

LIMITES AO PODER CONSTITUINTE

Marcus Gouveia dos Santos

1) INTRODUÇÃO



presente trabalho tem como objetivo analisar a existência de limites ao poder constituinte. O tema mantém íntima relação com a teoria do direito, notadamente o positivismo e o jusnaturalismo, uma vez que a partir daí se poderá concluir acerca da natureza jurídica do poder constituinte e da existência de limites.

A questão não é meramente acadêmica, ao contrário do que se poderia imaginar. Ao longo da história, existem demonstrações de verdadeiras atrocidades cometidas a pretexto de se estar cumprindo a lei. O nazismo e o fascismo são exemplos de regimes que, sob o manto do direito, foram autoritários e discriminatórios¹.

De outro ponto, existem exemplos em Constituições Democráticas recentes de desrespeito ao postulado da justiça e aos direitos humanos. Nesse sentido, na Constituição Portuguesa de 1976, antes da revisão, os artigos 82º, n 2 e artigo 87, n 2, que tratavam da expropriação sem indenização; e o artigo 309, que versava sobre a incriminação e julgamento dos agentes e responsáveis da PIDE/DGS sem prévia lei que definisse o crime e a pena. Como também, na Constituição Brasileira o artigo 5º, inciso LXVII, que permite a prisão civil por dívida do depositário infiel². É inquestionável que nos dias atuais não se pode

¹ in “História das Idéias Políticas”, Diogo Freitas do Amaral, Volume II, Lisboa 1998, pág. 307-320.

² “Art. 5º (...) LXVII - não haverá prisão civil por dívida, salvo a do responsável pelo inadimplemento voluntário e inescusável de obrigação alimentícia e a do depositário infiel;”

conceber que o Estado interfira no direito de propriedade do particular sem pagar qualquer indenização para isso; ou que alguém seja julgado sem prévia lei que defina o crime e a pena; ou, por fim, que a execução da dívida seja feita sobre o próprio corpo do devedor. Neste último caso, a possibilidade da execução de dívida ser imposta à própria pessoa do devedor já havia sido abolida do processo civil romano pela *Lex Poetelia Papiria*, já no século V A. C. Antes dessa lei, quando vigia a *Legis Actiones*, era facultado ao credor vender o devedor como escravo, matá-lo ou aprisioná-lo. Em que pese a evolução dos direitos humanos, ainda há tal resquício de injustiça na Constituição Brasileira, em que se permite a execução de dívida sobre a pessoa do devedor.

O poder constituinte é expressão máxima da soberania e esta, em um Estado democrático, deve ser exercida pelo povo. Portanto, será analisado o processo histórico de formação dos Estados Nacionais para se chegar a um conceito de soberania e poder constituinte. Em seguida, serão analisadas as várias classificações de constituição e de poder constituinte, que terão importância para a conclusão do trabalho.

Também será realizada uma análise crítica da classificação dos limites ao poder constituinte levada a cabo por alguns autores e será questionado se a constituição, como norma jurídica fundamental do Estado e produto do poder constituinte, deve expressar o consenso da sociedade acerca do justo. Ao fim, se concluirá sobre a existência de limites ao poder constituinte.

2) O PROCESSO HISTÓRICO CONSTITUCIONAL E A SOBERANIA

Para a análise do poder constituinte, torna-se necessário verificar o processo histórico de formação e evolução dos Estados Nacionais, pois só assim pode-se concluir pelo moderno

conceito de soberania e de constituição. A definição destas será importante para o estudo do poder constituinte, já que este é a manifestação máxima da soberania e a constituição é o seu produto.

Nesse sentido, foi com a formação dos Estados Nacionais que surgiu o conceito de soberania e de constituição modernas. A soberania seria a capacidade do Estado de autodeterminação segundo a sua própria vontade. No plano externo, a soberania consistiria na independência e igualdade entre os Estados, traduzida na ausência de sujeição de um Estado a outro, ao passo que a soberania interna representaria o monopólio do Estado de editar normas originárias, notadamente na capacidade do poder constituinte elaborar a constituição.³

Na origem da formação dos Estados Nacionais, o Estado era caracterizado como Estamental, no qual o poder político estatal era exercido pelo monarca juntamente com os estamentos. Estes estamentos representavam corpos organizados remanescentes da Idade Média, consistentes basicamente na Igreja e nos senhores feudais, entre os quais era diluído o poder político estatal. A partir do século XIV, com a reunificação dos feudos e a perda de poder pela Igreja, o poder político foi todo centralizado na figura do rei, dando origem ao Estado Absolutista. Em um primeiro momento, a legitimidade do poder do rei teve como fundamento um caráter divino, assim, até a primeira metade do século XVIII, o exercício do poder era justificado pela religião, na qual o rei seria o escolhido por Deus para governar a sociedade. Após esta fase, o poder monárquico teve fundamentação racionalista, dando origem ao que foi denominado de despotismo esclarecido.⁴

³ in “Direito Constitucional e teoria da Constituição”, 7ª Ed., Ed. Almedina, J.J. Gomes Canotilho, pág. 337-338.

