

PODER CONSTITUINTE SUPRANACIONAL: NORMA JURÍDICA UNIVERSAL CONTEMPORÂNEA

Vinícius Andreis Marafon dos Santos
*Graduando em Direito pela UNIPAR – Universidade Paranaense –
Unidade de Francisco Beltrão, Paraná.*
viniciusandreis@hotmail.com

Bruno Smolarek Dias
*Doutor em Ciência Jurídica pela Universidade do Vale do Itajaí – SC, ex-bolsista CAPES para
Doutorado Sanduíche na Universidade do Minho – Portugal. Doutorado em co-tutela com a
Universitá de gli Studi de Perugia – Itália. Atualmente é professor do Curso de Direito da
Universidade Paranaense – Unipar campus Francisco Beltrão, Paraná.*
professorbruno@hotmail.com

O presente artigo encontra-se vinculado ao projeto Direitos Humanos Sociais como “*Jus Cogens*” Internacional e tem como objetivo demonstrar as lacunas jurídicas que surgem com a evolução sociológica e a futura criação de leis aplicáveis em âmbito universal para adaptação do indivíduo, ocupando seu papel no estado de direito com eficácia plena, partindo da análise teórica de constituição, seus aspectos e funções, poder constituinte e o caráter de uma norma jurídica universal e suas possíveis alterações contemporâneas e a premissa dos “*Jus Cogens*” como ponto de partida para essa lei universal.

Palavras-chave: Poder Constituinte. Supranacionalidade. Jus Cogens.

INTRODUÇÃO

O objetivo principal deste artigo científico é demonstrar as lacunas jurídicas oriundas da evolução sociológica entre indivíduos de diferentes partes do globo com o fator da intercomunicação, criando uma linha tênue entre até onde é aplicável o controle estatal e a soberania de cada estado.

Ocorre que existe então uma possibilidade de criação de uma lei supranacional, ou seja, de caráter universal para que possa o controle estatal novamente ser aplicado sem ser abusivo ou permissivo demasiadamente.

A ideia de se partir somente de uma lei universal é extremamente ultrapassada e inviável, pelo motivo de que a soberania dos estados atualmente não pode ser violada por outros, para que não sejam frutos os conflitos, mas surge então a possibilidade de adaptação

das leis e das constituições, conforme suas normas a criação de uma norma contemporânea programática para que essas lacunas sejam supridas e o que é notável e aplicável a essa norma atualmente são os “*Jus Cogens*” que são normas de caráter internacional e fundamentais para o mínimo existencial do indivíduo em sociedade.

Tendo então o ponto de partida já sido criado e aplicado valorosamente, sendo passíveis de estudos outros valores éticos do indivíduo que tenham caráter universal e que os países devam seguir para que obtenha um controle ativo e eficaz sobre a globalização que a cada dia mais gera a intercomunicação, que é um fator caótico nas lacunas jurídicas atuais e prejudica ordenamentos pela falta de normas jurídicas fazendo com que o indivíduo seja usurpado pelo poder estatal.

1. CONCEITO DE CONSTITUIÇÃO

Serão demonstradas teorias que conceituam o que se entende por constituição e as que se destacam para ampliar a compreensão direta e objetiva sobre seu valor, importância e imperatividade como uma norma superior reguladora da sociedade e será exposto na forma panorâmica do direito, a qual poderá ser o objetivo mais viável em termo constitucional panorâmico a ser alcançado.

A palavra constituição é empregada com vários significados, tais como: (a) “Conjunto dos elementos essenciais de alguma coisa: a constituição do universo, a constituição dos corpos sólidos”; (b) “Temperamento, compleição do corpo humano: uma constituição psicológica explosiva, uma constituição robusta”; (c) “Organização, formação: a constituição de uma assembleia, a constituição de uma comissão”; (d) “O ato de estabelecer juridicamente: a constituição de dote, de renda, de uma sociedade anônima”; (e) “Conjunto de normas que regem uma corporação, uma instituição: a constituição da propriedade”; (f) “A lei fundamental de um estado” (Silva, 2013, p. 39).

A Constituição sendo um ordenamento jurídico superior é a norma que articula a organização de um estado, conferindo e atribuindo poderes e limitando quais são as jurisdições e competências, ou seja, suas formas de atuação e a partir destas premissas se originam as organizações inferiores para que se alcance uma equiparação social, econômica e cultural, nunca um ordenamento jurídico positivo podendo ir contra a constituição ou seus princípios. Por fim, a constituição em sentido jurídico organiza os direitos essenciais do homem e do estado para que se tenha eficácia funcional e efetividade.

1.1 DIFERENTES ASPECTOS DE CONSTITUIÇÃO

Independentemente de diferentes constituições serem outorgadas ou promulgadas, o pretendido por cada uma é atingir o fim que é a organização jurídica do estado, ou seja, a pacificação dos valores sociais para o bem comum, sendo a constituição desde sua formalidade até a influência sociopolítica que sofre analisada por diferentes aspectos pré-existentes, concomitantes ou supervenientes que criam vários posicionamentos distintos, mas é absolutamente incontroverso o seu valor como a norma jurídica superior que visa à organização, logo, as influências que as atingem são atualmente inferiores a ela própria ou sendo essas influências negativas, ocasionam a criação do fenômeno da inconstitucionalidade.

