis que o feudalismo também engrossava essas fileiras, desenvolvendo relações com a população que findavam por negar por completo a natureza estatal que se desenhava.

Os senhores feudais, dotados de poderes análogos aos provindos do Estado, o qual lhes servia como se fosse uma possessão privada, desenvolvem instituições com características inerentes às de caráter público e que não se submetiam a um regramento superior, findando por atender a população diretamente interessada, é dizer, aqueles que se encontravam estabelecidos na circunscrição territorial atendida pelo feudo.

Como decorrência desse cenário, o rei via-se impedido de ter um contato direto com a população, ainda mais porque, normalmente, ao ceder um feudo, aquele que o recebia ficava subordinado diretamente a um barão, afastando-se ainda mais do poder real. Fazia-se necessária, portanto, a quebra da barreira que distanciava o rei dos seus súditos, o afastamento dos que se encontravam como intermediários do poder estatal. E assim procederam Inglaterra e França, aquela reconhecendo e criando poderes submetidos diretamente à coroa e que findaram por integrar o próprio Estado; e esta por meio da aniquilação de todos os elementos políticos que se contrapunham ao rei.

Narra Jellinek (1970, p. 337) que o movimento de fortalecimento do poder do rei e, conseqüentemente, do Estado começou “*en Francia a principios del siglo XII con Luis VI;*

proceso que mediante Felipe Augusto alcanza una significación permanente en la Historia. En el año 1202 había treinta y ocho distritos judiciales reales (prévôtés), y al final del gobierno de aquel rey (1223) existían noventa y cuatro. Con el aumento del dominio real aumenta también la fuerza del rey frente a los barones. El rey adquiere el poder supremo de justicia, y asume igualmente en sí el poder legislativo y el de policía. Al final del siglo XIII aparece por vez primera el principio de que el rey era *sovrains de todo el reino sobre los barones, a quienes igualmente se les llamaba soberanos*. Como signos de esta soberanía señala Beaumanoirs el derecho del rey a juzgar como órgano supremo de justicia y le général garde de son royaume, y de donde deduce el jurista, anticipándose a su tiempo, el derecho libre del rey a legislar por le porfit du royaume. Los legistas exaltan más tarde la doctrina absolutista del Bajo Império acerca de él, y deducen de ella el poder ilimitado del rey de Francia, mediante la cual llegan a la negación de que haya un poder substantivo frente al del rey. Estos legistas son los que forman a la vanguardia en la lucha por la unidad del Estado, y atacan de un modo decisivo al Estado feudal por su falta de punto de unión, el cual, más que un Estado, es un conglomerado de una diversidad de señoríos. De este modo se transforma el concepto de la soberanía del rey, que en un comienzo era concepto relativo, comparativo, en un concepto absoluto. De superior que era *advieniē supremus*".

A nova doutrina que nascia trazia o rei acima do direito positivo (embora submetido ao direito natural), passando os Estados a possuírem fundamento na autoridade do monarca e não na autoridade do direito. Essa concepção de soberania somente viria a declinar com a Revolução Francesa.

Na época de transição para o Estado moderno, restou evidenciada a necessidade da concentração do poder nas mãos do príncipe, quer para implementar a união do Estado, quer para dizimar forças regionalistas que atuavam de forma a imprimir desmembramentos no ente estatal. A concentração do poder, unificando o Estado, foi possível graças ao aparecimento das monar-

quias absolutas (séculos XV a XVIII), firmando-se o poder soberano do rei e do Estado dentro do seu território contra quaisquer outros organismos que intentassem a repartição do domínio.

O instituto da soberania passa a ter como característica a "não limitação", conforme nos explica Machado Paupério (1958, p. 45)

"O conceito de soberania, pode-se dizer, evoluiu com o conceito de Estado. Mas, no limiar do mundo moderno, quando começou a ser vulgarizado, compreendia, além da completa independência em relação a todo e qualquer país estrangeiro e do máximo poder interno, um caráter de ilimitação, que se encontra, como vamos ver, nas várias definições dos teóricos do Estado, da época. As limitações que porventura surgem ao poder do Estado são de ordem casuística ou moral, nunca de ordem jurídica".

Com o movimento humanista, a doutrina que unia o poder em torno da Igreja e do Império desaba. A Reforma iniciada por Lutero propicia o avanço do poder temporal ante o espiritual, saindo vencedor aquele, consubstanciando a *divindade* do Estado. A doutrina luterana, pela via transversa, finda por angariar um aumento do poder estatal.

Lutero pretendia, com sua nova doutrina, imprimir profundas modificações na Igreja, que esta não podia permitir. Sendo assim, aliou-se o Mestre do trabalhismo inglês ao Império, para que este, com seu poder, fosse-lhe útil para impor força às novas teorias que desenhava. Mas o Imperador mostrou-se vacilante diante das propostas de Lutero, voltando-se este, por sua vez, aos príncipes.

Percebendo-se que para a derrocada da Igreja seria necessária a contraposição de outro poder, também considerado divino, Lutero passa a reafirmar a divindade do poder dos príncipes, culminando por esboçar o Estado nacional que se desenharia. O Estado passa a encerrar-se no príncipe e a

doutrina da superioridade do Império é aniquilada.

No final do século XVI, o rei da França passa a ser considerado “como o mais elevado da terra” (PAUPÉRIO, 1958, p. 45), o primeiro rei do mundo, não encontrando poder superior em qualquer fundamento fático ou jurídico. O reinado cresce com tamanha força que o rei passa a ter direitos sobre a própria Igreja, chegando a impor-lhe o pagamento de *impostos*, independentemente de qualquer audiência com o Papa.

Do que restou alinhavado, até o momento, abstrai-se três significações distintas para o conceito de soberania (PAUPÉRIO, 1958, p. 48):

“1. A princípio, a soberania apresenta apenas uma superioridade relativa ao domínio em que se exercita.

2. Paulatinamente, de comparativo passa a soberania a ter caráter superlativo, considerando ora o Rei como órgão de uma autoridade que pertence ao Estado, ora como o proprietário de todo o poder.

3. Finalmente a soberania, excedendo-se, vai compreender o conjunto dos poderes próprios do Estado, tendendo à supremacia definitiva e absoluta”.

### 3. Conceito e características

O termo soberania traz consigo a adjetivação de poder incontestável, acima do qual não existe qualquer outro; é o poder “de decisão em última instância de todos os seus assuntos, internos ou externos, não dependendo de ninguém e a ninguém precisando consultar”<sup>2</sup> (AZEVEDO, [19-?], p. 20-21).