⁴ in “Manual de Direito Constitucional”, Jorge Miranda, 6 ed. Coimbra, tomo II, pág. 8-12. Também em “Teoría de la Constitución”, Carl Schmitt, versão espanhola de Francisco Ayala, Alianza Universidad Textos, Alianza Editorial, 1996, páginas 66-71.

Nesse período, tem origem a concepção da Constituição nas chamadas Leis Fundamentais, nas quais eram previstas a soberania do Estado, a religião adotada, a forma de governo, a sucessão no reinado e as garantias e representações dos grupos sociais. Entretanto, as Leis Fundamentais não poderiam ainda ser equiparadas às Constituições modernas, uma vez que ainda não regulava toda a relação entre governantes e governados, nem todo o exercício de poder pelos governantes, bem como não possuía uma vontade autônoma de refundação da ordem jurídica e de imposição de normas adequadas ao cumprimento desses fins⁵.

Em fins do século XVIII, em decorrência do desenvolvimento comercial e industrial, surge uma nova classe social. Embora detivesse grande poder econômico, a burguesia não possuía poderes políticos, o que representava empecilho ao seu crescimento. Em virtude disso, a nova classe burguesa reivindicaria maior participação política e o estabelecimento de limites ao poder do soberano. O princípio da legalidade surge como uma forma de limitação de poderes do rei e de reivindicação de maiores poderes para a recém classe economicamente dominante. Também como consequência da aspiração de limitação dos poderes monárquicos surge o princípio da igualdade, que tinha uma função meramente formal de igualdade de tratamento perante a lei. Nasce, assim, a concepção de Estado de Direito, no qual o poder político seria exercido com fundamento e com limites na lei, dessa forma a Constituição surge como fundamentadora e limitadora do poder através do direito.^{6 7}

⁵ in “Manual de Direito Constitucional”, Jorge Miranda, 6 ed. Coimbra, tomo II, pág. 10-11.

⁶ Ao longo do processo histórico, pode ser observada uma atitude constitucional cognoscitiva ou voluntarista. Na atitude cognoscitiva há uma mera declaração de uma estrutura jurídica política preexistente, típica do Estado Absolutista. Já na voluntarista, através da edição de normas jurídicas, há uma intenção de alteração das condições políticas e sociais existentes, característica do Estado Liberal. In “Manual de Direito Constitucional”, Jorge Miranda, 6 ed. Coimbra, tomo II, pág. 12-13. Nesse sentido também “Lições de Introdução ao Estudo do Direito”, Paulo Otero, I

O moderno Constitucionalismo surge, então, como forma de fundamentar e estruturar o poder político, bem como para a garantia de direitos individuais em face do poder estatal⁸. A revolução francesa e a americana, em fins do século XVIII, nas quais resultou a produção de Cartas Constitucionais, representam marcos de evolução para esse moderno constitucionalismo⁹. Nesse sentido, a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789, em seu artigo XVI, dispôs que não há Constituição caso não seja assegurada a garantia dos direitos e a separação de poderes^{10 11}.

No Estado Liberal, então, o antigo poder do rei é diluído entre órgãos, como também os indivíduos passam a deter a qualidade de cidadãos, não meros súditos, com direitos frente ao Estado. Ao contrário do Estado Absolutista, no qual a legitimidade do monarca se apoiava na outorga divina ou em bases racionais, o constitucionalismo liberal possui embasamento democrático. Nesse ponto, para que seja caracterizado como Estado Democrático, o poder político deve ser exercido pelo

volume, 2º Tomo, 1999, Lisboa, página 164.

⁷ in “Teoría de la Constitución”, Carl Schmitt, versão espanhola de Francisco Ayala, Alianza Universidad Textos, Alianza Editorial, 1996, páginas 70-74; 45-47; 66; 93-94.

⁸ in “História das Idéias Políticas”, Diogo Freitas do Amaral, Volume II, Lisboa 1998, pág. 61-62. Também em “Teoría de la Constitución”, Carl Schmitt, versão espanhola de Francisco Ayala, Alianza Universidad Textos, Alianza Editorial, 1996, páginas 164-169.

⁹ in “História das Idéias Políticas”, Diogo Freitas do Amaral, Volume II, Lisboa 1998, pág. 81-82.

