

PODER CONSTITUINTE ORIGINÁRIO
E PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA:
UMA RELAÇÃO NECESSÁRIA NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

*Vinicius Dias Alves**

Resumo: A ilimitação tradicionalmente atribuída ao poder constituinte originário na literatura constitucional demonstra-se incompatível com o paradigma do Estado Democrático de Direito. Isso posto, a partir de uma compreensão contextual da teoria clássica, articulada durante a Revolução Francesa, no fim do século XVIII, a presente pesquisa desenvolve uma releitura do poder constituinte. Para tanto, percorrem-se os debates doutrinários travados em torno das características definidoras e da natureza da instância à qual cabe produzir a Lei Maior, ou seja, a Constituição, dando origem ao Estado. Ademais, investiga-se a interface estabelecida entre a titularidade do poder originário e a legitimidade de sua obra, proporcionando uma leitura crítica – e necessariamente pluralista – do alcance conceitual e da centralidade assumida pelo elemento povo no processo constituinte. Por derradeiro, a pesquisa centra esforços na sistematização de contributos teóricos que sustentam a incidência de limites sobre a atividade do poder constituinte originário. Na esteira da identificação de que se trata de uma manifestação limitada do ponto de vista jurídico, conclui-se que o imperativo de proteção da dignidade da pessoa humana fixa um limite material ao exercício do poder criador da Constituição, de maneira que se prenuncia a ilegitimidade da disciplina constitucional na hipótese de violação ao princípio em comento.

Palavras-chave: Constituição; Dignidade da pessoa humana; Direito constitucional; Estado Democrático de Direito; Poder constituinte originário.

ORIGINARY CONSTITUENT POWER
AND PRINCIPLE OF THE DIGNITY OF THE HUMAN PERSON:
A NECESSARY RELATIONSHIP IN THE DEMOCRATIC RULE OF LAW

Abstract: The boundlessness traditionally attributed to the originary constituent power within the constitutional literature proves to be incompatible with the paradigm of the Democratic Rule of Law. That said, based upon the contextual understanding of the classical theory, articulated during the French Revolution, at the end of the 18th century, this research develops a reassessment of the constituent power. For this, it explores the doctrinal debates surrounding the defining characteristics and nature of the authority responsible for producing the Major Law, that is, the Constitution, giving rise to the State. In addition, it investigates the interface established between the titularity of the originary power and the legitimacy of its work, culminating in a critical – and necessarily pluralistic – evaluation of the conceptual scope and centrality assumed by the people element in regard to the constituent process. Finally, the research focuses on the systematization of theoretical contributions that sustain the incidence of limits on the activity of the originary constituent power. In the wake of identifying this as a limited manifestation from a juridical standpoint, it is concluded that the imperative of protecting the dignity of the human person establishes a material limit to the exercise of the

* Bacharel em Direito pela Faculdade Alis de Itabirito e em Comunicação Social pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais - PUC Minas, Brasil. Especialista em Direito Público pela Faculdade Legale. Membro do Grupo de Estudos de Direito Administrativo da Faculdade de Direito de Ribeirão Preto - USP. ORCID: <https://orcid.org/0000-0003-1228-1746>. Contato: vinicius.dias.a@gmail.com.

power to create the Constitution, in such a way as to foreshadow the illegitimacy of the constitutional discipline in the event of a violation to the principle in question.

Keywords: Constitution; Dignity of the human person; Constitutional law; Democratic Rule of Law; Originary constituent power.

PODER CONSTITUYENTE ORIGINARIO Y PRINCIPIO DE LA DIGNIDAD DE LA PERSONA HUMANA: UNA RELACIÓN NECESARIA EN EL ESTADO DEMOCRÁTICO DE DERECHO

Resumen: La ilimitación tradicionalmente atribuida al poder constituyente originario en la literatura constitucional se muestra incompatible con el paradigma del Estado Democrático de Derecho. Dicho esto, partiendo de una comprensión contextual de la teoría clásica, articulada durante la Revolución Francesa, a finales del siglo XVIII, esta investigación desarrolla una relectura del poder constituyente. Para eso, se recorren los debates doctrinales en torno a las características definitorias y a la naturaleza de la autoridad encargada de producir la Ley Mayor, es decir, la Constitución, dando origen al Estado. Además, se investiga la interfaz establecida entre la titularidad del poder originario y la legitimidad de su obra, proporcionando una lectura crítica – y necesariamente pluralista – del alcance conceptual y de la centralidad asumida por el elemento pueblo en el proceso constituyente. Finalmente, la investigación se centra en sistematizar las contribuciones teóricas que sostienen la incidencia de límites en la actividad del poder constituyente originario. Tras la identificación de que se trata de una manifestación limitada desde el punto de vista jurídico, se concluye que el imperativo de protección de la dignidad de la persona humana establece un límite material al ejercicio del poder creador de la Constitución, de modo que se prefigura la ilegitimidad de la disciplina constitucional en caso de violación al principio en cuestión.

Palabras clave: Constitución; Dignidad de la persona humana; Derecho constitucional; Estado Democrático de Derecho; Poder constituyente originario.

1 Introdução

O poder constituinte¹, quer dizer, a instância responsável por produzir a Constituição, é via de regra enfocado como inicial, incondicionado e ilimitado. Assim sendo, convida-se à reflexão: a pretexto da tese de poder absoluto, considerar-se-ia legítima, por ocasião da manifestação originária, a edição de normas incompatíveis com valores essenciais a uma existência humana digna?

É mister, para tal, delimitar a conjuntura sociopolítica de desenvolvimento da teoria do poder constituinte. A questão remonta à França, na ambiência da Revolução deflagrada em

¹ As expressões poder constituinte e poder constituinte originário são empregadas como sinônimos na presente pesquisa.

1789. Subscrita por Sieyès², a denúncia da ilegitimidade dos privilégios outorgados aos integrantes da nobreza e do clero é simultaneamente visualizada como oportunidade de reivindicação de direitos em benefício do Terceiro Estado³, numeroso estamento social equiparado à figura da nação, autoridade superior à qual competiria instituir os ditames do ordenamento jurídico.

À luz dessa ideologia emancipatória levada a cabo no curso do movimento revolucionário francês, a presente pesquisa propõe uma releitura do poder constituinte, percorrendo consensos e dissensos doutrinários acerca de aspectos como natureza, titularidade e legitimidade. Destarte, visualiza-se a limitação jurídica da manifestação originária no paradigma do Estado Democrático de Direito.

Nesse ensejo, propugna-se uma relação necessária entre poder constituinte e dignidade da pessoa humana, na qualidade de sentido jurídico da ideia de dignidade. Conclui-se que a tutela do referido princípio estabelece um limite material – mais precisamente, um requisito de legitimidade – à expressão originária.

2 A tese de Sieyès e o poder constituinte originário

A irresignação com o estado de coisas na França da última quadra do século XVIII é a razão de ser do manifesto *Qu'est-ce que le Tiers État?* Em tom insurgente, Sieyès contrapõe o que deveria ser ao que àquela altura efetivamente era o Terceiro Estado, cujas pretensões são anotadas a seguir⁴. O excerto elucidava a percepção de que havia chegado o momento de exigir um direito a ser algo, tendo em vista que, embora potencialmente tudo fosse, o *Tiers État* nada vinha sendo em função da ausência de verdadeiros representantes na arena política.

Naquele período, vigorava um sistema de representação meramente formal, considerando que a maioria garantida ao Rei, fruto do apoio incondicional do clero⁵, manietava as possibilidades de alteração do *status quo*. A estrutura social, tipicamente feudal, era caracterizada pelas prerrogativas conferidas aos denominados estamentos de decisão⁶, isto é,

² A tese articulada pelo autor, entre 1788 e 1789, na obra *Qu'est-ce que le Tiers État?*, será doravante designada como teoria – ou doutrina – clássica.

³ Em rigor, o Terceiro Estado correspondia a uma entidade legal na qual o Antigo Regime reunia os chamados plebeus, cabendo à burguesia, liderança e principal beneficiária da Revolução, posição de destaque. Cf. LEFEBVRE, Georges. *1789: o surgimento da Revolução Francesa*. Trad. Cláudia Schilling. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1989.