Segundo Paulo Dourado de Gusmão (1992, p. 367), “pode-se definir 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”.

No mesmo sentido, mas com acabamento diferente, Hermann Heller (1965, p. 197) salienta que “la soberania es la cualidad de la independencia absoluta de una unidad de voluntad frente a cualquiera otra voluntad decisoria universal efectiva. Este concepto, en su aspecto positivo, significa que la unidad de voluntad a la que corresponde la soberania es la unidad decisoria universal suprema dentro del orden de poder de que se trate”.

O Professor Paulo Bonavides (1986, p. 129), por sua vez, informa que a soberania é apresentada, por inúmeros publicistas, como um conceito histórico e relativo. “Histórico, porquanto a Antiguidade o desconheceu em suas formas de organização política. Haja vista o exemplo da *polis* grega, do Estado-cidade na Grécia clássica<sup>3</sup>. A soberania surge apenas com o advento do Estado moderno, sem que nada por outra parte lhe assegure, de futuro, a continuidade”.

“Relativo, uma vez que tomado de início por elemento essencial do Estado – conforme sucedeu ainda entre juristas do século XIX – raro o autor hoje que após os trabalhos exaustivos de Jellinek ainda se ocupa da soberania sob o prisma do direito internacional, como de um dado essencial constitutivo do Estado. Há Estados soberanos e Estados não soberanos. Do ponto de vista externo, a soberania é apenas qualidade do poder, que a organização estatal poderá ostentar ou deixar de ostentar”.

Tendo em vista o enfoque *suso* apresentado, o mesmo doutrinador salienta que, “do ponto de vista interno, porém, a soberania, como conceito jurídico e social, se apresenta menos controversa, visto que é da essência do ordenamento estatal uma superioridade e supremacia, a qual, resumindo já a noção de soberania, faz que o poder do Estado se sobreponha incontestavelmente aos demais poderes sociais, que lhes ficam

subordinados. A soberania assim entendida como soberania interna fixa a noção de domínio que o ordenamento estatal exerce num certo território e numa determinada população sobre os demais ordenamentos sociais. Aparece então o Estado como portador de uma vontade suprema e soberana – a *suprema potestas* – que deflui de seu papel privilegiado de ordenamento político monopolizador da coação incondicionada na sociedade. Estado ou poder estatal e soberania assim concebidos, debaixo desse pressuposto, coincidem amplamente. Onde houver Estado haverá pois soberania” (BO-NAVIDES, 1986, p. 130).

No mesmo sentido, Márcio Monteiro Reis (2000, p. 197) descreve a soberania como “poder originário, incondicionado, exclusivo e coativo. O poder soberano nasce no mesmo momento em que nasce o Estado, daí dizer-se originário, além disso não depende de outros para justificar sua existência. Só pode ser possuído pelos Estados, embora nem todo o Estado o possua, portanto é uma característica exclusiva de Estados. Outra característica importante a ser destacada é a coatividade. Só o poder soberano é autorizado a empregar a força material, através de elementos de coação, que possam obrigar os indivíduos ao cumprimento da ordem jurídica”.

Se nem todo Estado possui soberania, consoante ecoa nas conceituações alinhavadas, cabe perquirir, antes de se dar prosseguimento, se o atributo da soberania é essencial à definição de Estado, eis que, positiva a resposta, os delineamentos sob ênfase não nos ajudarão no desenlace dos obstáculos que virão; contrariamente, sendo negativa, importante apontar os delineamentos que propiciarão uma explicação a contento.

O Professor José Alfredo de Oliveira Baracho (1986-1987, p. 14), também perscrutando se, entre as notas essenciais do conceito de Estado, está a soberania, aponta que este instituto revela um atributo, um predicado que acompanha e caracteriza o Estado. Referido “atributo” pode ser constatado

na posição de supremacia, de inexistência de poder superior.

Segundo Víctor Flores Olea (1975, p. 92), “*la soberanía del Estado no es, en consecuencia, el poder del Estado; ni siquiera uno de los atributos de su poder, sino la cualidad de supremacia y universalidad propia de la estructura estatal, considerada como un todo*”<sup>4</sup>.

No entanto, não se pode olvidar que a soberania é uma noção traçada pela Ciência Jurídica, o que não equivale dizer que perfaz um aspecto do direito positivo. O instituto é elaborado pela Ciência Jurídica, mas não como forma de imprimir determinada qualidade ao direito positivo, pois este não tem a capacidade de centrar em si a qualidade de supremacia máxima, própria da soberania (BARACHO, 1986-1987, p. 14-15).

Nessa linha de raciocínio, a soberania estaria conectada ao *poder* e à *autoridade*, logo, “se a Soberania acompanha por forma necessária o Poder ou Autoridade, e, por seu turno, o Poder ou Autoridade acompanham necessariamente a noção de sociedade, deriva em linha reta do originário por nós encontrado, temos que assentar no seguinte: a Soberania está numa relação direta e sem interrupção com o originário” (BARACHO, 1986-1987, p. 15), concluindo-se que o poder/autoridade ligados à soberania não derivam de outro poder, ao contrário, são a gênese, a fonte que ingressa regulamentando e construindo.

Com a ligação detectada entre a soberania e o poder, o que se tem, portanto, é aquela atuando como uma qualidade deste. “A Soberania, tida como superioridade, reclama imediatamente para sua compreensão plena o conceito de Poder”.

“A autêntica superioridade e domínio residem na conjugação das entidades entre si que se dispõem numa hierarquia, não em nenhuma dessas entidades mesmas. As noções de supremacia que se resumem na conceituação de Soberania ligam-se às noções de Poder e Sociedade. A Soberania, para alguns, não é concebida sem o Poder. Esta afirmativa não é suficiente para acreditar-

se legitimamente que a Soberania se define como atributo ou qualidade do Poder. A Soberania como atributo ou qualidade do Poder não se confunde com ele, por inteiro. A distinção entre Poder e Soberania não é completa. Como qualidade ou atributo do Poder, reconhece-se que entre ambos existe a conexão e condicionamentos recíprocos de relação” (BARACHO, 1986-1987, p. 17).