¹⁰ Segundo Montesquieu: “Quando na mesma pessoa ou no mesmo corpo de magistratura, o poder legislativo está reunido ao poder executivo, não existe liberdade pois pode-se temer que o mesmo monarca ou o mesmo senado apenas estabeleçam lei tirânicas para executá-las tiranicamente. Não haverá também liberdade se o poder de julgar não estiver separado do poder legislativo e do poder executivo. Se estivesse ligado ao poder legislativo, o poder sobre a vida e a liberdade dos cidadãos seria arbitrário, pois o juiz seria legislador. Se estivesse ligado do poder executivo, o juiz poderia ter a força de um opressor.” In “O espírito das leis”, São Paulo: Difusão Européia do Livro, 1962, v.1, pág. 181.

¹¹ in “Teoría de la Constitución”, Carl Schmitt, versão espanhola de Francisco Ayala, Alianza Universidad Textos, Alianza Editorial, 1996, páginas 189-200.

povo, de forma direta ou indireta, neste último caso através de representantes. Portanto, as normas produzidas no Estado Democrático de Direito somente serão legítimas formalmente se produzidas com base no exercício do poder político pelo povo.¹²

De outro ponto, embora a noção de soberania tenha sido marcada inicialmente como a ilimitação do poder estatal, notadamente associado ao poder soberano monárquico, esta característica perde força no período do pós-guerras do século XX. A necessária intervenção do Estado na economia, em questões sociais e na reconstrução da nação, bem como a preocupação internacional com a defesa e o respeito aos direitos do homem acarretaram uma alteração da concepção de soberania. Todos esses fatos ocasionaram uma limitação do poder soberano estatal, uma vez que agora o Estado não seria o único centro de poder, haveria de compartilhá-lo com entidades privadas e organismos internacionais. Neste ponto, em prol da dignidade da pessoa humana, seria justificável a intervenção de Estados e de organismos internacionais em outros Estados para proteção dos direitos humanos, nos quais seriam exemplos, a ingerência no Iraque a favor dos curdos iraquianos, na Sérvia no conflito de Kosovo ou na instituição de tribunais *ad hoc* para julgamento de crimes praticados na ex- Jugoslávia e em Ruanda.¹³

Essa nova concepção de soberania repercute na definição de constituição e na própria limitação do poder constituinte, como expressão da soberania interna¹⁴. A teoria constitucional passa a ter como base os direitos humanos, conforme melhor será abordado mais a frente.

¹² in “História das Idéias Políticas”, Diogo Freitas do Amaral, Volume II, Lisboa 1998, pág. 49-58; 80- 85. Também em in “Manual de Direito Constitucional”, Jorge Miranda, 6 ed. Coimbra, tomo II, pág. 16-17.

¹³ in “Lições de Introdução ao Estudo do Direito”, Paulo Otero, I volume, 1º Tomo, 1999, Lisboa, página 72.

¹⁴ in “Manual de Direito Constitucional”, Jorge Miranda, 6 ed. Coimbra, tomo II, pág. 101.

3) CONCEITO E CLASSIFICAÇÃO DA CONSTITUIÇÃO

A Constituição pode ser conceituada como a norma fundamental responsável pela organização do Estado e garantia dos direitos aos cidadãos contra abusos do Poder Público, se impondo em face dos governados e dos governantes. Nesse sentido, tem a importância de conferir existência ao Estado, internamente e perante outros Estados, não somente como expressão de poder, mas também como identidade política de uma dada comunidade.¹⁵

Ao ser abordada a constituição como um ato de soberania do Estado, torna-se necessária a sua classificação para que se possa concluir sobre a existência de limites ao poder constituinte. Não se pretende aqui discorrer sobre todas as classificações da constituição, mas somente as que podem contribuir para o tema tratado no presente trabalho.

Segundo a classificação proposta por Karl Loewenstein, poderia a constituição ser classificada em normativas, nominais e semânticas. Tal classificação tem como base a relação da constituição com o poder e como fim a constatação de que a constituição é aquilo que os detentores de poder fazem dela na prática. As constituições normativas seriam aquelas em que suas normas efetivamente regem o processo político e às quais se submetem os poderes, logo, as normas constitucionais efetivamente limitam o poder político. Já as nominais não conseguem adaptar a suas normas ao exercício de poder, pelo que carecem de existência efetiva; dessa forma, embora não limitem o poder político na realidade, tem a pretensão de fazê-lo. Por fim, as semânticas seriam as constituições elaboradas tão somente para formalização do poder político já constituído, em

¹⁵ in “Manual de Direito Constitucional”, Jorge Miranda, 6 ed. Coimbra, tomo II, pág. 7-9.

benefício dos detentores de poder de fato, assim, serviriam tão somente para legitimar e estabilizar o exercício do poder pela classe dominante sobre a sociedade¹⁶.