Ferdinand Lassalle as entende no sentido sociológico. Para ele, a constituição de um país é, em essência, a soma dos fatores reais do poder que regem nesse país, sendo esta a constituição real e efetiva, não passando a constituição escrita de uma “folha de papel”. Outros, como Carl Schmitt, emprestam-lhes sentido político, considerando-as como decisão política fundamental, concreta de conjunto sobre o modo e forma de existência da unidade política, fazendo distinção entre constituição e leis constitucionais; aquela só se refere a decisão política fundamental (estrutura e órgãos do Estado, direitos individuais, vida democrática etc.); as leis constitucionais são os demais dispositivos inscritos no texto do documento constitucional, que não contenham matéria de decisão política fundamental. Outra corrente, liderada por Hans Kelsen, as vê apenas no sentido jurídico; constituição é, então, considerada norma pura, puro dever-ser, sem qualquer pretensão a fundamentação sociológica, política ou filosófica. A constituição de Kelsen toma a palavra constituição em dois sentidos: no lógico-jurídico e no jurídico-positivo; de acordo com o primeiro, constituição significa norma fundamental hipotética, cuja função é servir de fundamento lógico transcendental da validade da constituição jurídico positivo que equivale à norma positiva suprema, conjunto de normas que regula a criação de outras normas, lei nacional no seu mais alto grau (Silva, 2013, p. 40-1).

Logo os critérios de um poder constituinte têm natureza subjetiva, para alguns é um poder que preexiste antes da vontade do indivíduo e para outros é formado depois das vontades ou até mesmo evolui com ele, uma constituição de um estado atualmente é o conjunto dos fatores sociais, econômicos, culturais, ambientais e humanitários com influência jurídica pelo seu fator imperativo que o estado busca atingir e influência política pela sua própria estruturação fornecer possibilidade dessa forma de complementação, sendo improvável que possa ser visualizado separadamente uma constituição jurídica ou política. Por fim, é um ordenamento jurídico político normativo superior às outras normas pela sua capacidade de estruturação do estado, podendo em segundo plano ter subjetividades sociológicas ou filosóficas, tais, subjetividades partem de cada indivíduo da constituição, logo, não é possível limitar o campo de alcance de cada um sobre uma constituição, mas apenas o campo de atuação de uma constituição sobre a pessoa.

A constituição do Estado, considerada sua lei fundamental, seria, então, a organização dos seus elementos essenciais: um sistema de normas jurídicas, escritas ou costumeiras, que regula a forma do estado, a forma de seu governo, o modo de aquisição e o exercício do poder, o estabelecimento de seus órgãos, os limites de sua ação, os direitos fundamentais do homem e as respectivas garantias, em síntese, a constituição é o conjunto de normas que organiza os elementos constitutivos do estado (Silva, 2013, p. 39-40).

O que se pode notar é que apesar dos diferentes aspectos ideológicos constitucionais de cada autor, todos concordam que a constituição é a norma primária que tem como seu principal aspecto a organização, conferência, limitação e reconhecimento de poderes com caráter objetivo associado ao estado para que dela possa se obter funcionalidade jurídica, sendo, juntamente as normas inferiores que tenham eficácia de acordo com a constituição do estado, positivas.

A Constituição é algo que tem, como forma, um complexo de normas (escritas ou costumeiras); como conteúdo, a conduta humana motivada pelas relações sociais (econômicas, políticas, religiosas etc.); como fim, a realização dos valores que apontam para o existir da comunidade; e, finalmente, como causa criadora e recriadora, o poder que emana do povo. Não pode ser compreendida e interpretada, se não tiver em mente essa estrutura, considerada como conexão de sentido, como é tudo aquilo que integra um conjunto de valores (Silva, 2013, p. 41).

Jorge Miranda demonstra mais profundamente as teorias de Ferdinand Lassale, Hans Kelsen e Carl Schmitt, as quais foram apresentadas acima por José Afonso da Silva e agora serão acrescidas para a obtenção de um melhor entendimento e juntamente será demonstrada a teoria de Herman Heller.

Lassale afirma a necessidade de distinguir entre constituições reais e constituições escritas. A verdadeira constituição de um país reside sempre e unicamente nos fatores reais e efetivos de poder que dominem nessa sociedade; a constituição escrita, quando não corresponde a tais fatores, está condenada a ser por eles afastada; e, nessas condições, ou é reformada para ser posta em sintonia com os fatores materiais de poder da sociedade organizada ou esta, com o seu poder inorgânico, levanta-se para demonstrar que é mais forte, deslocando os pilares em que repousa a constituição. Os problemas constitucionais não são primariamente problemas de direito, mas de poder (1) (Miranda, 2000, p. 55).

A possibilidade de distinção de uma constituição real e de uma constituição escrita quase inexistem, podendo-se afirmar que os fatores reais em congruência com um estado nos momentos atuais são formalizados por documentos escritos, logo, não se confundem, mas se unem, criando uma constituição real escrita. Pode ocorrer a diferenciação e não separação da constituição real que é a forma de regime de cada estado, sua organização, seus meios para com o indivíduo e a constituição escrita está no plano do dever-ser pelo fato de que a conduta

humana apesar de basear-se no padrão do homem médio não tem uma previsibilidade, mas apenas um direcionamento constitucional.