Nessa seara, pontuando e complementando, estabelecendo a dependência e a diferenciação, os posicionamentos são os mais variados e, talvez bem por isso, muito interessantes. Vale a observação do seguinte trecho: “Reparemos que, se a soberania inclui o Poder, o Poder, conforme vimos no parágrafo anterior, também em si a noção de Soberania e, portanto, nenhum destes conceitos pode ser mais extenso do que o outro. São, pois, de extensão igual. Mas como é que duas noções de igual extensão estão incluídas uma dentro da outra? De uma única maneira: coincidindo plena e perfeitamente. Partindo da hipótese de um Poder e de uma Soberania separados, temos de chegar à conclusão que a Soberania e o Poder são círculos coincidentes, isto é, uma realidade só. Soberania e Poder convertem-se um no outro. 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 conseqüência, 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. A Soberania é o Poder expresso numa noção certa e verídica ou, se quisermos, a Soberania é a verdade do Poder e vice-versa” (BRITO, [198-?], p. 457 apud BARACHO, 1986-1987, p. 17).

Ultrapassado os rápidos comentários a respeito do conceito e natureza do instituto em comento, vale traçar a classificação adu-

zida pela grande maioria dos doutrinadores, que, por sua vez, imputam à Soberania a qualidade de una, indivisível, imprescritível e inalienável<sup>5</sup>. “Una, por não ser possível a convivência simultânea de dois poderes soberanos. Soberano é aquele poder que se situa acima de todos os demais, não estando submetido a nenhum outro. Não é compatível a convivência de mais de um poder soberano no mesmo âmbito. *Indivisível*, por conclusão lógica ante a sua unidade. No entanto, a indivisibilidade da soberania não impede a divisão do seu exercício. A teoria da divisão de poderes importa, na verdade, em uma divisão de funções. Não se deve confundir isto com a divisão da própria soberania. *Imprescritível e inalienável*, pois encarna o poder supremo, insuscetível de lesão e indisponível. Na verdade, a inalienabilidade não é uma característica da soberania. O que ocorre é que a renúncia do poder soberano equivale a sua própria morte. O poder soberano que renuncia deixa de ser soberano” (REIS, 2000, p. 922).

O Professor A. de Sampaio Dória (1953, p. 55-57 apud AZEVEDO, (19- -?), p. 30-31), quando examinando o fenômeno da soberania, imputa-lhe três atributos essenciais: supremacia, exclusividade e autodeterminação. Assim, “a supremacia indica que, ao contrário de algumas formas sociais de coação subalternas como o pátrio poder do senhor sobre o escravo na época do escravismo, as quais dependem da lei, a coação exercida pela soberania é suprema e exclusiva, isto é, acima dela não existe qualquer outro poder. A exclusividade significa que a coação não pode ser exercida por qualquer particular ou organização, mas apenas pelo próprio Estado, cujo poder necessita ser invocado por qualquer pessoa, singular ou coletiva, que haja de exigir de outrem o cumprimento de obrigação ou encargo que assumiu. Por fim, a autodeterminação assinala que o Estado é o árbitro último de sua própria competência, podendo agir em última instância, sem necessidade de consultar a quem quer que seja”.



Haja vista o conteúdo assinalado a respeito dos principais delineamentos da soberania, fez-se concreta a base que nos propiciará prosseguir com o objetivo deste trabalho. Entretanto, antes de avançarmos, é de bom alvitre apontar a conexão existente entre a soberania (principalmente no que tange ao ordenamento jurídico interno) e o Poder Constituinte Originário, eis que este também, segundo a doutrina majoritária, não encontra limites às suas proposições, não deriva de outro poder ou condicionamento normativo e finda por constituir um novo ordenamento jurídico. A ligação que se intenta deixar clara é a força incontestável advinda da soberania e do Poder Constituinte Originário, mas os desdobramentos, conseqüências e efeitos dessa ilação serão oportunamente acentuados.

#### 4. Soberania e o titular do seu exercício

Como já verificado no presente trabalho, a soberania apresentou-se, num primeiro momento, como forma de confrontar o Império e a Igreja, afastando sua ingerência e concretizando o “poder estatal” nas mãos do rei. Ocorre que, com tal manobra, o instituto passou também a designar aquele que detinha o *poder* – soberano –, personificando o poder estatal. O verbete passou a apresentar verdadeira confusão do seu significado, o que era muito proveitoso ao rei.

Entretanto, com o surgimento do pensamento democrático e com a revolução burguesa, a coincidência acima sublinhada começou a ser desfeita, distinguindo-se a “soberania do Estado” da “soberania no Estado”.

“A soberania do Estado diz respeito por conseqüência à questão dos elementos e características do poder estatal que o distinguem (...) dos demais poderes e instituições sociais. A soberania no Estado formaria ao revés outra categoria de problemas de relevante importância, concentrados sumariamente na determinação da autoridade suprema no interior do Estado, na verificação

hierárquica dos órgãos governativos da comunidade política e sobretudo na justificação da autoridade conferida ao sujeito ou titular do poder supremo” (BONAVIDES, 1986, p. 135).

Facilmente se constata que o objeto deste trabalho condiz com a análise da soberania enquanto “poder estatal”, porém, já que tangenciado o assunto, prosseguiremos na análise das teorias que tentam desvendar quem é o sujeito de direito de soberania no Estado.

Destacam-se, nessa seara, duas doutrinas: a que sustenta o poder divino do rei como legitimador da titularidade e a que assenta no povo a sede da soberania. As teses que se amoldam à primeira facção são conhecidas como “doutrinas teocráticas”, e as que encontram fundamento na segunda são denominadas “doutrinas democráticas”.

Entre as “doutrinas teocráticas”, a mais exagerada é denominada “doutrina da natureza divina dos governantes”, que tem como fundamento alçar os governantes ao patamar de deuses vivos, e nesta condição são legitimados ao exercício do poder<sup>6</sup>.

Outra vertente é a “doutrina da investidura divina”; menos extremada, não considera seus governantes divindades, ao contrário, são pessoas intituladas como delegados diretos e imediatos de Deus, que lhes investe na condição de governantes com origem divina.

“Essa variante do pensamento teocrático não somente entende o poder como instituído por Deus para conservação da sociedade, senão que faz da escolha deste ou daquele governante, neste ou naquele país, um ato da vontade divina. Designadas por Deus para o exercício da autoridade, as dinastias revestem caráter sagrado” (BONAVIDES, 1986, p. 137).

Como última variável da teoria teocrática de legitimação da titularidade do exercício da soberania tem-se a “doutrina da investidura providencial”, que tem como marca apenas a origem divina do poder, o que implica dizer que os atos praticados pelo

governante são humanos, advindos do interesse e vontade dos mesmos (segundo essa doutrina, os governantes devem observar de forma escrupulosa o bem comum na utilização do poder). Com essa proposição, passou a surgir, de forma incipiente, entendimento no sentido da possibilidade de os governados escolherem seus governantes, eis que tais não necessitavam de qualquer qualidade divina para o exercício do poder.