⁴ SIEYÈS, Emmanuel Joseph. *A Constituinte burguesa: qu'est-ce que le Tiers État?* Trad. Norma Azevedo. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001.

⁵ LEAL, Rogério Gesta. *Teoria do Estado: cidadania e poder político na modernidade*. 2. ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

⁶ *Idem*.

aos membros da nobreza e do clero, que totalizavam menos de 200 mil indivíduos entre os cerca de 25 milhões de franceses⁷.

A hipossuficiência jurídica⁸ – e, acrescenta-se, política – do Terceiro Estado instiga Sieyès a empunhar a bandeira da igualação de direitos no âmbito de uma ampla reforma a ser deliberada pela Assembleia Nacional. Nesse desiderato, são abolidos os tributos feudais, medida que, embora não sancionada pelo Rei Luís XVI, triunfa sob o argumento de que cabia a um poder soberano, corporificado pela nação, estabelecer a ordem jurídica⁹. Sob a ótica da burguesia ascendente, afirma-se então que a Revolução Francesa¹⁰ restaurou a harmonia entre fato e lei¹¹.

O ocaso do absolutismo coincide com a emergência, na doutrina política, da noção de que o homem anterioriza o Estado, importando em limitação de poderes e delimitação de competências por meio de uma Lei Constitucional¹². A atribuição desse arranjo a um poder extraordinário ao qual compete criar os demais, sem que tenha anteriormente sido concebido por qualquer outro, é a inovação proporcionada pelo conceito de poder constituinte¹³. Em suma, trata-se da autoridade política “[...] em condições de, numa determinada situação concreta, criar, garantir ou eliminar uma Constituição entendida como lei fundamental da comunidade política”¹⁴.

Cumprir advertir que a precitada teorização não se confunde com o poder constituinte *per se*. Isso porque a designação dos parâmetros de organização social mediante ato da própria sociedade é um dado ordinário na história. Nesse esboço, sustenta-se ter sempre havido um poder de essência constituinte¹⁵.

Tal essência forja uma instância dúplice, capaz de instituir o novo a partir da despromulgação do velho¹⁶, conforme se verifica na teoria clássica.

O poder constituinte antes de ser constituinte é desconstituinte porque dirigido contra a ‘forma monárquica’ ou ‘poder constituído pela monarquia’. Uma vez abolido o

⁷ SIEYÈS, *A Constituinte burguesa*, cit.

⁸ RIOS JUNIOR, Carlos Alberto dos. *Direitos das minorias e limites jurídicos ao poder constituinte originário*. São Paulo: Edipro, 2013.

⁹ VIEIRA, José Ribas. Prefácio. In: SIEYÈS, *A Constituinte burguesa*, cit., p. xv-xxv.

¹⁰ Na leitura de Lefebvre, a Revolução Francesa comportou quatro revoluções imbricadas: aristocrática, burguesa, popular e camponesa, respectivamente. Também denominada revolução jurídica, a burguesa teria sido a mais notável delas. Cf. LEFEBVRE, 1789, cit.

¹¹ *Idem*.

¹² LEAL, *Teoria do Estado*, cit.

¹³ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *O poder constituinte*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

¹⁴ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. 7. ed., 11. reimp. Coimbra: Almedina, 2012, p. 65.

¹⁵ BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito constitucional*. 15. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2004.

¹⁶ BRITTO, Carlos Ayres. *Teoria da Constituição*. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

poder monárquico, impõe-se uma 'reorganização', um dar 'forma', uma reconstrução da ordem jurídico-política. O poder constituinte da nação entende-se agora como poder reconstituente informado pela ideia criadora e projectante da instauração de uma nova ordem política plasmada numa Constituição¹⁷.

Ademais, Sieyès proclama um direito inalienável de mudança por parte da nação¹⁸. A asserção oferece supedâneo à tese de que a edição de uma Constituição não exaure o poder constituinte, considerando que esse se localiza fora da própria obra¹⁹ e subsiste, na condição de potência, mesmo em Estados com um sistema constitucional vigente. Identifica-se, pois, um poder transconstitucional²⁰, que perdura na esteira das Constituições por ele geradas.

2.1 Além da teoria clássica: construindo um novo olhar

Problematizar o poder constituinte sob as lentes do século XXI, quer dizer, decorridos mais de 200 anos de sua teorização clássica, implica revisitar consensos e dissensos no bojo de um conceito *prima facie* acabado. Decerto, nesse interregno, não somente a França esteve sob a regência de Cartas constitucionais distintas daquela promulgada em 1791, no contexto da Revolução, como também um sem-número de Estados experimentou toda sorte de processos constituintes.

À luz da noção de ondas de constitucionalização, Barroso sistematiza quatro cenários histórico-políticos nos quais há maior propensão à exteriorização do poder constituinte, a saber: I) revolução; II) criação de um novo Estado, em regra a partir de processos de emancipação ou libertação; III) revés em guerra; e IV) transição política pacífica²¹. A experiência brasileira configura, no prisma do autor, um exemplo bem-sucedido de travessia – entre a derrocada da ditadura militar e a promulgação da Constituição de 1988 – no território da América Latina.

A nova Constituição mostrou-se, entretanto, insuficiente para afastar o que Bonavides e Andrade definem como crise constituinte²², conseqüência de uma reiterada contradição entre constitucionalidade formal e constitucionalidade material que termina por ocasionar a desarticulação do Estado e da sociedade. Há de se cogitar, tomando emprestada a definição de Gargarella, que a Assembleia Constituinte, consoante a tendência do constitucionalismo latino-

¹⁷ CANOTILHO, *Direito constitucional e teoria da Constituição*, cit., p. 73.

¹⁸ SIEYÈS, *A Constituinte burguesa*, cit.

¹⁹ BRITTO, *Teoria da Constituição*, cit.

²⁰ SALDANHA, Nélon. *O poder constituinte*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1986.

²¹ BARROSO, Luis Roberto. *Curso de Direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. São Paulo: Saraiva, 2009.

²² BONAVIDES, Paulo; ANDRADE, Paes de. *História constitucional do Brasil*. 3. ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1991.

americano, não teria ingressado na sala de máquinas da Constituição²³, é dizer, no núcleo normativo responsável por reger os processos de tomada de decisão.

Nessa perspectiva, a despeito do contraponto ao legado do constitucionalismo autoritário militar, a Carta de 1988 preservou o desenho de um sistema presidencialista forte, em sintonia com a proeminência conferida ao Poder Executivo na arquitetura constitucional da ditadura, ilustrando a dinâmica regional de expansão de direitos em concomitância com a centralização da autoridade²⁴.

O poder constituinte, de acordo com Saldanha, consubstancia um poder-para-Constituição²⁵, tendo em conta a *intentio* de um para outro sugerida pelos termos integrantes da locução. Típica do poder constituinte, a prerrogativa de produzir a Constituição é, ainda, “[...] o poder de constituir o Estado e o poder de dar início à montagem do ordenamento jurídico [...]”²⁶. Isso posto, do ponto de vista do Direito, a Constituição engendra um novo Estado. “Historicamente é o mesmo. Geograficamente pode ser o mesmo. Não o é, porém, juridicamente”²⁷.

A propósito, o momento histórico da manifestação constituinte é aspecto elementar para a respectiva categorização em poder pré-constitucional, rigorosamente originário, ou interconstitucional, enfatizando uma interface entre Constituições²⁸. No mesmo sentido, distingue-se o poder fundacional, contemporâneo à demanda por uma Constituição para um novo Estado, do pós-fundacional, associado a movimentos de ruptura, o que pressupõe um Estado instituído por uma Lei Maior anterior²⁹.