De outro ponto, torna-se necessário diferenciar constituição material e formal. A Constituição material seria o conjunto de normas jurídicas que estruturam e limitam o poder estatal e disciplinam suas competências, bem como prevêm os direitos do cidadão.¹⁷ Já Constituição formal seria o conjunto de normas expressas no documento constitucional, pelo que seriam qualificadas como constitucionais, de hierarquia superior às demais normas do ordenamento jurídico e com rito especial para sua modificação. Como regra, haveria uma constituição formal como manifestação da constituição material. Entretanto, como exceção, pode ser citada a Grã-Bretanha, que não dispõe de uma constituição formal¹⁸. Há uma constituição material e existem leis constitucionais escritas na Grã-Bretanha, no entanto, a constituição não é produzida por um procedimento específico e é constituída por vários diplomas legislativos esparsos.

Em nome do princípio da segurança jurídica, tanto para tornar visíveis as normas constitucionais como para protegê-las de modificações, entende-se que a constituição formal deve ser manifestada em documento escrito. Neste ponto, cabe distinguir constituição formal de constituição instrumental. Esta seria o documento onde constam os enunciados normativos da cons-

¹⁶ in “Teoria de la Constitución”, Karl Loewenstein, Barcelona, 1964, pág. 216 e segs.

¹⁷ Segundo Jorge Miranda, a Constituição material seria “o acervo de princípios fundamentais estruturantes e caracterizantes de cada Constituição em sentido material positivo; aquilo que lhe confere substância e identidade; a manifestação directa e imediata de uma idéia de Direito que prevalece em certo tempo e lugar (seja pelo consentimento, seja pela adesão passiva); a resultante primária do exercício do poder constituinte material; e, em democracia, a expressão máxima popular livremente formada.” In “Manual de Direito Constitucional”, Jorge Miranda, 6 ed. Coimbra, tomo II, pág. 25-26.

¹⁸ in “Manual de Direito Constitucional”, Jorge Miranda, 6 ed. Coimbra, tomo II, pág. 30-31.

tuição formal.¹⁹ Embora a regra seja a existência de um só documento para abrigar a constituição, pode haver várias leis constitucionais. Mesmo neste caso, há somente um poder constituinte e todas as normas gozam da mesma hierarquia e supremacia. Como exemplos, podem ser citadas as três leis constitucionais francesas de 1875, as trinta e cinco leis constitucionais portuguesas de 1974 a 1976 e as duas leis constitucionais canadenses de 1867 e 1982²⁰.

De outro ponto, seria recorrente a existência de normas constitucionais não materiais na constituição formal²¹, o que ocorreria principalmente pela ingerência de grupos políticos no processo constituinte. Da mesma forma, poderia haver direito constitucional material não previsto na constituição formal²². Por fim, também seria possível a previsão de normas não constitucionais na constituição formal, caso assim fosse imposto pelo legislador constituinte. Seria o fenômeno da autodesconstitucionalização, o qual seria exemplo o artigo 178 da Constituição Brasileira de 1824.^{23 24}

4) PODER CONSTITUINTE

Primeiramente, deve ser esclarecida uma questão terminológica. Alguns autores utilizam somente a expressão poder

¹⁹ in “Manual de Direito Constitucional”, Jorge Miranda, 6 ed. Coimbra, tomo II, pág. 30-31.

²⁰ in “Manual de Direito Constitucional”, Jorge Miranda, 6 ed. Coimbra, tomo II, pág. 32.

²¹ Exemplo seria o artigo Art. 242, § 2º - “O Colégio Pedro II, localizado na cidade do Rio de Janeiro, será mantido na órbita federal.”

²² in “Normas Constitucionais Inconstitucionais?”, Otto Bachof, Traduzido por José Manuel M. Cardozo da Costa, Ed. Atlântida, 1951, página 40.

²³ “Art. 178. É só Constitucional o que diz respeito aos limites, e atribuições respectivas dos Poderes Politicos, e aos Direitos Politicos, e individuaes dos Cidadãos. Tudo, o que não é Constitucional, póde ser alterado sem as formalidades referidas, pelas Legislaturas ordinarias.”

²⁴ in “Manual de Direito Constitucional”, Jorge Miranda, 6 ed. Coimbra, tomo II, pág. 36-38.

constituente, uma vez que este seria o responsável pela criação da constituição e, por isso, seria necessariamente originário. Já outros autores, preferem a designação de poder constituinte originário, principalmente para o diferenciar do poder constituinte de revisão. No presente trabalho será utilizado o termo poder constituinte, uma vez que parece ser tecnicamente mais adequado.