Com relação às “doutrinas democráticas”, denota-se o desenvolvimento da “doutrina da soberania popular”, que consagra o povo como detentor de direito da soberania. Mais especificamente, soberania popular seria “tão-somente a soma das distintas frações de soberania, que pertencem como atributo a cada indivíduo, o qual, membro da comunidade estatal e detentor dessa parcela do poder soberano fragmentado, participa ativamente na escolha dos governantes” (BONAVIDES, 1986, p. 140).

A outra teoria que integra a vertente democrática é a “doutrina da soberania nacional”, que detém como grande diferencial da anterior o fato de a titularidade da soberania residir na nação e não em cada membro do povo, de forma fracionada. “A doutrina democrática da soberania que os poderes da Revolução (francesa) fundaram e fizeram prevalecer na Assembléia Constituinte foi a doutrina da soberania nacional. A nação surge nessa concepção como depositária única e exclusiva da autoridade soberana. Aquela imagem do indivíduo titular de uma fração da soberania, com milhões de soberanos em cada coletividade, cede lugar à concepção de uma pessoa privilegiadamente soberana: a Nação. Povo e Nação formam uma só entidade, compreendida organicamente como ser novo, distinto e abstratamente personificado, dotado de vontade própria, superior às vontades individuais que o compõem. A Nação, assim constituída, apresenta-se nessa doutrina como um corpo político vivo, real, atuante, que detém a soberania e a exerce através de seus representantes”.

## 5. Soberania e Poder Constituinte Originário

Tendo em vista os contornos traçados sobre o instituto da “soberania”, compete dizer que a sua *materialização* incide na atuação do Poder Constituinte, em especial o *originário*<sup>7</sup>. “Poder constituinte equivale à capacidade de escolher entre um ou outro rumo, nessas circunstâncias. E nele consiste o conteúdo essencial da soberania (na ordem interna), porquanto soberania significa faculdade originária de livre regência da comunidade política mediante a instituição de um poder e a definição do seu estatuto jurídico” (MIRANDA, 2000, p. 77-78).

Logo, já que a soberania toma corpo com a atuação do poder constituinte, vale uma rápida análise do instituto com o pertinente traço das suas principais características.

### 5.1. Poder Constituinte – conceito e natureza

Do Poder Constituinte pode-se começar dizendo, com Luís Roberto Barroso (1996, p. 104), que é revolucionário nas suas raízes históricas e político na sua essência. A primeira característica decorre da atuação de o instituto implicar um total rompimento com o ordenamento jurídico anterior (ou as regras em que se encontra estabelecido o ente estatal – adiante melhor explicitado) e a segunda por perfazer a expressão da vontade do poder político de uma determinada comunidade<sup>8</sup>.

Para o Professor José Afonso da Silva (2000, p. 67), “*poder constituinte* é o poder que cabe ao povo de dar-se uma constituição. É a mais alta expressão do poder político, porque é aquela *energia* capaz de organizar política e juridicamente a Nação”.

Prossegue o eminente doutrinador ressaltando que Fischbach (apud SILVA, 2000, p. 68) “define o poder constituinte como a “genuína e original expressão da soberania do povo. É o poder supremo que o povo tem de dar-se uma constituição e de reformar a vigente”. Aí, ele inclui também o poder de reforma constitucional, que, em geral, é de

competência do Poder Legislativo ordinário. Segue, assim, a doutrina que concebe dois tipos de poder constituinte: o *poder constituinte originário*, que serve de fundamento à criação de uma constituição nova, e o *poder constituinte derivado* (ou poder de emenda ou de reforma da constituição), que não é propriamente poder constituinte, mas competência para modificar a constituição existente – ou seja, poder constituinte derivado é simples competência constituinte (...)

Trazendo novos contornos ao tema, o Professor Manoel Gonçalves Ferreira Filho (1994, p. 19) esclarece que “o reconhecimento de um poder capaz de estabelecer as regras constitucionais, diverso do de estabelecer regras segundo a Constituição, é, desde que se pretenda serem aquelas superiores a estas, uma exigência lógica. A superioridade daquelas, que se impõe aos próprios órgãos do Estado, deriva de terem uma origem distinta, provindo de um poder que é fonte de todos os demais, pois é o que constitui o Estado, estabelecendo seus poderes, atribuindo-lhes e limitando-lhes a competência: Poder Constituinte.

Deve-se, portanto, reconhecer a existência de um Poder Constituinte do Estado e dos poderes deste (os quais são, por esse motivo, ditos constituídos). Esse 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”.

Os delineamentos fornecidos a respeito do instituto propiciam a visualização do mesmo e sua compreensão, em linhas gerais. No entanto, tal não se faz suficiente para a estreita ligação que ora se pretende com a soberania, o que nos impele a uma observação mais detida, imediatamente transmutada em questionamento: o Poder Constituinte (*originário!*)<sup>9</sup> encontra-se abarcado pela ciência do direito ou, poder polí-

tico que é (?), fica relegado seu estudo à sociologia?

Podemos iniciar respondendo ao questionamento amparados em duas correntes doutrinárias – a dos jusnaturalistas e a dos juspositivistas – que nos trazem diferentes fundamentos para a solução da controvérsia. De súbito, ressaltamos que aqueles entendem o poder constituinte como sendo jurídico, enquanto estes o compreendem como metajurídico, social. Ressaltamos, entretanto, que, não obstante a divergência das teorias quanto à natureza do poder constituinte, constata-se que há uniformidade de entendimento quanto ao fato de ser este o fenômeno que *provê* a Constituição e, conseqüentemente, é desta *Carta* que se abstrai a organização estatal e o ordenamento jurídico. Analisemos as teorias.

A escola jusnaturalista carrega como mérito a façanha de alçar à categoria de ciência autônoma, desvinculada da teologia e do direito canônico, o Direito e o Estado. Com o Estado Moderno e o início do constitucionalismo (século XVIII, mais especificamente com a Constituição dos Estados Unidos da América do Norte de 1787 e a Constituição Francesa de 1791<sup>10</sup>), passou-se ao questionamento acerca da existência de um poder anterior que deflagrasse a constituição de regras que subsumiriam à condição organizacional jurídica do Estado.

Como precursor da idéia de que o poder que *constitui*, que *cria* a Carta Política tem natureza diferente da mesma, com ela não se confundindo, o padre, político e jurista Emmanuel Joseph Sieyès (1997), em sua obra “Que é o Terceiro Estado?”, forjou a denominação *Poder Constituinte*.