3 Poder constituinte: características e natureza em debate

A teoria constitucional tradicionalmente retrata o poder constituinte originário mediante três atributos: inicialidade, incondicionalidade e ilimitação. A inicialidade manifesta a concepção de que a existência da ordem jurídica do Estado decorre da elaboração da Constituição³⁰. A incondicionalidade, por seu turno, condiz com a prerrogativa de definição pelo próprio poder constituinte da disciplina procedimental aplicável à criação da Carta

²³ GARGARELLA, Roberto. *La sala de máquinas de la Constitución: dos siglos de constitucionalismo en América Latina (1810-2010)*. Buenos Aires: Katz Editores, 2014.

²⁴ *Idem*.

²⁵ SALDANHA, *O poder constituinte*, cit.

²⁶ BRITTO, *Teoria da Constituição*, cit., p. 24.

²⁷ TEMER, Michel. *Elementos de Direito constitucional*. 22. ed. 2. tiragem. São Paulo: Malheiros Editores, 2008, p. 35.

²⁸ SALDANHA, *O poder constituinte*, cit.

²⁹ FERNANDES, Bernardo Gonçalves. *Curso de Direito constitucional*. 13. ed. rev., atual. e ampl. Salvador: Juspodivm, 2021.

³⁰ BULOS, Uadi Lammêgo. *Curso de Direito constitucional*. 9. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2015.

constitucional³¹. Diante disso, entende-se tal poder como fundador da natureza sociopolítica do homem³².

Especialmente cara ao problema em comento, a questão da ilimitação será investigada adiante. Cumpre, por ora, posicioná-la como indício de uma aptidão para constituir do nada e deliberar a respeito de tudo³³, desafiada por uma leitura crítica do poder – e do processo – constituinte no Estado Democrático de Direito.

Fazendo uma breve digressão, compreende-se como Estado Democrático de Direito o paradigma constitucional que, na modernidade, respectivamente sucedeu o Estado de Direito e o Estado de bem-estar social³⁴. Tal como o Estado de Direito teve como pano de fundo a contenção do ideário absolutista e o Estado de bem-estar social designou-se pela materialização de direitos no pós-Primeira Guerra Mundial, o Estado Democrático de Direito vê-se pautado na resignificação – e procedimentalização – da liberdade e da igualdade em prol de um debate público constitutivo e pluralista³⁵.

A conjugação entre Direito e poder dá-se, portanto, de maneira que toda manifestação de poder se sujeita a um sistema normativo cuja legitimidade reside, em sentido último, no consenso ativo entre os cidadãos³⁶. Nessa toada, para Habermas, o Estado Democrático de Direito apresenta como traço fundamental uma progressiva institucionalização de processos discursivos que possibilitam a fruição da autonomia política e a criação legítima do Direito³⁷.

No que diz respeito à manifestação constituinte, Bulos anota que o poder originário opera em um estágio de primogeneidade constitucional, preexistindo ao ordenamento, razão pela qual assume natureza fática³⁸. Igualmente divorciando-a do horizonte jurídico, Britto admite a força constituinte como “[...] poder exclusivamente político, porque originariamente imbricado em toda a pólis, naqueles raros instantes em que a pólis se sobrepõe ao Estado para dizer, por ela mesma, sob que tipo de Direito-Constituição quer viver”³⁹.

³¹ FERNANDES, *Curso de Direito constitucional*, cit.

³² LEAL, *Teoria do Estado*, cit.

³³ BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Poder constituinte. In: MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito constitucional*. 10. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 103-134.

³⁴ CARVALHO NETTO, Menelick de. A hermenêutica constitucional sob o paradigma do Estado Democrático de Direito. In: CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade (coord). *Jurisdição e hermenêutica constitucional no Estado Democrático de Direito*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2004, p. 25-44.

³⁵ *Idem*.

³⁶ BOBBIO, Norberto. *O tempo da memória: de senectute e outros escritos autobiográficos*. Trad. Daniela Versiani. Rio de Janeiro: Campus, 1997.

³⁷ HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. Trad. Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997, v. 2.

³⁸ BULOS, *Curso de Direito constitucional*, cit.

³⁹ BRITTO, *Teoria da Constituição*, cit., p. 31.

Barroso leciona que a Constituição é responsável pela conversão do poder constituinte, fato político, em poder de direito⁴⁰. Nesse ensejo, visualiza-se um poder jurídico de matriz sociológica. “Ocorre uma espécie de refração quando o poder, fato social primário, assume sentido jurídico”⁴¹.

A discussão sobre a natureza do poder constituinte explicita um ponto de divergência entre duas das principais doutrinas filosóficas do Direito. De um lado, a corrente jusnaturalista anuncia a incidência de um Direito superior, o Direito natural, qualificando a instância originária como poder de direito⁴². Noutra giro, o enfoque juspositivista recusa a possibilidade de uma ordem preexistente, pelo que conceitua o poder originário como poder de fato ou metajurídico⁴³.

Entre os opostos poder de direito e poder de fato, constam na literatura constitucional referências a uma natureza híbrida. Para citar um exemplo, Burdeau enquadra o poder constituinte na interseção entre política e Direito. À vista disso, não obstante evidencie uma inerente insubordinação, atribui-lhe *status* jurídico, porquanto carrega em si a essência do Direito que se irradia por todo o sistema⁴⁴.

Bonavides registra um poder multifacetado, isto é, qualificado segundo as circunstâncias em que se manifesta. Por ocasião das revoluções e golpes de Estado, exteriorizar-se-ia sob a feição extrajurídica: um poder fático, da Ciência Política⁴⁵. À exceção de tais cenários, em virtude da relação de derivação estabelecida entre a nova Constituição e aquela que a precede, o poder constituinte assumiria natureza jurídica – como tal, um poder constituído⁴⁶.

3.1 A interface entre titularidade e legitimidade

No percurso histórico, diversos foram os fatores arrolados para fundamentar o exercício do poder. Nos primórdios da experiência humana, vale lembrar, força física propiciava ascendência no interior do grupo e era sinônimo de maior capacidade de oferecer proteção à coletividade perante o mundo externo⁴⁷. “O processo civilizatório consiste em um

⁴⁰ BARROSO, Luis Roberto. Poder constituinte e política ordinária. *Migalhas de peso*, 10 ago. 2006.

⁴¹ SALDANHA, *O poder constituinte, cit.*, p. 65.

⁴² BARROSO, *Curso de Direito constitucional contemporâneo, cit.*

⁴³ *Idem.*

⁴⁴ BURDEAU, 1969 *apud* HORTA, Raul Machado. Reflexões sobre a Constituinte. *Revista de Informação Legislativa*, v. 23, n. 89, p. 5-32, jan./mar. 1986.

⁴⁵ BONAVIDES, *Curso de Direito constitucional, cit.*

⁴⁶ *Idem.*

⁴⁷ BARROSO, *Curso de Direito constitucional contemporâneo, cit.*

esforço de transformação da força em Direito, da dominação em autoridade [mais precisamente, em poder legítimo]"⁴⁸.

No que concerne à Constituição, a legitimidade, ou seja, o *locus* no qual é facultada a ação do poder constituinte⁴⁹, revela-se intimamente relacionada à ideia de aceitação social⁵⁰. Com efeito, a incursão teórica em torno da manifestação originária extrapola o horizonte fático, do ser, imiscuindo-se na dimensão do valor anexo, de um dever-ser⁵¹. Dá-se, portanto, uma valoração ética⁵².

A visão clássica, conforme a qual a nação titulariza o poder constituinte, é rubricada como doutrina da soberania nacional⁵³. Em Sieyès, é possível identificar três estágios da nação: I) inicialmente, adstrita ao Direito natural; II) a seguir, criadora da Constituição a partir da pretensão de organização social; e III) finalmente, tendo sua vontade constitucionalmente manifestada pelos representantes⁵⁴. A fórmula sieyèsiana viabiliza uma lógica de representação-imputação⁵⁵ fundada na premissa da identidade⁵⁶ entre os representantes e o todo representado.

O pensamento democrático consagrou, no entanto, a doutrina da soberania popular, fundamento histórico do constitucionalismo estadunidense, que reconhece ao povo a titularidade do poder constituinte⁵⁷. No ideário francês, o construto do povo soberano reporta ao contrato social de Rousseau. Em contraponto a Sieyès, o iluminista formula o conceito de vontade geral, produto da participação de todos nas decisões, conferindo parcela da soberania ao indivíduo *per se*⁵⁸.