Historicamente, na origem da formação dos Estados Nacionais, o poder constituinte inicialmente teria fundamento divino, notadamente na era medieval. Já na época monárquica, o poder constituinte era exercido pelo rei, sendo que somente com a revolução francesa o mesmo foi concebido como sendo exercido pela nação²⁵. Para tanto teve fundamental importância os estudos de Sieyès, em sua obra “Que é o Terceiro Estado?”. Tal manifesto foi produzido nas vésperas da Revolução Francesa e questionava a falta de representatividade política do Terceiro Estado nos Estados Gerais. Sieyès sustentava que o poder constituinte (denominado por ele de *volunté constituante*) é responsável pela organização dos poderes do Estado, sendo estes caracterizados como constituídos e submetidos àquele. Propôs ainda uma nova legitimação do poder, não mais baseado na tradição das dinastias reais, mas com fundamento na decisão originária da nação, que seria o Terceiro Estado e daria início à ordem jurídica da sociedade. Assim, a nação seria soberana para escolher seu próprio destino e a constituição seria a forma de expressão desta decisão. Quanto à titularidade, Sieyès defendia a nação como titular do poder constituinte.²⁶

²⁵ in “Teoría de la Constitución”, Carl Schmitt, versão espanhola de Francisco Aya-la, Alianza Universidad Textos, Alianza Editorial, 1996, páginas 95-98.

²⁶ Sieyès propõe que os representantes do terceiro estado tivessem representação política, bem como que a soma desses representantes fosse igual a dos representantes do clero e da nobreza e que a votações fossem realizadas por cabeça. Ademais, segundo Seyès, a nação seria o terceiro estado. In “O que é o Terceiro Estado?”, Emmanuel Joseph Sieyès, Rio de Janeiro, Liber Juris, 1988. Também em “História das Idéias Políticas”, Diogo Freitas do Amaral, Volume II, Lisboa 1998, pág. 81-85. Também em “Curso de Direito Constitucional”, Gilmar Ferreira Mendes, Inocêncio

Atualmente se entende que a titularidade seria do povo, este compreendido em sua totalidade e em cada um de seus membros. O povo delegaria ao seu representante a tarefa de elaborar a constituição, entretanto sempre deteria o poder constituinte. Ressalte-se que o conceito de povo deve ser o de “povo real”, pois embora as decisões políticas sejam tomadas pela maioria não se deve esquecer a minoria que também faz parte do processo político. Além da minoria, também as pessoas aliadas do processo político devem fazer parte da definição de “povo real”.²⁷

Por fim, a concepção de poder constituído ou de revisão surgiu da diferenciação entre *normal politics* e *constitutional politics*, em que Madison e Hamilton, em “O Federalista”²⁸, discutem a tensão entre a força obrigatória da constituição e a sua permanência na sociedade, o que permitiria ao poder constituído de revisão modificá-la de acordo com os limites por ela traçados.²⁹

4.1) PODER CONSTITUINTE MATERIAL

O poder constituinte material é responsável pela concepção da nova idéia de direito que será concretizada em um estatuto jurídico, sendo a expressão máxima da soberania do Estado no seu âmbito interno. Através dele são adotados valores sociais e culturais, opções políticas e econômicas que nor-

Mártires Coelho e Paulo Gustavo Gonet Branco, 4ª Edição, Saraiva, 2009, página 231.

²⁷ in “Direito Constitucional e teoria da Constituição”, 7ª Ed., Ed. Almedina, J.J. Gomes Canotilho, pág. 337-338.

²⁸ in “The Federalist Papers”, Hamilton, Madison e Jay, A Penn State Electronic Classic series publication, The Pennsylvania State University, 2001, pagina 180-186; 387- 394.

²⁹ in “Direito Constitucional e teoria da Constituição”, J.J. Gomes Canotilho, Ed. Almedina, 7ª Ed., pág. 74. Nesse sentido, o autor informa que, em sua fase conservadora, Sieyès também compreendia que o poder constituinte revolucionário equivalia a um momento de instabilidade social, que deveria ser evitado através de um poder de revisão.

teiam a nova idéia de direito.³⁰

O poder constituinte material se manifesta em momentos esporádicos da história da sociedade, sempre que existir discrepância entre a idéia de direito e a constituição formal. Embora ocorra a manifestação do poder constituinte material na formação, na restauração ou na transformação de um Estado, é mais comum sua ocorrência na mudança de regime político, uma vez que com esta ficaria mais assente a nova idéia de direito a ser proposta. As formas de implementação dessa mudança de regime político são a revolução e a transição constitucional.³¹

Durante os séculos XVII e XVIII, a revolução era considerada uma manifestação extremada de exercício do direito de resistência, na qual sucedia a substituição de um governo por outro. A partir da Revolução Francesa, a revolução passa a ser encarada como um fenômeno constituinte, na qual seria estabelecida uma nova ordem jurídica. Embora a revolução pudesse ser taxada de inconstitucional frente à anterior ordem jurídica estatal, não poderia ser conceituada como antijurídica uma vez que amparada na nova concepção de direito, sendo certo que o iminente poder constituinte material legitima a revolução de acordo com os novos valores sociais adotados. Nestes termos, como espécie de revolução pode ser citado o golpe de estado e a revolução estrito senso. O primeiro seria levado a cabo pelo titular de um dos órgãos do poder constituído, com a usurpação do poder constituinte; ao passo que a revolução estrito senso seria liderada por pessoas de fora do poder constituído.³²

³⁰ in “Manual de Direito Constitucional”, Jorge Miranda, 6 ed. Coimbra, tomo II, pág. 24-27.