Kelsen configura o direito como ordem normativa, cuja unidade tem de assentar numa norma fundamental – pois o fundamento de validade de uma norma apenas pode ser a validade de outra norma, de uma norma superior. Há uma estrutura hierárquica de diferentes graus do processo de criação do Direito. Que desemboca numa norma fundamental. Tal norma superior é a constituição – mas esta tem de ser entendida em dois sentidos, em sentido jurídico positivo e em sentido lógico jurídico. Em sentido positivo, a constituição representa o escalão de direito positivo mais elevado. E a norma ou o conjunto de normas jurídicas através das quais se regula a produção de normas jurídicas gerais; e esta produção de normas jurídicas gerais reguladas pela constituição tem, dentro da ordem jurídica estadual, o caráter da legislação. Em sentido lógico jurídico, a constituição consiste na norma fundamental hipotética, pois, como norma mais elevada, ela tem de ser pressuposta, não pode ser posta por uma autoridade, cuja competência teria ainda de se fundar numa norma ainda mais elevada. (2) (Miranda, 2000, p. 55).

A norma constitucional no sentido jurídico-positivo corresponde a sua supremacia constitucional, sua imperatividade em sentido vertical, ou seja, a hierarquia da constituição em um ordenamento jurídico. Em sentido lógico-jurídico a norma tem um valor hipotético que é o pressuposto de uma norma constitucional servir para o sentido positivo, sendo basicamente uma forma de adaptação. Logo, a norma constitucional sendo imperativa deve ter caráter objetivo de parâmetro para outras normas hierarquicamente inferiores no mesmo ordenamento jurídico, que não tenham objetivos incompatíveis.

Carl Schmitt distingue quatro conceitos básicos de constituição: um conceito absoluto (a constituição como um todo unitário) e um conceito relativo (a constituição como uma pluralidade de leis particulares), um conceito positivo (a constituição como decisão de conjunto sobre o modo e a forma da unidade política) e um conceito ideal (a constituição assim chamada em sentido distintivo e por causa de certo conteúdo) (Miranda, 2000, p. 56).

A constituição dentro de um estado deve objetivamente ter uma amplitude homogênea e subjetivamente delegar positividade as outras normas inferiores, sendo ainda necessariamente utilizada para que as complementações políticas que por ela mesma permitida sejam realizadas ou reordenadas caso haja necessidade constitucional, assim, alcançando a positividade jurídica dos fatores reais que é fim pretendido.

Heller consiste, em primeiro lugar, na definição da constituição como totalidade, baseada numa relação dialética entre normalidade e normatividade e, em segundo lugar, na procura da conexão entre a constituição enquanto ser e a constituição enquanto constituição jurídica normativa (superando, assim, as <<unilateralidades>> de Kelsen e Schmitt) (Miranda, 2000, p. 57).

A constituição deve ter como característica fundamental a universalidade com efetividade, deve acompanhar o desenvolvimento do estado e de forma imperativa ter o controle sociopolítico das relações entre indivíduo-estado. Tendo, ainda, apesar de seu caráter interpretativo abstrato, capacidade de exercer o papel direcionador.

Ferdinand Lassale define a constituição como os fatos reais da sociedade e efetivos, logo, acha que não existe a possibilidade de uma constituição escrita acompanhar a sociedade explicando que a problemática se encontra na administração do poder constitucional, ou seja, o poder constituinte que preexiste antes mesmo da constituição pela impossibilidade de visualização. Carl Schmitt atribui ao sentido jurídico da norma um sentido político gerando uma norma jurídica política diferenciando uma constituição de leis constitucionais, sendo a constituição o controle estatal e as leis constitucionais tendo a eficácia para completar a subjetividade do estado que a constituição não alcança, mas confere efetividade jurídica. Hans Kelsen dá ao caráter da norma constitucional a unicidade não sendo possível ter outra norma jurídica no mesmo plano que sirva de fundamentação jurídica para outras normas jurídicas inferiores gerarem um positivismo jurídico pleno. Herman Heller diferentemente de Kelsen determina a norma jurídica constitucional em um formato universal, ela deve ter a capacidade de ter imperatividade e ao mesmo tempo ter o papel funcional de norma superior.

Analisando as diferentes teorias de tais aspectos é passível de concordância que a norma constitucional, independentemente dos fatores criados por cada autor citado, tem um caráter supranacional que é concentrado no fim direcionado para a efetivação da organização do estado para com o indivíduo perante seu caráter imperativo e normativo hierárquico superior, transmitindo no mesmo ordenamento jurídico para as normas inferiores poderes para buscar a readequação autônoma constitucional, assim, a supranacionalidade constitucional jurídica normativa precisa de uma readequação temporal, não sendo passível de controle sociológico e filosófico, pois, essas questões são advindas dos indivíduos dos estados e não dos estados abstratos em si. A questão política pode ser controlada pela conferência ou não de poder, conforme, o estado se regula através das suas normas constitucionais.