Afora o caráter político inerente à obra do abade, pré-revolucionário (início de 1789) e com fulcro na tentativa de arquitetar uma organização estatal para a França, a descoberta do *poder constituinte* despertou o interesse para o fenômeno, importante para a elaboração da Constituição, mas que a precede e não a integra. A *descoberta* culminou em uma teoria que tentou desvendar e

esquematar o instituto, denominada “Teoria Racional Ideal”.

A referida *teoria* vem embasada na liberdade individual do Homem, anterior ao advento do próprio Estado, logo, prevalecendo sobre o mesmo, bem como na liberdade de auto-organização, cujo direito seria inerente à nação e não ao povo<sup>11</sup>. Então o que se tem é o Homem livre e que deve se organizar segundo a vontade da nação (depositária e detentora da liberdade dos Homens).

Não se pode olvidar, deparando-se com as considerações iniciais sobre a Teoria de Sieyès, que as mesmas são pautadas sob forte influência da teoria jusnaturalista (na verdade “contratualista-jusnaturalista”<sup>12</sup>). De qualquer forma, aquelas premissas deveriam ser utilizadas como fundamento para a elaboração de uma Constituição escrita.

A obra de Sieyès (1997) atinge seu ápice exatamente neste ponto, quando o cura percebe que anterior à Constituição existia um poder que a concebia. Mais importante, denotou o sábio jurista que se tratava de poderes distintos e inconfundíveis, ou seja, a Constituição era o resultado provindo de um *poder especial*, qual seja, o *Poder Constituinte*.

Arremata o mestre ressaltando que o *poder especial* está fundado na vontade da nação, detentora da liberdade da comunidade. Evidentemente que, não possuindo meios instrumentais para a manifestação da *comunidade*, Sieyès elaborou um sistema de representação, segundo o qual a nação se expressaria por meio de mandatários por ela designados.

Portanto, ante os aspectos enunciados, tem-se como elementos identificadores da “Teoria Racional Ideal”: “a) princípio da liberdade, sob o qual se estrutura a nação; b) a nação, como ente de direito natural; c) o sistema de representação-imputação, como sistema procedimental para o exercício do Poder Constituinte; d) a criação do Poder Constituinte como poder estabelecido da Constituição” (SANTOS, 1980, p. 23).

Novamente ressaltamos que, segundo a doutrina de Sieyès (1997), a nação soberana,

fundada no direito natural, tudo pode, exceto contrariar os princípios do jusnaturalismo. E, sendo *ela* a legítima detentora do poder de criar a Constituição, logo, do Poder Constituinte, conclui-se que, para a “Teoria Racional Ideal”, esse instituto não é estranho ao mundo jurídico, pois que se concretiza em poder do Direito Natural.

Lançamos o entendimento de Sieyès (1997) sobre a natureza social ou política do Poder Constituinte, eis que somente com os estudos do abade se vislumbrou a diferença entre a força que cria uma Constituição e as regras inerentes à própria.

No entanto, como passaremos a notar, a conclusão do mestre francês acerca da natureza jurídica do instituto não destoia do resultado encontrado pelos estudiosos vinculados à corrente jusnaturalista, mesmo porque Sieyès (1997) também nela ancora seus estudos para exprimir sua tese. De qualquer maneira, entendemos importante a referência à descoberta do cura, pois que gênese do fenômeno ora focado. Passo adiante, averigüemos as considerações dos jusnaturalistas sobre o Poder Constituinte.

Entre as inúmeras Escolas do Direito Natural, daremos maior destaque, pela proeminência, às que expressaram os pensamentos de Santo Tomás de Aquino (apud SANTOS, 1980) e Hugo Grócio (apud SANTOS, 1980), sem embargo das importantes contribuições conferidas por Emmanuel Kant (apud SANTOS, 1980), merecedoras da nossa atenção.

Como principal destaque da doutrina de Santo Tomás (apud SANTOS, 1980), tem-se a razão e a inclinação do Homem em se socializar.

Quanto à razão, explica, parte dela é revelada pela Igreja e a outra parcela é descoberta pelo próprio Homem por meio *do uso da razão*. Os dois elementos compõem um todo – Lei Eterna provinda da razão de Deus – cuja parcela que cabe ao Homem desvendar perfaz a Lei Natural.

A maior contribuição dessa vertente teórica do jusnaturalismo condiz com a instin-

tiva necessidade de associação dos Homens, decorrente de uma força inata provinda de Deus, que legitima a criação dos Estados.

Tal poder (de criação dos Estados) reside no povo (por outorga de Deus), consequentemente operando-se uma distinção entre o poder espiritual e o poder temporal.

Igual consideração merece a Escola do Direito Natural e das Gentes, surgida em 1625 com a publicação do primeiro livro de Direito Natural, *De Jure Belli ac Pacis*, da lavra de Hugo Grócio (Cf. SANTOS, 1980, p. 28).

A obra de Grócio (apud SANTOS) tem como importante marco o estudo científico do direito de forma autônoma, desvinculada da Teologia, bem como conferiu fundamento terreno ao Estado, apartando-o de alicerces doutrinários religiosos. No desenvolvimento das suas teses, o jurista concebeu o *princípio da Justiça* como fundamento eterno do direito, alertando que a regra é observada como cerne das ciências jurídicas independentemente da vontade divina.

De forma concatenada, Grócio (apud SANTOS, 1980, p. 29), “repetindo Aristóteles, proclamou a natureza social do homem e a inclinação inata deste à vida em sociedade. Sua concepção de uma sociedade justa conduziu seu pensamento a edificá-la de molde a assegurar os direitos fundamentais do homem. No seu dizer, não basta ao homem viver, pois carece ele de viver bem, e para isso a sociedade deve se firmar sob a égide do Direito e se estabelecer sob o império de uma ordem justa. Só a ordem justa é legítima, por sua adequação à racionalidade”.

Alinhavadas as principais correntes jusnaturalistas, faz-se de bom alvitre a observância do pensamento de Emmanuel Kant (apud SANTOS, 1980), a quem se atribui a sistematização do Direito Natural. A sua doutrina contratualista-jusnaturalista tem como base as excelências e virtudes do Homem em seu estado de natureza, é dizer, ser livre e de boa índole, dotado de inclinação social, concluindo o filósofo que a própria *razão* impinge aos Homens a associação para o alcance de seus objetivos.

A teoria elaborada por Kant (apud SANTOS, 1980, p. 30) encontra-se fundamentada em dois pressupostos: “pelo primeiro (razão pura) estabelece que o homem reconhece ser a causa necessária e livre de suas ações; pelo segundo (imperativo categórico) estabelece que o homem deve obediência às normas prefixadas pela razão prática”.