A participação, aliás, é dado elementar em uma proposta de valoração da legitimidade do poder originário. Com espeque no princípio democrático, Bonavides sistematiza as extensões horizontal e vertical da legitimidade, as quais expressam, respectivamente, a amplitude do colégio de cidadãos com poder decisório em matéria constituinte e o efetivo grau

⁴⁸ *Ibidem*, p. 104.

⁴⁹ FERREIRA FILHO, *O poder constituinte*, cit.

⁵⁰ SILVA, Virgílio Afonso da. *Direito constitucional brasileiro*. 1. ed., 1. reimpr. São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo, 2021.

⁵¹ BONAVIDES, *Curso de Direito constitucional*, cit.

⁵² BARROSO, *Curso de Direito constitucional contemporâneo*, cit.

⁵³ FERREIRA FILHO, *O poder constituinte*, cit.

⁵⁴ ROUSSEAU, Dominique. *Radicalizar a democracia: proposições para uma refundação*. Trad. Anderson Vichinkeski Teixeira. São Leopoldo: Editora Unisinos, 2019.

⁵⁵ FERREIRA FILHO, *O poder constituinte*, cit.

⁵⁶ CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza. Poder constituinte e patriotismo constitucional. In: CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza (org.). *Constitucionalismo discursivo*. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2015, p. 222-269.

⁵⁷ BARROSO, *Curso de Direito constitucional contemporâneo*, cit.

⁵⁸ ROUSSEAU, 1816 *apud* FERREIRA FILHO, *O poder constituinte*, cit.

de interferência oportunizado⁵⁹. Uma síntese adequada do tema é fornecida pela máxima de que o exercício do poder constituinte, sob pena de ilegitimidade, deve ter em vista o compromisso com toda a sociedade⁶⁰.

4 (Re)pensando o povo no processo constituinte

A afirmação da soberania popular joga luz sobre a problemática correlata ao alcance do termo povo na semântica constitucional. A marcante indeterminação do conceito, ao qual emprestou-se toda sorte de sentidos ao longo da história, transformou povo em referente de uma miríade de sistemas políticos, ao talante do enunciador⁶¹. Presentemente, porém, exige-se uma resposta democrática⁶².

Um novo olhar sobre o processo constituinte parte, decerto, da superação da titularidade atribuída a uma coesão social fundamentada em semelhanças culturais, essência da figura da nação. A doutrina da soberania nacional, ademais, remete à concepção “[...] aristotélica da *pólis* grega em torno da noção da homogeneidade de valores, tais como o bem, o justo e a verdade”⁶³. Nesse sentido, a nação sieyèsiana corresponde a uma comunidade intertemporal⁶⁴.

A equivalência com o Terceiro Estado postulada pela teoria clássica, todavia, demonstra-se imperfeita. Primeiramente, pelo fato de que o *Tiers État* comportava interesses difusos – e, não raro, divergentes – a ponto de preterir categorias em seu interior⁶⁵. Além disso, pela percepção de que a identificação com a nação objetivava justificar a ascensão da burguesia no contexto da Revolução Francesa⁶⁶.

O passo seguinte compreende (re)pensar o povo, delineando uma trajetória evolutiva do conceito acoplada à teorização do poder constituinte. Originalmente, na esteira de Jellinek, o povo era retratado como ente amorfo correspondente à dimensão subjetiva do Estado⁶⁷. A propósito, um dos significados emergentes do emprego do vocábulo assinala uma coletividade resultante da soma de indivíduos fragmentados⁶⁸. Posteriormente, verifica-se um

⁵⁹ BONAVIDES, *Curso de Direito constitucional*, cit.

⁶⁰ LEAL, *Teoria do Estado*, cit.

⁶¹ ROUSSEAU, *Radicalizar a democracia*, cit.

⁶² CANOTILHO, *Direito constitucional e teoria da Constituição*, cit.

⁶³ CRUZ, Poder constituinte e patriotismo constitucional, cit., p. 236.

⁶⁴ BRITTO, *Teoria da Constituição*, cit.

⁶⁵ PIRES, Matheus Conde; LIMA, Jairo. Quando a democracia encontra o constitucionalismo: a dupla face da teoria constitucional de Sieyès. *Duc in Altum – Cadernos de Direito*, v. 13, n. 31, p. 156-183, 2021.

⁶⁶ LEAL, *Teoria do Estado*, cit.

⁶⁷ CRUZ, Poder constituinte e patriotismo constitucional, cit.

⁶⁸ ROUSSEAU, *Radicalizar a democracia*, cit.

reposicionamento em direção ao acolhimento de “[...] perspectivas ligadas à tolerância e ao direito à diferença”⁶⁹.

Destarte, lê-se o elemento povo sob a égide do pluralismo.

Ao falar-se de povo político como titular do poder constituinte e de povo como ‘grandeza pluralística’ pretende-se também insinuar o abandono de um mito que acompanhou quase sempre a teoria da titularidade do poder constituinte: o mito da subjectividade originária (povo, nação, Estado). Se se quiser encontrar um sujeito para este poder teremos de o localizar naquele complexo de forças políticas plurais – e daí a plurisubjectividade do poder constituinte – capazes de definir, propor e defender ideias, padrões de conduta e modelos organizativos, susceptíveis de servir de base à Constituição jurídico-formal⁷⁰.

A delimitação do titular é, contudo, insuficiente para traduzir a dinâmica constituinte. Segundo Ferreira Filho, isso deve-se ao fato de que o povo é um titular passivo, enquanto a titularidade ativa, qual seja, o efetivo exercício, cabe a uma elite investida na posição de agente constituinte em decorrência de delegação popular – reportando à representação extraordinária em Sieyès – ou da autoimputação típica das revoluções⁷¹. Em rigor, no Estado constitucional, o povo exerce o poder de forma mediada⁷². Apesar disso, o processo constituinte jamais passa ao largo do elemento popular, o único capaz de assegurar efetividade à Lei Maior⁷³.

A elaboração de uma Constituição sem as digitais do povo, quer dizer, sem participação popular, denota uma usurpação de poder⁷⁴. Na experiência constitucional brasileira, o poder constituinte revelou-se usurpado em pelo menos três ocasiões⁷⁵, carecendo, pois, de legitimidade democrática: I) na titularidade do imperador na Carta Política de 1824; II) na outorga da Constituição de 1937⁷⁶, concretização do golpe de Estado, pelo então presidente Getúlio Vargas; e III) na sucessiva decretação de atos institucionais por parte do regime militar⁷⁷ instaurado em 1964.

⁶⁹ CRUZ, Poder constituinte e patriotismo constitucional, *cit.*, p. 229.

⁷⁰ CANOTILHO, *Direito constitucional e teoria da Constituição*, *cit.*, p. 75-76.

⁷¹ FERREIRA FILHO, *O poder constituinte*, *cit.*

⁷² BERCOVICI, Gilberto. O poder constituinte do povo no Brasil: um roteiro de pesquisa sobre a crise constituinte. *Lua Nova*, n. 88, p. 305-325, 2013.

⁷³ FERREIRA FILHO, *O poder constituinte*, *cit.*

⁷⁴ SILVA, *Direito constitucional brasileiro*, *cit.*

⁷⁵ BONAVIDES, *Curso de Direito constitucional*, *cit.*

⁷⁶ Ademais da usurpação, em face da não realização do plebiscito previsto no art. 187, sustenta-se que a Constituição de 1937 sequer teria entrado em vigor. Cf. FAORO, Raymundo. *A República inacabada*. Organização e prefácio: Fábio Konder Comparato. São Paulo: Globo, 2013.