³¹ in “Manual de Direito Constitucional”, Jorge Miranda, 6 ed. Coimbra, tomo II, pág. 100- 101; 103.

³² in “Manual de Direito Constitucional”, Jorge Miranda, 6 ed. Coimbra, tomo II, pág. 106-107; 109. Também em “Teoría de la Constitución”, Carl Schmitt, versão espanhola de Francisco Ayala, Alianza Universidad Textos, Alianza Editorial, 1996, páginas 45-47; 66; 93;94.

De outro ponto, também poderia ocorrer a denominada transição constitucional, caso em que não haveria ruptura drástica da ordem jurídica anterior. Enquanto se prepara a nova constituição formal, a anterior permanece em vigor a termo resolutivo. Seriam os casos de transição dos regimes militares para regimes democráticos nos países da América Latina, como são exemplos, a Constituição Brasileira de 1988, a Constituição Argentina de 1983 e a Constituição Chilena de 1990.³³

4.2) PODER CONSTITUINTE FORMAL

O poder constituinte formal é posterior ao poder constituinte material, uma vez que somente após a consagração da nova idéia de Direito poderá esta ser formalizada na Constituição formal, ocasião em que o novo direito será qualificado como norma constitucional. O poder constituinte formal confere estabilidade, garantia de permanência e supremacia hierárquica a idéia de direito manifestada pelo poder constituinte material.³⁴

Para o desempenho de sua tarefa de positivação das normas constitucionais, o poder constituinte formal deve adotar um procedimento e ser constituído de um órgão competente. Tal decisão cabe ao poder constituinte material e depende de fatores jurídicos e políticos, como a forma de Estado, a legitimidade do poder e a participação social. Assim, geralmente a constituição formal é produzida após um processo de elaboração e redação de suas normas, entretanto se observam exceções, como são exemplos as constituições outorgadas por monarcas ou por golpe de estado, como a constituição brasileira de 1824 e de 1937, bem como a portuguesa de 1826.³⁵ Daí po-

³³ in “Manual de Direito Constitucional”, Jorge Miranda, 6 ed. Coimbra, tomo II, pág. 110-114.

³⁴ in “Manual de Direito Constitucional”, Jorge Miranda, 6 ed. Coimbra, tomo II, pág. 99.

³⁵ in “Manual de Direito Constitucional”, Jorge Miranda, 6 ed. Coimbra, tomo II,

de-se diferenciar a constituição outorgada, que seria aquela imposta por uma pessoa ou grupo de pessoas, sem representação popular; e a constituição promulgada na qual seria constituída uma Assembléia de representantes do povo responsável por sua elaboração³⁶.

Nos regimes democráticos as constituições são legitimadas formalmente na vontade popular. Assim, como forma de exercício do poder político pelo povo para a elaboração da Carta Constitucional, esta é promulgada pela Assembléia Constituinte que seria eleita pelo sistema do sufrágio universal. Na Assembléia Nacional soberana, esta elabora o texto constitucional e este vigora sem qualquer consulta popular prévia. Já na Assembléia Nacional não soberana, a constituição somente tem vigência após a aprovação pelos cidadãos com direito a voto. Na Convenção é elaborada a constituição, que posteriormente é sujeita ao ato de aprovação dos cidadãos dos diferentes Estados federados. Por fim, o Plebiscito Geral subordina a proposta de constituição a uma consulta popular³⁷.

4.3) NATUREZA JURÍDICA E LIMITES AO PODER CONSTITUINTE

O positivismo jurídico tem como objeto de dogmática as normas jurídicas vigentes em determinado Estado e em um período específico. Segundo essa concepção, as relações jurídicas e os direitos somente seriam reconhecidos a partir da formação do Estado e de sua positivação no ordenamento jurídico, na medida em que seria baseado no direito decidido e não teria

pág. 117-121.

³⁶ in “Curso de Direito Constitucional”, Gilmar Ferreira Mendes, Inocêncio Mártires Coelho e Paulo Gustavo Gonet Branco, 4ª Edição, Saraiva, 2009, página 236-237.