Portanto, sobressaem na teoria de Kant (apud SANTOS, 1980) o Direito e o Estado como garantia da indispensável *liberdade* do Homem, princípio esse em que aqueles elementos obrigatoriamente encontram-se assentados.

O que se pode abstrair, ante os elementos essenciais pinçados dos fundamentos encontrados nas principais Escolas do Direito Natural, de forma a conferir alicerce comum à corrente científica, é a idéia de *liberdade*, a *inclinação social* do Homem e o poder de *auto-organização política* da comunidade.

Como característica marcante da corrente jusnaturalista, tem-se a distinção, evidente, entre o Direito Natural e o Positivo, sendo que o direito posto somente é detentor de validade quando devidamente fundamentado nos princípios que dão suporte e sustentação ao direito natural.

Voltando ao laço que une os jusnaturalistas e o Poder Constituinte, ressaltamos que aquela doutrina, desde sempre, confere ao povo o poder de se auto-organizar. Ocorre que, com o movimento constitucionalista do século XVIII, tal capacidade inseriu-se no poder de criar uma Constituição, daí denotando-se a importância do Poder Constituinte para a ciência do Direito Natural.

Para o jusnaturalismo, o Poder Constituinte é caracterizado por ser um poder inicial e incondicionado, porém limitado. Os limites balizadores desse poder são os próprios princípios que fundamentam o direito natural, em especial o princípio da liberdade.

Dessa forma, a conclusão a que se chega quanto à natureza do Poder Constituinte, para a corrente jusnaturalista, é de verdadeiro poder jurídico, advindo de uma ordem jurídica natural que o contempla.

No que tange à corrente juspositivista, que tem em Hans Kelsen (1998) e sua obra “Teoria Pura do Direito” a retórica mais proeminente, faz-se necessário uma realocação de *habitat* doutrinário para o devido enquadramento do Poder Constituinte, bem como sua natureza, segundo a corrente que ora se empresta atenção.

Contrariamente ao que se passa com a doutrina jusnaturalista, para os juspositivistas não se admite a intromissão filosófica, social ou metajurídica, como elementos integrantes (ou de sustentação) do direito. O positivismo jurídico circunscreve o direito às regras que compõem o *direito posto*.

Dessa feita, “o positivismo, ao sustentar que o direito é um sistema de normas, explícita, por consequência, que a positividade constitui, em verdade, a forma de manifestação e de realização do Direito. Decorre disso que, para o positivismo jurídico, tanto a Constituição<sup>13</sup> como o poder que a cria nada de *jurídico* significam” (SANTOS, 1980, p. 34).

Como Hans Kelsen (1998) expurgou do conceito de Direito qualquer elemento não-jurídico, a conclusão a que se chega, com relação ao Poder Constituinte, é no sentido de que, não obstante, *poder*, que expressa a gênese do Direito e do Estado, não é *poder de direito*, é dizer, não tem natureza jurídica.

A norma, para o positivismo kelseniano, é válida porque obedece a uma forma determinada e atende a um procedimento específico, desembocando no chamado *direito posto*, que se insere num sistema gradual de normas que alcança sua unidade<sup>14</sup> na *norma hipotética fundamental*<sup>15</sup>.

Como essa teoria não admite, como já referido, a intrusão de elementos não jurídicos a compô-la, no ápice do sistema, a validá-la, encontra-se a *norma hipotética fundamental*, propiciando, assim, ao autor alemão explicar juridicamente a obrigatoriedade da Constituição sem reconhecer a existência, na sua origem, de um fenômeno *não* jurídico.

Explica, com propriedade, o Professor Aricê Moacyr Amaral Santos (1980, p. 36) que, “como para o positivismo jurídico o Di-

reito se resume no Direito posto pelo Estado, a Constituição, como estabelecadora do Estado e da ordem jurídica, não passa de um fato.

À vista dessa colocação positivista, não cogita igualmente o positivismo do Poder Constituinte, por entender dita corrente que esse poder constitui mera força social, uma força metajurídica, a ser estudada pela Sociologia e por outras ciências, mas, nunca, pela Ciência do Direito”.

Como resultado das elucubrações acima formuladas, temos que, para a corrente encabeçada pelos jusnaturalistas, o Poder Constituinte transverte-se em conteúdo jurídico; para os positivistas, o mesmo *poder* não passa de fato social, desprovido de qualquer fundamento de Direito. Finalmente, trazemos à colação o entendimento do Professor Aricê Amaral Santos (1980, p. 84), que, em excelente trabalho acerca da natureza do Poder Constituinte e não se submetendo às idéias preconcebidas provindas das inúmeras correntes doutrinárias que analisou, assim concluiu: “Essa idéia de Direito, que não se pode qualificar como de um Direito *sui generis*, caracteriza-se, por seus atributos, como força jurígena ou pára-jurídica. Conclui-se, assim, que o Poder Constituinte é força jurígena ou pára-jurídica (sociológica-política quanto à origem e natureza, jurídica quanto aos seus efeitos)”.

A discussão que ora se empreendeu no presente tópico não foi em vão, ela servirá de substrato para as discussões subseqüentes e de fundamento para a análise de determinados atributos do Poder Constituinte, em especial aqueles intitulados desprovidos de limites. Sendo assim, passemos à análise dos *atributos* do Poder Constituinte.

## 5.2. Atributos do Poder Constituinte

São citados como atributos do Poder Constituinte a *anterioridade*, a *ausência de vinculação*, a *inalienabilidade*, a *permanência* e a *superioridade*. O Professor José Horácio Meirelles Teixeira (1991, p. 212-215) confe-

re o seguinte conteúdo aos atributos mencionados:

a) *Anterioridade*. O Poder Constituinte é um poder originário, anterior a qualquer outro poder, expressão primeira da soberania nacional. Daí seu caráter *transcendental, metaconstitucional*. É nesse sentido que Hauriou (...) o denomina 'fundador' e Burdeau, 'primário'. Ele constitui, realmente, a primeira e suprema oportunidade de manifestação da soberania, e Sieyès já o comparava ao *Fiat* da Criação. Criando as normas jurídicas fundamentais (produção originária das normas jurídicas), é o Poder Constituinte, realmente, anterior a qualquer outro poder.

b) *Ausência de vinculação*. A atividade, as diretrizes, as decisões fundamentais do Poder Constituinte não podem, por definição e essência, achar-se juridicamente vinculadas, pois, segundo vimos, na *situação constituinte não existe normatividade nem ordenamento jurídico definitivos, nem poderes constituídos. Não podem existir, nem são imagináveis, portanto, vinculações prévias, preceitos jurídicos a observar, limitações ou restrições positivas de nenhum gênero ao Poder Constituinte, nenhuma ligação, em sua atividade criadora, a normas ou procedimentos jurídicos prévios*. É a isso que Friedrich denomina 'potencialidades' revolucionárias do Poder Constituinte, pois este acha-se, realmente, em condições de modificar totalmente a estrutura política e o ordenamento jurídico vigentes.