1.2 FUNÇÕES CONSTITUCIONAIS

De acordo com Heller:

Deve reconhecer-se do mesmo modo que tem razão os que declaram que, do ponto de vista científico, não se pode chegar a estabelecer objetivamente a “missão” política concreta de um estado determinado. Pois esta missão – embora se queira deduzir, a maneira dos geopolíticos hodiernos, com uma pretensa objetividade, da situação geográfica do Estado de que se trate – depende sempre exclusivamente do mesmo modo que aqueles fins psicológicos, das ideologias, de maneira alguma unitárias, de determinados grupos humanos dentro do Estado (Heller, 1999, p. 242).

A vontade do estado e sua atividade têm forma abstrata, assim, como dos para qual ele se redireciona, sendo as subjetividades não passíveis de controle estatal, pois, o estado não é indivíduo, mas tem o papel do dever-ser eficaz. O estado não deve atuar com um objetivo fim predeterminado, ele atua conforme as necessidades dos fatores reais que os seus indivíduos criam para sua manifestação, obviamente existe a impossibilidade de o estado através de suas funções criar normas supervenientes aos seus indivíduos, objeto pelo qual, não existe uma deficiência normativa, mas sim um apontamento de que algumas funções distantes para com o indivíduo não lhe proporcionariam melhores condições, mas gerariam um cerceamento estatal além do que é necessário para a organização sociopolítica do estado.

As ações que o estado exerce como causa, dentro do todo social determinam-se com a mesma objetividade que as funções que possuem certos órgãos no organismo animal ou vegetal para a nutrição, reprodução ou defesa. Não é possível o estado sem a atividade, conscientemente dirigida a um fim, de certos homens dentro dele. Os fins estabelecidos por esses homens atuam casualmente sobre outros homens como elementos motivados das suas vontades. A realidade do estado, que se deve supor aqui como unidade, consiste em sua ação ou função, a qual, assim como ela, não precisa que seja querida como fim, nem por todos os membros nem mesmo por um só. Como todas as funções sociais, que nascem e se mantêm exclusivamente por meio de atos de vontade socialmente eficazes, também a função do estado é algo que se dá e se propõe a vontade humana (Heller, 1999, p. 243-244).

O estado não é objetivo, sua forma se molda através de suas diferentes peculiaridades complexas que em épocas pretéritas, indivíduos decidiram a frente de, tal modo, que seus pensamentos moldassem a organização. O estado como sendo o agrupamento superior se sobrepõe ao inferior. “O interesse coletivo se sobrepõe ao interesse individual”. A vontade estatal deve prevalecer para a eficácia e renovação de sua forma, caso contrário, o estado seria apenas figurativo. A constituição do estado não se faz a partir de uma periodicidade, ela se desenvolveu naturalmente com o surgimento das necessidades dos indivíduos em atingir a pacificação social e apenas renova-se para manter a sua ordem e eficácia funcional.

O conceito do político é muito mais amplo do que o do estatal. Fala-se de uma política eclesástica, militar, econômica, de associações etc. Todas essas formas de “política” tem em comum desenvolver e aplicar poder social organizado, ou seja,

que o seu poder nasce e mantém-se mediante uma cooperação humana dirigida por uma ordenação regular comum, na qual determinados indivíduos cuidam do estabelecimento e segurança da ordenação, assim como da atuação unitária do poder de tal modo concentrado. Por isso, política é no mais alto e exemplar sentido, a organização e atuação autônoma da cooperação social em um território. (Heller, 1999, p. 246–247).

A organização política é o meio pelo qual o estado evoluído confere atividade aos seus indivíduos para ouvir e atender suas necessidades, tais indivíduos preordenam o estado que por sua vez, se organiza para manter sua soberania e as necessidades que se originam de situações alteradas. As diferentes formas de política não prejudicam o estado, apenas seus indivíduos, essas formas são meios escolhidos pelos próprios indivíduos do estado para seu convívio social adequado, as formas são ocasionadas pelos fatores reais que surgem conforme cada tempo e necessidade.

É certo que no seio do povo do estado há uma reduzida minoria para a qual o ser e o modo de ser do estado terminam constantemente em uma decisão de dever ser, minoria que participa, pois, com atividade consciente, na conservação e formação do estado. A grande massa, porém, enquanto é impelida para um agir concorde com o estatal por algo mais que a dominação das necessidades fundamentais, concebe a realidade normal ou eficaz como um dever ser; para essa massa a normatividade ou, mais exatamente, a habitualidade apenas consciente do fático, significa uma base de justificação suficiente do Estado. (260) Ao direito como valor supra positivo de distribuição e medida, incumbe função de ordenar retamente a vida social, isto é, atribuir a todos os seus membros o que, com referência a um todo, lhes compete em faculdades e obrigações: estabelecer entre si uma justa relação (Heller, 1999, p. 262).

A minoria pode ser apontada como a parte que faz com que o estado sempre esteja em constantes reenquadramentos, essa minoria é uma forma de estruturação para que não sejam os limites rompidos. A força que sempre caracteriza a notoriedade e confiança estatal, a grande massa, pode-se dizer que é parte do sistema, está em conformidade para com o que a minoria deseja, pois, precisa de uma grande massa para buscar progresso e readaptação. O direito é o meio de intervir e interagir do estado com seus indivíduos, a partir das funções concebidas por ele se estabelece um ciclo de controle estatal.