⁷⁷ Bonavides afirma que o processo usurpatório, no recorte militar, teve início com o AI-2, em 1965. Segundo o autor, “a chamada Revolução de 1964, do ponto de vista da legitimidade revolucionária do poder constituinte, se acha inteiramente contida no Ato Institucional de 9 de abril daquele ano [...]”. Cf. BONAVIDES, *Curso de Direito constitucional*, *cit.*, p. 165. Tal leitura, porém, não é unânime. Em contraponto, argumenta-se que o chamado AI-1 conferiu suporte jurídico ao golpe e, dali em diante, a Constituição de 1946, embora mantida, consoante o art. 1º do Ato, não mais detinha força para impor limites à revolução militar em curso. Cf. BEDÊ JUNIOR, Américo. Constitucionalismo sob a ditadura militar de 64 a 85. *Revista de Informação Legislativa*, v. 50, n. 197, p. 161-174, jan./mar. 2013.

Insta reconhecer que a Assembleia Nacional Constituinte instalada em 1987 correspondeu, nos termos propostos por Faoro⁷⁸, ao marco histórico da recuperação da legitimidade pelo povo brasileiro. Indo além de uma retomada meramente episódica, o poder originário conferiu assento constitucional à soberania popular na Carta Cidadã promulgada em 5 de outubro de 1988.

5 A questão da (i)limitação do poder constituinte

A figura de um poder constituinte ilimitado encontra supedâneo na leitura da manifestação originária como decisão total⁷⁹, ou seja, um poder além dos limites do Direito. Assim sendo, "[...] envolve questões anteriores ao surgimento do Estado e, portanto, anteriores ao Direito"⁸⁰, pelo que se projeta um poder que tudo pode e tem a Constituição em suas mãos⁸¹. Com efeito, percebe-se uma secularização de conceitos teológicos no curso da qual o Deus onipotente da teologia cede espaço ao legislador onipotente da teoria do Estado⁸².

O processo de aquisição de sentido pela ordem jurídica tem como premissa, consoante Schmitt, o estabelecimento de uma ordem, em sentido amplo, repousada em uma decisão⁸³. Diante disso, apregoa-se que a decisão soberana, além de encetar o jogo jurídico-institucionalista, lhe serve de primeira referência⁸⁴.

A teorização da Constituição como produto de uma espécie de decisionismo originário⁸⁵ remete ao juspositivismo, cujo enfoque dissocia a validade, pertinente à ciência jurídica, do valor das normas⁸⁶. Essa cisão é evidenciada, por exemplo, na categoria da injustiça constitucional⁸⁷, que sustenta a inexistência de vínculo entre texto constitucional – como tal, válido – e justiça.

A teoria clássica do poder constituinte, diversamente, emerge na moldura histórico-filosófica do jusnaturalismo⁸⁸. *Ipsa facto*, buscava-se no Direito natural a justificação para a

⁷⁸ FAORO, *A República inacabada*, cit.

⁷⁹ SALDANHA, *O poder constituinte*, cit.

⁸⁰ TEMER, *Elementos de Direito constitucional*, cit., p. 31.

⁸¹ BRITTO, *Teoria da Constituição*, cit.

⁸² SCHMITT, Carl. *Teologia política*. Trad. Elisete Antoniuk. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

⁸³ *Idem*.

⁸⁴ MACEDO JÚNIOR, Ronaldo Porto. O decisionismo jurídico de Carl Schmitt. *Lua Nova*, n. 32, p. 201-215, 1994.

⁸⁵ BRITTO, *Teoria da Constituição*, cit.

⁸⁶ BOBBIO, Norberto. *Jusnaturalismo e positivismo jurídico*. Trad. Jaime A. Clasen. 1. ed. São Paulo: Editora Unesp; Instituto Norberto Bobbio, 2016.

⁸⁷ FONTELES, Samuel Sales. Constitucionalismo idílico. In: RIBEIRO, Carlos Vinícius Alves; TOFFOLI, Dias; RODRIGUES JUNIOR, Otávio Luiz (coord.). *Estado, Direito e democracia: estudos em homenagem ao Prof. Dr. Augusto Aras*. Belo Horizonte: Fórum, 2021. p. 411-427.

⁸⁸ BARROSO, *Curso de Direito constitucional contemporâneo*, cit.

derrocada do *Ancien Régime* e consagração de direitos e liberdades burgueses⁸⁹. Ao anunciar a vontade da nação como fonte de legalidade⁹⁰, entretanto, o manifesto sieyèsiano endossa a tese de autoridade ilimitada. Trata-se de uma visão otimista⁹¹ e, pode-se dizer, incauta acerca do exercício do poder originário, visto que presume um compromisso – não necessariamente levado a cabo – democrático.

Em que pese à relevância histórica da proposição – em especial, para o constitucionalismo do século XVIII –, não se visualiza, presentemente, um poder constituinte ilimitado⁹². Ademais, consigna-se que, embora via de regra caracterizada como inicial, a manifestação constituinte não ocorre em um vácuo histórico-cultural⁹³. Consequentemente, diversos são os contributos a cogitar da ocorrência de limites.

A problemática da domesticação é consentânea lógica da percepção de que o poder constituinte é balizado por um objetivo jurídico⁹⁴. “Na proporção de seus limites estão porém seus alcances, de vez que esta mesma combinação de fato e norma, que o segura, lhe fornece as mais concretas perspectivas de atuação”⁹⁵. A dialética fato-norma acusa um poder originário e, em certa medida, disciplinado⁹⁶, juridicizado.

Na presente pesquisa, juridicizar implica buscar respostas compatíveis com o paradigma do Estado Democrático de Direito.

5.1 Limites jurídicos e Direito internacional

Contrapondo a ideia de onipotência, Canotilho argumenta que os princípios de justiça apõem limites intrajurídicos, isto é, situados na moldura do Direito, ao poder constituinte⁹⁷. A esses parâmetros suprapositivos compete, de acordo com Coelho, contrabalançar o elemento fático⁹⁸.

De modo ilustrativo, Bulos assevera a ocorrência de limites provenientes do Direito internacional, intitulados limites heterônomos, destacando a impossibilidade de criação, no

⁸⁹ *Idem.*

⁹⁰ SIEYÈS, *A Constituinte burguesa*, cit.

⁹¹ LOPES, 1993 *apud* RIOS JUNIOR, *Direitos das minorias e limites jurídicos ao poder constituinte originário*, cit.

⁹² SILVA, *Direito constitucional brasileiro*, cit.

⁹³ CANOTILHO, *Direito constitucional e teoria da Constituição*, cit.

⁹⁴ SALDANHA, *O poder constituinte*, cit.

⁹⁵ *Ibidem*, p. 90.

⁹⁶ COELHO, Paulo Magalhães da Costa. O poder constituinte e a construção das utopias: suas possibilidades e limites. *Revista do Instituto de Pesquisas e Estudos*, v. 40, n. 45, p. 291-313, jan./jun. 2006.

⁹⁷ CANOTILHO, *Direito constitucional e teoria da Constituição*, cit.

⁹⁸ COELHO, O poder constituinte e a construção das utopias: suas possibilidades e limites, cit.

plano nacional, de uma Constituição alheia aos fundamentos das relações internacionais⁹⁹. Tais limites são colhidos nos pactos entre Estados e nos deveres assumidos perante à comunidade internacional¹⁰⁰.

Na mesma linha, Canotilho alega a vinculação do sistema jurídico interno a princípios de Direito internacional¹⁰¹. Essa interconexão entre nacional e internacional aponta, na ótica de Saldanha, uma ambivalência: por um lado, dá-se a ampliação de possibilidades; por outro, prescrevem-se limites ao poder constituinte¹⁰². Na literatura constitucional, a questão amiúde conduz aos direitos humanos, signo de uma ética universal florescida no pós-Segunda Guerra Mundial¹⁰³.

Sem adentrar o debate a respeito da sujeição – ou não – da ordem interna ao Direito internacional, Sá propõe uma limitação do poder constituinte originário pelos tratados internacionais que versam sobre direitos humanos¹⁰⁴. Nesses termos, tem-se um elemento limitante radicado na esfera do Direito positivo, recusando-se a tese de um repertório metafísico de direitos humanos.

Em prol de um *jus cogens* a partir do Direito dos tratados, Sá observa que a adesão aos pactos sobre direitos humanos erige, por iniciativa do Estado, um marco compromissório cuja impossibilidade de supressão – à luz do princípio da vedação ao retrocesso – alcança, em caráter prospectivo, o exercício do poder constituinte¹⁰⁵. *Ipsa facto*, ter-se-ia um poder originariamente limitado.