c) *Superioridade*. Decorre da anterioridade e da ausência de vinculação. O Poder Constituinte estabelece os demais poderes constituídos, traça-lhes as normas fundamentais de ação, expressas na Constituição. É-lhes, portanto, não só anterior como também superior.

d) *Inalienabilidade*. A Nação pode delegar o exercício do Poder Constituinte a representantes, como geralmente ocorre. A tarefa constituinte é realizada, então, por Assembleias Constituintes, compostas de representantes da Nação, eleitos especialmente para elaborarem a Constituição.

e) *Permanência*. É uma consequência da *inalienabilidade*. Significa que a modificação

da Constituição, isto é, da organização político-jurídica fundamental da Nação, é sempre possível, porque, sendo inalienável, o Poder Constituinte *permanece no povo*, perdurando através e acima da ordem jurídica constituída. Daí dizer Schmitt que *'o povo, a Nação, seguem sendo a base de toda a evolução política, a fonte de toda a força, que se manifesta em formas sempre novas, que tira sempre de si mesma novas formas e organizações, não subordinando nunca, entretanto, sua existência política a uma formulação definitiva'*. Isto significa, em última análise, que não existe constituição, nem formas de Estado, ou de governo, *irrevogáveis ou irreformáveis*, em face do Poder Constituinte".

Denota-se das explicações lançadas acerca de cada um dos atributos do Poder Constituinte que a característica condizente com a *ausência de vinculação* é a que mais nos interessa, isso porque, como posta, propicia o entendimento de que o fenômeno é desprovido de limites. Ora, em não havendo *vinculação, preceitos jurídicos ou limites a observar*, a reta conclusão a que se desemboca concerne à qualidade de ausência de limites para o poder criador/fundador da Constituição.

Entretanto, talvez com o intuito de evitar o resultado acima antecipado, o próprio Professor Meirelles Teixeira (1991, p. 212-215) alerta que a *ausência de vinculação* "não significa (...), 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*".

Nova luz e perspectiva é posta ao tema e o foco agora insinua a limitação do poder constituinte (por consequência, da soberania) por meio de amarras advindas dos princípios norteadores do direito natural. Sendo assim, o que se tem é a caracterização do poder constituinte/soberania como poder limitado, desde que o intérprete adote como

premissa os fundamentos do direito natural, não ocorrendo a mesma conclusão caso o mesmo hermeneuta tenha como ponto de partida, *exempli gratia*, a doutrina positivista.

Com fundamento no positivismo, o que se tem é o poder constituinte como não jurídico, perfazendo uma força social; conseqüentemente, as limitações (ou não) acerca da força do fenômeno serão estipuladas pela própria comunidade (ou melhor, seus representantes), o que se traduz, indubitavelmente, numa força ilimitada.

A caracterização do poder constituinte como poder ilimitado ou limitado, então, depende da doutrina que alicerça o preceito? Se é assim, qualquer dos resultados é correto, apenas dependendo a evolução do entendimento da vocação do intérprete (jusnaturalista ou juspositivista)?

É o que iniciaremos a perseguir na segunda parte do nosso estudo, a ser publicada na próxima edição.

### Notas

<sup>1</sup> “Si el Estado autárquico es la forma suprema de los fenómenos de la vida política, entonces es posible para el Estado formado de esta suerte mantenerse extraño a los demás; pero no es posible concebir entre él y las otras comunidades estatistas unas relaciones de cambio, permanentes y amistosas, encaminadas al desenvolvimiento de la cultura. Todo cambio descansa por necesidad psicológica en las necesidades económicas y espirituales, mediante las cuales se completan los hombres unos a otros, necesidades que, según consideraba la antigua doctrina, hallaban su satisfacción absoluta dentro del propio Estado.” (JELLINEK, 1970, p. 329-330).

<sup>2</sup> O mesmo autor salienta, no que tange à origem do termo, ser o mesmo proveniente do latim, “segundo alguns do latim medieval, de *super omnia* ou de *superanus* ou *supremitas* (caráter dos domínios que não dependem senão de Deus). Provavelmente, derivou-se o termo soberania de *superanus*, vocábulo do baixo latim equivalente a superior. De valor comparativo, de início, passou depois ao de superlativo absoluto, ao significado de *supremitas*’ (Cf. SOVRANITÁ, 1972). Embora haja uma certa divergência etimológica quanto à palavra soberania, entende-se que venha de *superanus*, que, por sua vez, teria originado com a alteração do prefixo, ao termo *suserano* (nome dado ao senhor de um

domínio cujo feudo ou senhorio dependia somente do rei, tendo, contudo, outros feudos que lhe rendiam vassalagem ou lhe pagavam tributo). Entretanto, é certo que a referida palavra nos chegou através da formação francesa *souveraineté*, do direito gaulês (MEYER; REHM, [19 - -?] apud CARRÉ DE MALBERG, 1948). Gerber (apud CARRÉ DE MALBERG, 1948) definiu a soberania como um poder de dominação – *Herrschergevalt* – de império”.

<sup>3</sup> Vide capítulo I deste trabalho.

<sup>4</sup> Ainda segundo Víctor Flores Olea (1975, p. 101-102): “(...) la comunidad, en cuanto se unifica políticamente, es decir, en cuanto llega a constituir una estructura social organizada para la realización de ciertos fines y para la ejecución de determinadas funciones, constituye el Estado. Esa estructura social, cuyos fines y funciones pueden tomar realidad, únicamente, porque forma, a través de órganos, una unidad de decisión y acción, tiene la *calidad* de ser soberana, es decir, *suprema y universal* en el radio de actividad dentro del cual la estructura actúa. Esos peculiares fines y funciones del Estado, también hemos dicho, son solo posibles porque el Estado *es soberano*, esto es, porque sobre la estructura estatal no hay ninguna instancia de voluntad que determine, por una parte, el *ser y forma* de la estructura, y, por outro, el contenido de cada decisión que, para el logro de sus metas, ha de tomar, ante cada nueva situación a la que se enfrenta, la unidad de decisión y acción que forma la misma estructura. (...) La estructura estatal es soberana porque se da, a sí misma, *forma* concreta de existencia política y porque, al decidir, no sólo sobre el *modo y forma* de su ser, sino también, sobre cualquier exigencia que plantee el cumplimiento de sus fines y funciones, no está sujeta a ninguna instancia de voluntad que se imponga. El Estado es soberano porque es una organización supraordenada en relación con las demás organizaciones y unidades de voluntad existentes dentro de los límites de su competencia”.