³⁷ in “Manual de Direito Constitucional”, Jorge Miranda, 6 ed. Coimbra, tomo II, pag. 116. Também em “Teoría de la Constitución”, Carl Schmitt, versão espanhola de Francisco Ayala, Alianza Universidad Textos, Alianza Editorial, 1996, páginas 101-103.

compromisso com ideais moralistas, éticos ou filosóficos.³⁸

Nesse sentido, o poder constituinte teria natureza pré-jurídica e não lhe seriam impostas limitações jurídicas, uma vez que não se trataria de um fenômeno jurídico a ser estudado pelo Direito, mas sim de um fato a ser compreendido pela sociologia. Este fenômeno social decorreria de um ato de força, que poderia ser proveniente de um movimento político pacífico ou de atos de guerra. Logo, como decorre de um fato social, o poder constituinte seria ilimitado juridicamente para decidir sobre o conteúdo da constituição³⁹. A não equivalência entre aquilo que foi positivado pelo poder constituinte e os ideais sociais seria resolvido no plano da efetividade. Assim, o poder constituinte seria ilimitado quanto à criação do direito, entretanto as normas constitucionais poderiam não gozar de eficácia social por não atenderem aos anseios da sociedade⁴⁰. Dessa forma, embora o positivismo admita a existência de limites fáticos ao poder constituinte, decorrentes da ideologia política-social dominante, não haveria restrições jurídicas⁴¹.

De outro ponto, para o jusnaturalismo os homens seriam livres e abdicariam dessa liberdade em favor do pacto social formador do poder político estatal, consubstanciado no Esta-

³⁸ in “Curso de Direito Constitucional”, Carlos Blanco de Moraes, Tomo 1, Editora Coimbra, 2ª Ed, pág. 17; 155. Também em “Manual de Direito Constitucional”, Jorge Miranda, 6 ed. Coimbra, tomo II, pág. 69. Segundo normativismo de Kelsen, a *Grundnorm* “não é uma norma posta através de um acto jurídico, mas (...) uma norma pressuposta, pressuposta sempre que o acto em questão seja de entender como acto constituinte, como acto criador da Constituição, e os actos postos com fundamento nesta Constituição como actos jurídicos”. In “Teoria Pura do Direito”, Hans Kelsen, coleção studium, 1962, páginas 88-89. Também a concepção decisionista de Carl Schmitt. In “Teoría de la Constitución”, Carl Schmitt, versão espanhola de Francisco Ayala, Alianza Universidad Textos, Alianza Editorial, 1996, páginas 95-98.

³⁹ in “Teoría de la Constitución”, Carl Schmitt, versão espanhola de Francisco Ayala, Alianza Universidad Textos, Alianza Editorial, 1996, páginas 45- 47; 66; 93-94.

⁴⁰ in “O Conceito de Direito”, Hebert L. A. Hart, 6ª Ed., Ed. Fundação Calouste Gulbenkian, Tradução de A. Ribeiro Mendes, pós- escrito, pág. 222-228; 332.

⁴¹ in “Curso de Direito Constitucional”, Carlos Blanco de Moraes, Tomo 1, Editora Coimbra, 2ª Ed, pág. 17; 31; 155.

do. Em contrapartida, esse Estado reconheceria a existência de direitos naturais e inatos, embora com limitações decorrentes do pacto social, ou seja, a função do Estado seria de tornar estáveis as relações jurídicas em seu estado natural, suprimindo incertezas e preservando a harmonia e a paz social.⁴² Esses direitos naturais seriam preexistentes ao ato constituinte, assim o poder constituinte se limitaria a reconhecê-los e positivá-los na constituição material. Isto significa dizer que a atuação do poder constituinte somente será legítima caso obedeça aos parâmetros predefinidos por um direito supra-estatal. Portanto, o poder constituinte teria natureza jurídica e estaria limitado por esse direito supra-estatal.

Adiante será analisada a teoria de Otto Bachof sobre a possibilidade de normas constitucionais inconstitucionais, uma vez que a conclusão pela sua existência seria decorrência lógica da limitação do poder constituinte. Também será abordada a classificação sugerida por Carlos Blanco de Moraes, que diferencia poder constituinte soberano e não soberano, mencionando a existência de quatro espécies de limitação ao poder constituinte não soberano. No entanto, como referência para o presente estudo, será adotada a classificação levada a cabo por Jorge Miranda, o qual entende pela existência de três espécies de limites ao poder constituinte: transcendentais, imanentes e heterônomos.