5.1.1 Poder constituinte e direitos das minorias

Por outro ângulo, centrando-se nos direitos das minorias, Rios Junior aborda a tutela dos respectivos interesses jurídicos como limite à manifestação constituinte. De acordo com o autor, na condição de integrantes do povo, os grupos minoritários – ou vulneráveis – são igualmente titulares de parcela do poder originário¹⁰⁶. À vista disso, o poder-dever de defesa de tais grupos pelo Estado apresenta-se como fundamento legitimador da Constituição, limitando a instância que a produz.

⁹⁹ BULOS, *Curso de Direito constitucional*, cit.

¹⁰⁰ *Idem*.

¹⁰¹ CANOTILHO, *Direito constitucional e teoria da Constituição*, cit.

¹⁰² SALDANHA, *O poder constituinte*, cit.

¹⁰³ BARROSO, *Curso de Direito constitucional contemporâneo*, cit.

¹⁰⁴ SÁ, Ana Paula Barbosa de. O poder constituinte originário e sua limitação material pelos tratados internacionais de direitos humanos. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Uberlândia*, v. 38, n. 1, p. 77-102, jan./jun. 2010.

¹⁰⁵ *Idem*.

¹⁰⁶ RIOS JUNIOR, *Direitos das minorias e limites jurídicos ao poder constituinte originário*, cit.

Não obstante assinala que a identificação das minorias, conceito de natureza qualitativa, dá-se na realidade sócio-histórica concernente ao Estado, Rios Junior argumenta que o tema de sua proteção tem respaldo nos direitos humanos, abrindo caminho para o Direito internacional público¹⁰⁷. Conclusivamente, afirma o autor que a experiência legislativa estatal, conjugada com normativas internacionais, proporciona parâmetros jurídico-positivos de limitação material do poder constituinte.

5.2 Limites extrajurídicos ou sociopolíticos

Cumprido consignar que, historicamente, a manifestação do poder constituinte revela-se atrelada à pretensão de alteração do *status quo*¹⁰⁸, tal como no manifesto de Sieyès. Trata-se, pois, de um poder “[...] exercido dentro das condicionantes culturais, históricas e materiais que encontra”¹⁰⁹. Assim sendo, o debate em torno dos limites é endereçado ao domínio extrajurídico ou sociopolítico.

A título de exemplo, Bulos sustenta a incidência de limites ideológicos no transcurso do processo constituinte, quer dizer, um atravessamento pelas crenças em disputa, atuação de grupos de pressão e pela denominada opinião pública¹¹⁰. Há de se registrar, nesse sentido, a leitura traçada por Ferreira Filho a respeito da cosmovisão vigente na comunidade como limite de fato¹¹¹.

Aportes de inclinação sociológica fazem referência a um poder constituinte autolimitado, guardando limites na sociedade em que se expressa¹¹² – a despeito da autonomia em relação ao Direito antecedente. Reportando à experiência brasileira, Fernandes contextualiza que “[...] não seria viável, após a ruptura com a ditadura e o advento da democracia, que a Constituição de 1988 fosse em sua essência fechada, antidemocrática, não dotada de pluralismo [...]”¹¹³.

A cogitação de limites ao poder responsável por estabelecer a Constituição expressa, decerto, uma maturação da consciência coletiva¹¹⁴. Aliás, no paradigma do Estado Democrático

¹⁰⁷ *Idem.*

¹⁰⁸ COELHO, O poder constituinte e a construção das utopias, *cit.*

¹⁰⁹ BERCOVICI, O poder constituinte do povo no Brasil, *cit.*, p. 316.

¹¹⁰ BULOS, *Curso de Direito constitucional*, *cit.*

¹¹¹ FERREIRA FILHO, *O poder constituinte*, *cit.*

¹¹² FERNANDES, *Curso de Direito constitucional*, *cit.*

¹¹³ *Ibidem*, p. 135.

¹¹⁴ A propósito, afirma-se que o presente estágio de consciência coletiva inadmitiria, por exemplo, o restabelecimento da escravidão por meio da Constituição. *Cf.* COELHO, O poder constituinte e a construção das utopias, *cit.*

de Direito, a legitimidade da Carta constitucional decorre de seu potencial de concretização da dignidade da pessoa humana.

6 Dignidade da pessoa humana: um sentido jurídico

O constitucionalismo surge no fim do século XVIII, no rasto da exigência – manifestada pela Revolução Francesa – por instrumentos destinados a disciplinar, em caráter geral e abstrato, questões afetas às estruturas econômica e social¹¹⁵. Supera-se, portanto, a discricionariedade típica da nobreza e do clero¹¹⁶.

“[...] Resumindo em si a estratégica função de limitar o Estado e o poder econômico, a Magna Lei tem nessa limitação a sua própria causa formal”¹¹⁷. Nessa perspectiva, a separação de poderes e a tutela dos direitos e garantias fundamentais, elementos essenciais da Constituição, ensejam, respectivamente, a contenção direta e indireta do poder¹¹⁸, realçando o propósito de impedir o arbítrio¹¹⁹.

Ela [a Constituição] é um pacto que funda uma comunidade política, um pacto que, mesmo que não seja o ideal para cada um dos indivíduos isoladamente considerados, é aceito como essencial para a vida em sociedade, não importa quem, em cada momento específico, exerça o poder. É o pacto que garante que os direitos de minorias não sejam violados pela maioria. É um denominador comum capaz de unir as mais diferentes visões de mundo em torno de um projeto de país¹²⁰.

Sob o enfoque da limitação material do poder constituinte, esse denominador comum conduz ao horizonte de realização da dignidade humana. O núcleo mínimo do precitado conceito articula três elementos, de acordo com McCrudden: I) um valor intrínseco reconhecido ao ser humano, isto é, um aspecto ontológico; II) o dever de respeito a tal valor por terceiros, ora importando em exigência, ora em reprovação de condutas, de modo a evidenciar um aspecto relacional; e III) a concepção de que o indivíduo corresponde à razão de ser do Estado¹²¹.

Os dois primeiros elementos, insta dizer, esboçam uma trajetória histórico-evolutiva da dignidade. Ilustrada, entre outras formulações, pela alegoria religiosa do homem criado à imagem de Deus, a fisionomia pré-moderna do conceito enfatizava a superioridade da espécie no ambiente natural, sem, no entanto, propiciar os mesmos direitos e deveres a todos os

¹¹⁵ LEAL, *Teoria do Estado*, cit.

¹¹⁶ *Idem*.

¹¹⁷ BRITTO, *Teoria da Constituição*, cit., p. 90-91.

¹¹⁸ *Idem*.

¹¹⁹ SILVA, *Direito constitucional brasileiro*, cit.

¹²⁰ *Ibidem*, p. 33-34.

¹²¹ MCCRUDDEN, Christopher. Human dignity and judicial interpretation of human rights. *European Journal of international Law*, v. 19, n. 4, p. 655-724, set. 2008.

indivíduos¹²². Com o advento do Iluminismo, passa-se a afirmar um sentido igualitário – manifestado no aspecto relacional de McCrudden. Fórmulas como o imperativo categórico kantiano e a noção de participação política em Rousseau retratam a universalização do valor intrínseco, estabelecendo, com isso, a dignidade da pessoa humana¹²³.

No que tange à problemática homem-Estado, uma adequada compreensão da interface processa-se sob a égide da pessoa concreta, ou seja, do sujeito social, em detrimento do indivíduo abstrato, noção que, no paradigma liberal, prescrevia um absentismo estatal indutor de desigualdades¹²⁴. Destarte, identifica-se a dignidade da pessoa humana como expressão do acoplamento de um conteúdo ético-axiomático ao Direito¹²⁵, conciliando a igualdade humana com a singularidade da pessoa.