<sup>5</sup> A Constituição Francesa de 1791, no seu artigo 1º, título terceiro, já conferia à soberania as qualidades assinaladas – nota do autor.

<sup>6</sup> “A história anda cheia de exemplos de reis que fielmente professavam essa doutrina e se reputavam divindades, como os faraós do Egito, os imperadores romanos, os príncipes orientais e até mesmo o Imperador do Japão até o fim da Segunda Guerra Mundial” (BONAVIDES, 1986, p. 137).

<sup>7</sup> “(...) as constituições foram sempre o reflexo da ocorrência do poder soberano dos Estados nacionais dotados de um território – elemento objetivo, e de um povo – elemento subjetivo, sobre e para os quais se constituíam e organizavam em um documento legislativo supremo as formas e os conteúdos da vida política e social da comunidade” (MORAIS, 2002, p. 530-531).



<sup>8</sup> Observe-se que nos referimos à comunidade e não ao Estado, isso porque o poder político é anterior ao próprio Estado, é a força que funda o Estado, conferindo-lhe uma Constituição, organizando-o, impondo-lhe limites e dispozo sobre fins a serem alcançados – nota do autor.

<sup>9</sup> Sempre que nos referirmos ao Poder Constituinte, deste momento em diante, assim o faremos com foco no *poder constituinte originário*, pela implicação que estamos a desenvolver com relação à soberania. Quando a referência for ao *poder constituinte derivado*, enunciaremos expressamente – nota do autor.

<sup>10</sup> Segundo Carlos Sanchez Viamante (1957, p. 240), “A Sieyès se le debe la verdadera y definitiva consagración doctrinaria del Estado de derecho, concebido com alguma claridad por Francisco Suárez en el siglo XVII, y realizado prácticamente por los Estados Unidos, a partir de la Declaración de los derechos del hombre, del Estado de Virginia, em 1776”.

<sup>11</sup> No que pertine a essa distinção conceitual (nação – povo), vale a transcrição do entendimento abalizado do Professor Manoel Gonçalves Ferreira Filho (1974, p. 27 apud SANTOS, 1980, p. 25): “Povo para ele (Sieyès) é o conjunto de indivíduos, é um coletivo, uma reunião de indivíduos sujeitos a um poder. Ao passo que a nação é mais do que isso, porque a nação é a encarnação de uma comunidade em sua permanência, nos seus interesses, interesses que eventualmente não se confundem nem se reduzem aos interesses dos indivíduos que a compõem em determinado momento”.

<sup>12</sup> A doutrina *contratualista* a que se faz referência diz com a doutrina de Rousseau, utilizada pelo abade juntamente com os preceitos jusnaturalistas. No entanto, novamente nos valendo dos traços do Professor Argentino Carlos Sanchez Viamante (1957, p. 242), “aquí está lo fundamental de la doctrina: lo que no se le ocurrió a Rousseau, por no haber admitido tampoco la existencia de um poder legislativo ordinario, que actúase como cuerpo, por delegación y representación del pueblo, y por no haber diferenciado la Constitución de la ley ordinaria. Es verdad que Rousseau supone, sin discriminación alguna, que toda ley es expresión de la voluntad general soberana y, por consiguiente, sólo tiene valor cuando es el pueblo reunido quien la dicta. Pero también es verdad que él reconocía las dificultades del sistema democrático, y hasta llegó a decir que era imposible su aplicación (...). No sería justo pasar por alto la circunstancia de haber escrito Rousseau su obra cuando aun no existía ninguna verdadera Constitución, lo que daba a su doctrina el carácter de una construcción utópica o, por lo menos, puramente teórica”.

<sup>13</sup> Neste ponto ousamos discordar do ilustre professor, eis que entendemos ser a Constituição

expressão do direito positivo. Segundo Hans Kelsen (1998, p. 247): “Se começarmos levando em conta apenas a ordem jurídica estadual, a Constituição representa o escalão de Direito positivo mais elevado. A Constituição é aqui entendida num sentido material, quer dizer: com esta palavra significa-se a norma positiva ou as normas positivas através das quais é regulada a produção das normas jurídicas gerais. Esta Constituição pode ser produzida por via consuetudinária ou através de um ato de um ou vários indivíduos a tal fim dirigido, isto é, através de um ato legislativo. Como, neste segundo caso, ela é sempre condensada num documento, fala-se de uma Constituição ‘escrita’, para a distinguir de uma Constituição não escrita, criada por via consuetudinária. A Constituição material pode consistir, em parte, de normas escritas, noutra parte, de normas não escritas, de Direito criado consuetudinariamente. As normas não escritas da Constituição, criadas consuetudinariamente, podem ser codificadas; e, então, quando esta codificação é realizada por um órgão legislativo, e, portanto, tem caráter vinculante, elas transformam-se em Constituição escrita”.

<sup>14</sup> “Como a norma fundamental é o fundamento de validade de todas as normas pertencentes a uma e mesma ordem jurídica, ela constitui a unidade da pluralidade destas normas” (KELSEN, 1998, p. 228).

<sup>15</sup> “A função desta norma fundamental é: fundamentar a validade objetiva de uma ordem jurídica positiva, isto é, das normas, postas através de atos de vontade humanos, de uma ordem coerciva globalmente eficaz, quer dizer: interpretar o sentido subjetivo destes atos como seu sentido objetivo. A fundamentação da validade de uma norma positiva (isto é, estabelecida através de um ato de vontade) que prescreve uma determinada conduta realiza-se através de um processo silogístico. Neste silogismo a premissa maior é uma norma considerada como objetivamente válida (melhor, a afirmação de uma tal norma), por força da qual devemos obedecer aos comandos de uma determinada pessoa, quer dizer, nos atos de comando; a premissa menor é a afirmação do fato de que essa pessoa ordenou que nos devemos conduzir de determinada maneira; e a conclusão, a afirmação da validade da norma: que nos devemos conduzir de determinada maneira. A norma cuja validade é afirmada na premissa maior legítima, assim, o sentido subjetivo do ato de comando, cuja existência é afirmada na premissa menor, como seu sentido objetivo. Por exemplo: devemos obedecer às ordens de Deus. Deus ordenou que obedeçamos às ordens dos nossos pais. Logo, devemos obedecer às ordens de nossos pais” (KELSEN, 1998, p. 226).