A constituição de um estado coincide com a sua organização enquanto esta significa a constituição produzida mediante atividade humana consciente e só ela. Ambas referem-se à forma ou estrutura de uma situação política real que renova constantemente por meio de atos de vontade humana (Heller, 1999, p. 295).

O estado, do mesmo modo, como o sujeito, se concretizava sob um aspecto natural, sem necessidades coletivas, logo, a partir do momento em que o sujeito passa a ter a necessidade de forma singular e própria de readaptação concomitantemente se unir com

outro(s) cria um pacto, sendo o estado fruto desse pacto passa por uma formatação influenciada pelos seus indivíduos criando uma estrutura que regule suas vontades que evoluem frequentemente para alcançar o aperfeiçoamento e reorganização que supra as lacunas para não se tornar ineficaz, assim, a organização oriunda dos indivíduos dão valor aos fatos, criando atos evoluindo até o aspecto jurídico normativo regulador social.

A constituição do estado não é, por isso, em primeiro lugar, processo, mas produto, não atividade, mas forma de atividade; é uma forma aberta através da qual passa a vida, vida em forma e forma nascida da vida. A constituição permanece através da mudança de tempos e pessoas graças à probabilidade de se repetir no futuro a conduta humana que com ela concorda (Heller, 1999, p. 296).

A constituição de um estado tem o caráter de elemento, uma vontade de uma nação exteriorizada para que seus pensamentos divergentes não gerem danos e injustiças para ambas as partes. Como os sujeitos sociais de um estado e suas vontades passam por transições, uma constituição será exigida, que forneça as normas jurídicas para os interesses de tais sujeitos, sempre uma constituição servindo de complementação para outra, pois, se tratando de uma readaptação constitucional a sociedade tem uma organização preestabelecida pelo formato do direito e do tempo.

O estado, porém, não pode ser concebido nem como sociedade nem como comunidade exclusivamente. A sua lei decisiva de formação é certamente a organização; pois não só por meio dela cresce consideravelmente o seu valor de efetividade social, mas sem ela não tem, em geral, existência (Heller, 1999, p. 297).

A função constitucional de um estado deve ser entendida não de forma objetiva, ela parte de liames entre estado e indivíduos, esses tomam a frente de outros para com o estado. Abrangem questões sociais, políticas e jurídicas para uma conformidade estatal ser alcançada.

A questão social é o caminho que o estado aponta para os indivíduos desenvolverem suas ideologias e formas de convivência entre si. A política está ligada à ordem e quais os meios são utilizados para suprir as necessidades dos indivíduos de forma voluntária ou não. O modo jurídico pode-se dizer que nasceu com o estado e vem se reorganizando, conforme, necessário para atender as condutas dos indivíduos e para manter a adequação da norma jurídica superior para que não se sobreponham outras normas constitucionais contra o estado.

1.3 PODER CONSTITUINTE

Sobre o poder constituinte Canotilho tem a explicar:

O poder constituinte se revela sempre como uma questão de “poder”, de “força” ou de “autoridade” política que está em condições de, numa determinada situação concreta, criar, garantir ou eliminar uma Constituição entendida como lei fundamental da comunidade política (Canotilho, 2003, p. 65).

O poder constituinte do panorama genérico é um poder formador e regulador taxado pela sua forma ampla e hierárquica, desintegrado do direito que cria a forma do estado e sua organização. O poder constituinte é o limitador da ordenação a ser formulada, afetando a todos os indivíduos do estado integralmente, pois, é o poder criador de primeira fase de uma organização de um estado.

O poder constituinte seria, em rigor, não uma competência ou faculdade juridicamente regulada mas sim uma força extrajurídica, um “puro facto” fora do direito (Canotilho, 2003, p. 67).

O titular do poder depende de cada forma e época de governo. O poder constituinte é a ação inicial determinante, organiza, ordena e cria normas, abrangendo sua competência e jurisdição e na medida em que surgem indivíduos é potencializado o poder de emergir racionalmente ideias coletivas ou individuais desde que benéficas para o desenvolvimento do estado efetivo.

O poder constituinte seria o poder do sujeito natural, aquele cujas necessidades são supridas conforme tem capacidade através de sua força, juntamente mais do que um sujeito se integrando criando uma pluralidade, gerando um aspecto de sujeito social que criariam suas normas para atingir seus fins e partindo do modo pré-jurídico não seria possível ter normas antes mesmo de criá-las, sendo o poder constituinte anterior à norma organizadora.

O poder constituinte é reativado pelo fato de que decorre de uma existência de um sujeito natural, o que nos dias de hoje não é possível de ser visualizado pelo motivo de que somos sujeitos sociais. O Poder Constituinte é reativado através de momentos transitórios de estados, deve ser visto também em constante evolução, cada vez, absorvendo mais profundamente estruturas constitucionais preestabelecidas e inadequadas no caso concreto que no passado não teriam como se adequarem ao ato jurídico temporal.