Na qualidade de princípio jurídico centrado na pessoa humana, a dignidade pressupõe a intangibilidade da vida¹²⁶. Em consequência desse imperativo, a dignidade alicerça os seguintes preceitos, hierarquicamente considerados: I) respeito à integridade físico-psíquica, é dizer, às condições naturais da pessoa; II) suprimento dos recursos materialmente necessários à vida; e III) garantia de condições mínimas de liberdade e igualdade no convívio em sociedade¹²⁷. O respeito a tal princípio põe-se então como requisito de legitimidade do exercício de – qualquer espécie – de poder¹²⁸.

6.1 Poder constituinte e princípio da dignidade da pessoa humana

Reler o poder constituinte a par do princípio da dignidade da pessoa humana implica, necessariamente, recuperar a ideologia emancipatória sieyèsiana. Em sentido último, a limitação jurídica da manifestação originária traduz um chamado à efetivação contínua de um Estado Democrático de Direito.

A essa altura descabe a qualificação do poder constituinte como absoluto e ilimitado a ponto de deter a prerrogativa de produzir qualquer Constituição¹²⁹, noutros termos, de positivar

¹²² SARMENTO, Daniel. *Dignidade da pessoa humana: conteúdo, trajetórias e metodologia*. Belo Horizonte: Fórum, 2016.

¹²³ *Idem.*

¹²⁴ *Idem.*

¹²⁵ ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. O princípio da dignidade da pessoa humana e a exclusão social. *Revista do Instituto Brasileiro de Direitos Humanos*, v. 2, n. 2, p. 49-67, 2001.

¹²⁶ AZEVEDO, Antonio Junqueira de. Caracterização jurídica da dignidade da pessoa humana. *Revista da Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo*, v. 97, p. 107-125, 2002.

¹²⁷ *Idem.*

¹²⁸ ROCHA, O princípio da dignidade da pessoa humana e a exclusão social, *cit.*

¹²⁹ SILVA, *Direito constitucional brasileiro, cit.*

conteúdos de forma indiscriminada. Com efeito, no plano da teoria constitucional, impõe-se um conteúdo mínimo absoluto¹³⁰.

A propósito, Bachof propugna a inconstitucionalidade da norma originária em caso de contradição com o Direito suprapositivo ou com os postulados fundamentais da justiça¹³¹. Em sede de jurisdição constitucional, importa registrar que, no Brasil, o Supremo Tribunal Federal (STF) não admite o controle de constitucionalidade de disposições estipuladas pelo poder originário¹³², recusando o papel de fiscal do predito poder¹³³. Ademais, a Corte entende que a hierarquização de normas originárias, o que redundaria na inconstitucionalidade daquelas de grau inferior em face de normas superiores, é incompatível com uma Constituição rígida¹³⁴.

Na presente pesquisa, o argumento central – qual seja, uma relação necessária entre o poder constituinte originário e o princípio da dignidade da pessoa humana, limitando materialmente a elaboração da Constituição – remete, em certa medida, à primazia da proteção de direitos sobre o autorramento para um pleno exercício da soberania popular insinuada pelos fundamentalistas de direitos¹³⁵.

A fim de delimitar a amplitude da limitação proposta, procede-se a uma abordagem do poder originário em cotejo com o poder reformador¹³⁶, ao qual compete emendar a Constituição. Operando no domínio do Direito positivo, este se subordina a decisões tomadas anteriormente pelo constituinte originário, dando azo, na hipótese de desacordo com a Lei Maior, ao fenômeno da inconstitucionalidade.

Noutro giro, aquele é materialmente limitado pelo imperativo de proteção da dignidade da pessoa humana, sentido jurídico da ideia de dignidade, situado além dos limites do *jus positivum*. Isso posto, diante de eventual inobservância do princípio em comento, tem-se disciplina constitucional ilegítima. A tensão se concentra na esfera do dever-ser, evidenciando que a legitimidade da Carta constitucional não se encerra na positivação, sob pena de promover a igualdade entre poder e Direito¹³⁷.

¹³⁰ *Idem*.

¹³¹ BACHOF, Otto. *Normas constitucionais inconstitucionais?* Trad. José Manuel M. Cardoso da Costa. Coimbra: Almedina, 2008.

¹³² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Agravo regimental na ação direta de inconstitucionalidade nº 4.097-9/DF*. Relator: Min. Cezar Peluso, 8 out. 2008.

¹³³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ação direta de inconstitucionalidade nº 815-3/DF*. Relator: Min. Moreira Alves, 28 mar. 1996.

¹³⁴ *Idem*.

¹³⁵ Cf. ACKERMAN, Bruce. *We the people I: fundamentos de la historia constitucional estadounidense*. Trad. Josep Sarret Grau. Quito: Instituto de Altos Estudios Nacionales del Ecuador, 2015.

¹³⁶ Cumpre destacar que, tradicionalmente, tal poder é designado como constituinte derivado. Parcela da doutrina, no entanto, argumenta tratar-se de um poder constituído. Cf. SILVA, *Direito constitucional brasileiro*, cit.

¹³⁷ HIPPEL, 19-- *apud* BACHOF, *Normas constitucionais inconstitucionais?*, cit.

O princípio da dignidade da pessoa humana confere densidade à tese de um *standard mínimo humanitário*¹³⁸ incidente sobre a manifestação do poder constituinte, porquanto anuncia “[...] uma forma nova de o Direito considerar o homem e o que dele, com ele e por ele se pode fazer numa sociedade política”¹³⁹. Mais do que pressupor a dignidade da espécie, cabe então ao poder originário promover a dignidade da pessoa humana por meio da Constituição.

7 Considerações finais

Ao denunciar os privilégios nobiliárquicos e clérigos visando à igualação de direitos na França do século XVIII, Sieyès ergueu a versão clássica de uma das mais importantes teorias do Direito constitucional: a do poder constituinte. A partir da obra seminal, ilustrativa do espírito da Revolução Francesa, o poder ao qual cumpre criar a Constituição é via de regra apresentado mediante três características fundamentais: inicialidade, incondicionalidade e ilimitação.

O construto teórico de um poder constituinte ilimitado, quer dizer, de uma autoridade fática, revela-se, entretanto, incompatível com o Estado Democrático de Direito. Diante desse paradigma, designado por processos constitutivos pluralistas, a presente pesquisa propôs uma releitura da manifestação originária.

Assinalando a complexidade do tema, o percurso empreendido percorreu os debates desenvolvidos em torno de questões como natureza, titularidade, limites e legitimidade do poder constituinte. Ademais, fundamentou os aspectos elementares argumentados nesta proposição: I) a limitação jurídica do poder originário; II) o reconhecimento da dignidade da pessoa humana como conteúdo mínimo de uma Constituição; e III) a ilegitimidade da disciplina constitucional-positiva na hipótese de violação ao referido princípio.

Nesses termos, propugnou-se uma relação necessária entre poder constituinte originário e dignidade da pessoa humana. Rigorosamente, estabeleceu-se um limite material à atividade constituinte, compreendido, em sentido último, como chamado à efetivação contínua de um Estado Democrático de Direito.

¹³⁸ CANOTILHO, *Direito constitucional e teoria da Constituição*, cit.

¹³⁹ ROCHA, O princípio da dignidade da pessoa humana e a exclusão social, cit., p. 52.