Pode se dizer que o poder constituinte é um poder social, jurídico, político e atualmente econômico, cultural e ambiental. A obviedade se contempla, pois, o fator principal que liga o poder constituinte é a interdependência. A sociedade e seus indivíduos são os

pressupostos de sua própria organização social, buscam uma organização para não regredir. O elemento jurídico, diz-se norma constitucional, surge como consequência dessa organização e é o ordenamento que rege a sociedade e o fator político é a adequação que por disposição normativa absorve o fato social e jurídico que os indivíduos necessitam, assim, os fatores estando em conformidade padrão para a socialização.

1.4 A POSSIBILIDADE DE CONSTITUIÇÃO SEM A PRESENÇA DO ESTADO, CONSTITUIÇÃO COMO FENÔMENO SOCIAL

O poder constituinte atualmente não seria uma barreira para os estados ou para o direito, basicamente é um pensamento a frente da realidade da atual sociedade. Um poder constituinte supranacional não é possível no atual momento, apenas, pelas pessoas não conseguirem estatizar uma convivência em conformidade e adequação universal, esse fator negativo de convivência é originário pelo elemento político na norma jurídica positiva.

Normas supranacionais poderiam erradicar problemas que estão presentes desde a formação da sociedade até o futuro sem um prazo estimado para ter uma erradicação e positivamente conseguiria preencher lacunas das normas e suas incompatibilidades no âmbito em que esses hiatos jurídicos afetam a soberania de cada estado. Atualmente é possível visualizar uma primeira etapa de uma constituição supranacional, são eles em um primeiro plano concreto, Declaração Universal dos Direitos Humanos (DUDH), União Européia (EU) e em um segundo plano abstrato os *Jus Cogens*, normas jurídicas contemporâneas que tem uma abrangência que ultrapassa de forma positiva a soberania dos estados em prol das funções, econômicas, sociológicas, ideológicas que criam um liame de dependência entre estado e indivíduos e esses passam por uma adequação originária da supranacionalidade que é a integração do estado-indivíduo cumulado com as normas jurídicas e as necessidades para formarem um poder constitucional supranacional contemporâneo que visa a interdependia absoluta.

Parece plausível que uma certa simetria no nível de desenvolvimento dos respectivos Estados-membros é uma condição decisiva para a construção de uma supranacionalidade, que implica normas e decisões abrangentes nas dimensões social, material e temporal. Nos casos de condições orçamentárias, níveis educacionais, sistemas de saúde, situação de trabalho e emprego etc. muito díspares, fica obstaculizada ou, no mínimo, dificultada a incorporação normativa imediata (sem ratificação) que caracteriza uma ordem supranacional (Neves, 2009, p. 99).

O poder constituinte supranacional pode ser visualizado de forma teórica como um constitucionalismo global, ou seja, um poder estatal que ultrapassa os limites atuais de cada estado fazendo aplicar-se sua norma universal juntamente com direitos fundamentais preexistentes sob uma ótica de igualdade básica para ambos os estados existentes, logo, não é possível visualizar um titular específico de tal poder e sim um novo gênero originário dele que seria um sujeito universal.

Além dos pressupostos no nível dos estados, a formação de uma constituição supranacional transversal depende da construção de um povo constitucional *determinante* dos procedimentos no plano supra-estatal. Não se trata, porém, de um povo caracterizado por uma identidade cultural coletiva ou por uma comunidade de valores, que, aliás, também não existe no Estado constitucional; mas sim de um povo que se distingue, antes de tudo, por uma forte heterogeneidade cultural (Neves, 2009, p. 101-102).

Partindo dessa premissa de um contrato, como no passado os indivíduos atualmente ultrapassam barreiras que o poder constituinte não poderia prever, cabendo ao estado se reorganizar para que de uma forma positiva exerça novamente o poder estatal amplo alcançando todos os indivíduos.

O direito por definição deve ser “[...] uma ordem da conduta humana”, confluência de uma sociedade organizada com objetivos comuns, sendo resultado da convivência humana, em sendo a atual sociedade uma sociedade dinâmica e em transformação. Deve o direito também se tornar dinâmico (Dias, 2013, p. 265).

O poder normativo de cada estado passa através da intercomunicação entre os estados em ter sua força suprimida em alguns aspectos que ele mesmo não tem capacidade para controlar, criando lacunas. O indivíduo de cada estado passa a ter uma autonomia em aspectos que pelas constituições anteriormente não poderiam ser notadas, apenas com a evolução social, cultural e monetária vem surgindo essa autonomia caracterizando assim uma perda de poderes entre cada constitucionalismo.

A produção jurídica, em tempo de globalização, parece transtornar esse paradigma propondo um esquema relacional inédito, baseado na centralidade do indivíduo como entidade “libertada” das relações comunitárias, no qual o órgão judicial perde progressivamente seu caráter de territorialidade. Todavia, mais do que falar de “superação” do direito estatal, prefere-se falar de sua “transformação” que encontra explicação na hegemonia exercida, sobretudo pelo fator econômico no âmbito do raciocínio jurídico. Há, sem dúvidas, novos tipos de poder transnacionais que não são limitados por qualquer tipo de direito com um mínimo de eficácia (Oliviero & Cruz, 2013, p. 86).

Claramente como sendo as normas o poder regulador de cada estado não se pode falar em extinção de tais, caso contrário a sociedade global poderia estar regredindo para regimes governamentais que se tornaram ultrapassados pela falta de eficácia e pelo surgimento de novas normas fundamentais, todavia, o constitucionalismo deve ter essa característica de evolução e se aperfeiçoar para que se alcancem as mudanças para acompanhar e legitimar a capacidade de impor limitações entre os novos poderes globais não limitados atualmente.

As experiências humanas vão revelando a indispensabilidade de observância de certos princípios de justiça que, independentemente da sua configuração (como princípios suprapositivos ou como princípios supraleais masintra-jurídicos) são compreendidos como limites da liberdade e onipotência do poder constituinte. Acresce que um sistema jurídico interno (nacional, estadual) não pode, hoje, estar *out* da comunidade internacional. Encontra-se vinculado a princípios de direito internacional (princípios da independência, princípio da autodeterminação, princípio da observância de direitos humanos) (Canotilho, 2003, p. 81).

Ocorrem atualmente a partir das mudanças globais alterações nas bases do constitucionalismo de cada estado, pois, a evolução em alguns aspectos ultrapassa as barreiras criadas pelas normas criando uma neutralidade dos estados nas situações que ele próprio não consegue atingir sua máxima.

Quando se argumenta sobre um estado supranacional, concomitantemente argumenta-se sobre um estado de direito positivo contemporâneo e seu constitucionalismo, seu poder regulador legitimado ampliado conseqüentemente de forma que se podem citar dois aspectos já preexistentes que são absolutos, desse modo, são eles o *Jus Cogens* e a globalização que abrangem as neutralidades constitucionais de cada estado.

Para tanto, caracteriza-se a nova modernidade como a modernidade reflexiva, a necessidade de rever os conceitos das sociedades antes estruturadas, pois estas já não respondem aos anseios desta nova modernidade, caracterizada pela globalização, pela reestruturação do papel dos estados e da disseminação dos riscos entre os habitantes da aldeia global (Mardegan, 2013, p. 292).

Através da legitimação dos órgãos supranacionais podem os estados suprir suas neutralidades sob os impactos da globalização moderando o relacionamento de estado com estado para que não seja suprimido o poder estatal.

De fato o estado tem sua soberania dirimida pela nova ordem mundial, com o fenômeno da globalização e transnacionalidade, sendo que esta pode ser entendida como um sub-fenômeno da globalização caracterizado pela desterritorialização dos relacionamentos político-sociais, ou seja, o capitalista e de forma ultra-valorizado, que articula ordenamento jurídico mundial à margem das soberanias dos estados. Como freio à nova ordem global há a necessidade do surgimento e fortalecimento

dos órgãos já existentes supranacionais, ou seja, de espaços transnacionais como entes reguladores e protetores da função social do estado (Mardegan, 2013, p. 301).

Conforme cada estado alcançou o progresso com suas diferentes e individuais formas de revoluções foram tornando-se expostas as ligações que ultrapassavam as barreiras dos poderes estatais, surgindo desde os primórdios a lacuna que pode ser ocupada pelo poder supranacional como regulador.

A economia é à base de cada estado para que ele dê ao seu indivíduo as condições básicas para eles exercerem a vida de maneira básica, bem como a reestruturação material para acompanhar a evolução, desse modo, como no período pós-guerra nos moldes dos governos atuais e conforme o crescimento do poder majoritário absoluto do capitalismo, o indivíduo ultrapassa e cria pós-fronteiras que o estado não controla. A reestruturação, condição básica social e econômica são fatores que devem ser totalmente controlados pelo estado, ele na sua vez deve readequar-se para conseguir sobrepor-se perante a sociedade para supri-la novamente como se molda a cada passo da evolução, de forma que o poder supranacional pode readequar os princípios básicos para que de forma igualitária o ordenamento jurídico seja totalmente positivo.

1.5 O JUS COGENS COMO PREMISSE INICIAL DE POSSIBILIDADE DE UMA CONSTITUIÇÃO SEM A PRESENÇA DO ESTADO

Jus Cogens como limitadores do poder constituinte originário claramente são a premissa inicial para uma instauração de um poder supranacional, desse modo, sendo um aspecto principal que pode levar o poder aos outros estados da comunidade internacional para que através deles possa se criar um constitucionalismo universal.

Jus Cogens são potenciais objetos de limitação ao poder constituinte originário, devendo ser, se assim considerados forem, respeitados pelos países tendo em vista a organização da sociedade internacional, a qual todos os países estão vinculados (Dias, 2013,p. 251.)

A intermediação e as lacunas jurídicas podem ser supridas por uma constituição supranacional que programaria todas as formas de intercomunicação possíveis, através do estabelecimento de padrões de conduta atribuídos pelos princípios. O *Jus Cogens* é o conjunto de direitos que corresponde ao mínimo ético fundamental para conduta internacional, sendo composto inclusive pelos Direitos Humanos, mas passa por dificuldade

no processo de internalização, pois cada Estado organiza de forma diferente esses direitos. Apesar desta dificuldade é o que se pode ter como maior pilar do progresso para um poder supranacional.