Referências Bibliográficas

- ACKERMAN, Bruce. *We the people I: fundamentos de la historia constitucional estadounidense*. Trad. Josep Sarret Grau. Quito: Instituto de Altos Estudios Nacionales del Ecuador, 2015.
- AZEVEDO, Antonio Junqueira de. Caracterização jurídica da dignidade da pessoa humana. *Revista da Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo*, v. 97, p. 107-125, 2002. Disponível em: <https://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/view/67536>. Acesso em: 16 fev. 2024.
- BACHOF, Otto. *Normas constitucionais inconstitucionais?* Trad. José Manuel M. Cardoso da Costa. Coimbra: Almedina, 2008.
- BARROSO, Luis Roberto. *Curso de Direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. São Paulo: Saraiva, 2009.
- BARROSO, Luis Roberto. Poder constituinte e política ordinária. *Migalhas de peso*, 10 ago. 2006. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/depeso/28509/poder-constituente-e-politica-ordinaria>. Acesso em: 26 fev. 2024.
- BEDÊ JUNIOR, Américo. Constitucionalismo sob a ditadura militar de 64 a 85. *Revista de Informação Legislativa*, v. 50, n. 197, p. 161-174, jan./mar. 2013. Disponível em: <http://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/496978>. Acesso em: 25 out. 2024.
- BERCOVICI, Gilberto. O poder constituinte do povo no Brasil: um roteiro de pesquisa sobre a crise constituinte. *Lua Nova*, n. 88, p. 305-325, 2013. Disponível em: <https://doi.org/10.1590/S0102-64452013000100010>. Acesso em: 11 mar. 2024.
- BOBBIO, Norberto. *Jusnaturalismo e positivismo jurídico*. Trad. Jaime A. Clasen. 1. ed. São Paulo: Editora Unesp; Instituto Norberto Bobbio, 2016.
- BOBBIO, Norberto. *O tempo da memória: de senectute e outros escritos autobiográficos*. Trad. Daniela Versiani. Rio de Janeiro: Campus, 1997.
- BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito constitucional*. 15. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2004.
- BONAVIDES, Paulo; ANDRADE, Paes de. *História constitucional do Brasil*. 3. ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1991.
- BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Poder constituinte. In: MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito constitucional*. 10. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 103-134.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ação direta de inconstitucionalidade nº 815-3/DF*. Ação direta de inconstitucionalidade. Parágrafos 1º e 2º do artigo 45 da Constituição Federal. Relator: Min. Moreira Alves, 28 mar. 1996. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=266547>. Acesso em: 27 out. 2024.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Agravo regimental na ação direta de inconstitucionalidade nº 4.097-9/DF*. ADI. Inadmissibilidade. Art. 14, § 4º, da CF. Norma constitucional originária. Objeto nomológico insuscetível de controle de constitucionalidade. Princípio da unidade hierárquico-normativa e caráter rígido da Constituição brasileira. Doutrina. Precedentes. Carência da ação. Inépcia reconhecida. Indeferimento da petição inicial. Agravo improvido. Não se admite controle concentrado ou difuso de constitucionalidade de normas produzidas pelo poder constituinte originário. Relator: Min. Cezar Peluso, 8 out. 2008. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=559799>. Acesso em: 27 out. 2024.
- BRITTO, Carlos Ayres. *Teoria da Constituição*. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

- BULOS, Uadi Lammêgo. *Curso de Direito constitucional*. 9. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2015.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. 7. ed., 11. reimp. Coimbra: Almedina, 2012.
- CARVALHO NETTO, Menelick de. A hermenêutica constitucional sob o paradigma do Estado Democrático de Direito. In: OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de (coord). *Jurisdição e hermenêutica constitucional no Estado Democrático de Direito*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2004, p. 25-44.
- COELHO, Paulo Magalhães da Costa. O poder constituinte e a construção das utopias: suas possibilidades e limites. *Revista do Instituto de Pesquisas e Estudos*, v. 40, n. 45, p. 291-313, jan./jun. 2006. Disponível em: <http://bdjur.stj.jus.br/dspace/handle/2011/18564>. Acesso em: 4 mar. 2024.
- CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza. Poder constituinte e patriotismo constitucional. In: CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza (org.). *Constitucionalismo discursivo*. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2015, p. 222-269.
- FAORO, Raymundo. *A República inacabada*. Organização e prefácio: Fábio Konder Comparato. São Paulo: Globo, 2013.
- FERNANDES, Bernardo Gonçalves. *Curso de Direito constitucional*. 13. ed. rev., atual. e ampl. Salvador: Juspodivm, 2021.
- FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *O poder constituinte*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.
- FONTELES, Samuel Sales. Constitucionalismo idílico. In: RIBEIRO, Carlos Vinícius Alves; TOFFOLI, Dias; RODRIGUES JUNIOR, Otávio Luiz (coord.). *Estado, Direito e democracia: estudos em homenagem ao Prof. Dr. Augusto Aras*. Belo Horizonte: Fórum, 2021, p. 411-427.
- GARGARELLA, Roberto. *La sala de máquinas de la Constitución: dos siglos de constitucionalismo en América Latina (1810-2010)*. Buenos Aires: Katz Editores, 2014.
- HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. Trad. Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997, v. 2.
- HORTA, Raul Machado. Reflexões sobre a Constituinte. *Revista de Informação Legislativa*, v. 23, n. 89, p. 5-32, jan./mar. 1986. Disponível em: <http://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/181665>. Acesso em: 7 out. 2023.
- LEAL, Rogério Gesta. *Teoria do Estado: cidadania e poder político na modernidade*. 2. ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.
- LEFEBVRE, Georges. *1789: o surgimento da Revolução Francesa*. Trad. Cláudia Schilling. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1989.
- MACEDO JÚNIOR, Ronaldo Porto. O decisionismo jurídico de Carl Schmitt. *Lua Nova*, n. 32, p. 201-215, 1994. Disponível em: <https://doi.org/10.1590/S0102-64451994000100011>. Acesso em: 23 out. 2024.
- MCCRUDDEN, Christopher. Human dignity and judicial interpretation of human rights. *European Journal of international Law*, v. 19, n. 4, p. 655-724, set. 2008. Disponível em: <https://doi.org/10.1093/ejil/chn043>. Acesso em: 14 fev. 2024.
- PIRES, Matheus Conde; LIMA, Jairo. Quando a democracia encontra o constitucionalismo: a dupla face da teoria constitucional de Sieyès. *Duc in Altum – Cadernos de Direito*, v. 13, n. 31, p. 156-183, 2021. Disponível em: <https://doi.org/10.22293/2179507x.v13i31.2179>. Acesso em: 12 set. 2023.
- RIOS JUNIOR, Carlos Alberto dos. *Direitos das minorias e limites jurídicos ao poder constituinte originário*. São Paulo: Edipro, 2013.
- ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. O princípio da dignidade da pessoa humana e a exclusão social. *Revista do Instituto Brasileiro de Direitos Humanos*, v. 2, n. 2, p. 49-67, 2001.

- Disponível em: <https://revista.ibdh.org.br/index.php/ibdh/article/view/29>. Acesso em: 19 ago. 2023.
- ROUSSEAU, Dominique. *Radicalizar a democracia: propostas para uma refundação*. Trad. Anderson Vichinkeski Teixeira. São Leopoldo: Editora Unisinos, 2019.
- SÁ, Ana Paula Barbosa de. O poder constituinte originário e sua limitação material pelos tratados internacionais de direitos humanos. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Uberlândia*, v. 38, n. 1, p. 77-102, jan./jun. 2010. Disponível em: <https://seer.ufu.br/index.php/revistafadir/article/view/18366>. Acesso em: 11 ago. 2023.
- SALDANHA, Néelson. *O poder constituinte*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1986.
- SARMENTO, Daniel. *Dignidade da pessoa humana: conteúdo, trajetórias e metodologia*. Belo Horizonte: Fórum, 2016.
- SCHMITT, Carl. *Teologia política*. Trad. Elisete Antoniuk. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.
- SIEYÈS, Emmanuel Joseph. *A Constituinte burguesa: qu'est-ce que le Tiers État?* Trad. Norma Azevedo. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001.
- SILVA, Virgílio Afonso da. *Direito constitucional brasileiro*. 1. ed., 1. reimpr. São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo, 2021.
- TEMER, Michel. *Elementos de Direito constitucional*. 22. ed. 2. tiragem. São Paulo: Malheiros Editores, 2008.
- VIEIRA, José Ribas. Prefácio. In: SIEYÈS, Emmanuel Joseph. *A Constituinte burguesa: qu'est-ce que le Tiers État?* Trad. Norma Azevedo. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001, p. xv-xxv.

Como citar este artigo: ALVES, Vinícius Dias. Poder constituinte originário e princípio da dignidade da pessoa humana: uma relação necessária no Estado Democrático de Direito. *Revista de Ciências do Estado*, Belo Horizonte, v. 9, n. 2, p. 1–23, 2024.

Recebido em 14.04.2024

Publicado em 26.12.2024