O *Jus Cogens* internacional pode ser entendido como o conjunto de normas internacionais de caráter fundamental, e, portanto, devem ser consideradas como fundantes de todo o ordenamento jurídico internacional. Como característica de normas fundamentais elas obrigam o seu cumprimento por todos aqueles que se encontram vinculados a este ordenamento, na lógica correspondente ao que ocorre no direito constitucional. Tendo em vista o panorama atual, não se verifica a possibilidade de um estado não pertencer à sociedade internacional. Não se verifica a existência de um estado que não esteja em convivência e convergência de interesses econômicos para com outros estados. Todos estão conectados seja econômica, social ou culturalmente. A interdependência é uma das características de nossa convivência enquanto sociedade (Dias, 2013, p. 254).

De forma universal a sociedade caminha em prol do progresso seja no âmbito social, econômico ou político. Os próprios indivíduos para adequar suas diferenças buscam formas de reger-se através de uma organização, normalmente feito por uma constituição fruto de um poder constituinte que chegando a seu ápice e não regredindo, da mesma maneira sem ser extinto, mas alterado, passando por modificações para que possa exercer plenamente o poder estatal perante as fronteiras que surgem no século XXI.

Não é, com efeito, todos os dias que uma comunidade política adota um novo sistema constitucional, fixa um sentido para a ação do seu poder, assume um novo destino; é apenas em tempos de “viragem histórica”, em épocas de crise, em ocasiões não podem ser catalogadas a priori; somente podem ser apontados os seus resultados típicos – a formação de um estado *ex novo*, a sua restauração, a transformação da estrutura do estado, a mudança de regime político (Dias, 2013, p. 258).

Pode-se demonstrar que o *Jus Cogens* é o primeiro passo de um ordenamento supranacional e a interdependência (consequência da globalização) é outro fator que justifica esse poder constituinte, lacunas entre estados se criam pela falta de intermediação constitucional, a solução seria um poder supranacional que através dele mesmo conferisse poderes para estes Estados, assim, respeitando sua soberania.

E de forma explícita para um entendimento teórico pode-se visualizar claramente os estados como principais indivíduos da comunidade internacional, sendo eles dentro dos estados subgêneros também alcançados pela supranacionalidade com a intenção de que a interdependência entre estados se torne controlável na medida de que a cada passo surge rapidamente.

Sendo o poder supranacional um pensamento para longo prazo e de maneira finalística, uma última alternativa jurídica para abrangência das soluções que visam apaziguar e mediar os conflitos atualmente inalcançáveis devido às lacunas supervenientes ao constitucionalismo de cada estado seria a opção que mais se aproximaria das soluções.

Por fim, com as premissas do *Jus Cogens* e da globalização já explícitos teoricamente em toda comunidade internacional como uma forma global o poder constituinte supranacional é a formula para que se tenha controle sobre as lacunas da interdependência que surgem na medida da evolução da sociedade e do não acompanhamento dos estados com a evolução, tendo assim uma legitimação para impor a força estatal visando controlar a hierarquia e não se tornar ineficaz para a sociedade.

CONSTITUENT SUPRANATIONAL POWER: LEGAL STANDARD UNIVERSAL CONTEMPORARY

ABSTRACT: The current article is attached to the Social Human Rights as “*jus Cogens*” International and has as objective to demonstrate the legal gaps which rise with the sociological evolution and future creation of applicable laws in universal scope to individual adaptation occupying its role in the rule of law with full efficiency, based on the theoretical analysis of constitution, its aspects and functions, constituent power and the character of an universal legal norm, its possible contemporary changes and the premise of “*Jus Cogens*” as starting point to this universal law.

KEY WORDS: Constituent Power. Supranational. Jus Cogens.

REFERÊNCIAS

Canotilho, J.J.G (2003). **Direito constitucional e teoria da constituição**. 7º Ed. Coimbra: Almedina, 1522 p.

Dias, Bruno Smolarek (2013). Limite material ao Poder Constituinte Originário fruto do Direito Internacional. In: Santo, Davi do Espírito; Pasold, Cesar. **Reflexões sobre a teoria da constituição e do estado**. Florianópolis: Insular, 480 p.

Heller, H (1999). **Teoria do estado**. São Paulo: Mestre Jou, 374 p.

Mardegan, Herick (2013). O enfraquecimento do Estado perante o fenômeno da Transnacionalidade na nova modernidade. In: Santo, Davi do Espírito; Pasold, Cesar. **Reflexões sobre a teoria da constituição e do estado**. Florianópolis: Insular, 480 p.

Miranda, J. (2000). **Manual de direito constitucional**. Coimbra: Coimbra, 326 p.

Neves, M. (2009). **Transconstitucionalismo**. São Paulo: WMF Martins fontes, 258 p.

Oliviero, Maurizio & Cruz, Paulo Márcio (2013). Reflexões sobre o Direito Transnacional. In: Santo, Davi do Espírito; Pasold, Cesar. **Reflexões sobre a teoria da constituição e do estado**. Florianópolis: Insular, 480 p.

Silva, J. A. (2013). **Curso de direito constitucional positivo**. 36°. Ed. São Paulo: Malheiros editores Ltda, 928 p.