5) LIMITES AO PODER CONSTITUINTE NÃO SOBERANO

Ensina Carlos Blanco de Moraes que não é característica fundamental do poder constituinte ser ilimitado. Após a segunda guerra mundial, haveria casos de heteronomia constituinte, que seria uma constrição ao poder constituinte. Dessa forma, o

⁴² in “História das Idéias Políticas”, Diogo Freitas do Amaral, Volume II, Lisboa 1998, pág. 45- 49.

autor menciona que deveria ser diferenciado poder constituinte estadual soberano e poder constituinte estadual não soberano⁴³.

O poder constituinte soberano pressupõe a inexistência de qualquer subordinação a uma norma jurídica pré-estabelecida, seja esta norma interna ou externa. Seria a regra e ocorreria quando houvesse uma ruptura com a ordem jurídica anterior e com a própria idéia de direito preexistente, caso em que o poder constituinte seria ilimitado juridicamente. De outro ponto, o poder constituinte não soberano encontraria limitações no exercício de sua tarefa de elaboração da Lei Fundamental. Segundo Carlos Blanco de Moraes, seriam quatro as hipóteses⁴⁴.

A primeira hipótese ocorreria nas federações imperfeitas, quando os Estados unitários se transformassem em uma federação. Neste caso, os Estados federados deteriam o poder constituinte derivado, que teriam como fonte de legitimidade a Constituição do ente central e, por isso, seriam limitados, como são exemplos o Brasil e a Argentina⁴⁵.

A segunda ocorreria quando o Estado não pudesse exercer sua soberania de forma plena no momento do processo constituinte. Tal fato aconteceu no segundo pós-guerra, quando Itália e Alemanha tiveram suas soberanias restringidas pelas forças aliadas, acarretando a limitação do poder constituinte na Constituição Italiana de 1947 e na Constituição Alemã de 1949⁴⁶.

A terceira seria a hipótese de um Estado ter sua Constituição elaborada por outro Estado ou organismo internacional. Como exemplo, pode ser citada a Constituição do Japão de

⁴³ in “Curso de Direito Constitucional”, Carlos Blanco de Moraes, Tomo 1, Editora Coimbra, 2ª Ed, pág. 16-27.

⁴⁴ in “Curso de Direito Constitucional”, Carlos Blanco de Moraes, Tomo 1, Editora Coimbra, 2ª Ed, pág. 17.

⁴⁵ in “Curso de Direito Constitucional”, Carlos Blanco de Moraes, Tomo 1, Editora Coimbra, 2ª Ed, pág. 16-27.

⁴⁶ in “Curso de Direito Constitucional”, Carlos Blanco de Moraes, Tomo 1, Editora Coimbra, 2ª Ed, pág. 16-27.

1946 que foi resultado da elaboração de peritos nomeados pela força aliada; também a Constituição da Áustria de 1920, condicionada pelo Tratado de Saint Germain de 1919; bem como a Constituição da Bósnia-Herzegovina, imposta pelo Acordo de Dayton de 1995⁴⁷.

A quarta aconteceria na transição de uma ordem constitucional para outra, sem que para isso tenha ocorrido qualquer ruptura formal. Neste caso, haveria obediência ao processo de transição ditado pela ordem anterior e o controle político ou judicial deveria ser realizado antes da entrada em vigor da nova Constituição. Caso argüida a desobediência às referidas normas antes da entrada em vigor da nova constituição, ocasionaria tão somente a paralisação do processo constituinte. Já quando alegada tal violação após a entrada em vigor da nova constituição, não haveria qualquer consequência uma vez que a vigência da nova Carta faz cessar a eficácia jurídica das normas anteriores. Com a vigência da nova Carta estaria sanado eventual vício, uma vez que deixaria de subsistir a norma que lhe impunha invalidade. Desta feita, haveria limitação ao poder constituinte somente no processo de elaboração da nova Constituição⁴⁸.

Embora o Ilustre professor mencione a existência de limites ao poder constituinte, na verdade não se trata de limites. O próprio autor menciona que tais limites somente incidiriam na ausência de soberania, entretanto o poder constituinte é expressão de soberania, da qual resulta a constituição. Dessa forma, como não se trata de poder constituinte por inexistir soberania, não se deve falar em limites ao seu exercício. Nos casos de heteroconstituição haveria uma novação do ato constituinte, tendo em vista que, antes de adquirir soberania, a Constituição tinha como fundamento de validade a ordem jurídica de onde proveio. Com a soberania, o fundamento de validade transfere-

⁴⁷ in “Curso de Direito Constitucional”, Carlos Blanco de Morais, Tomo 1, Editora Coimbra, 2ª Ed, pág. 16-27.

⁴⁸ in “Curso de Direito Constitucional”, Carlos Blanco de Morais, Tomo 1, Editora Coimbra, 2ª Ed, pág. 16-27.

se para a ordem jurídica local⁴⁹, na qual a vontade desse novo Estado seria o poder constituinte. No mesmo sentido, nas federações imperfeitas não haveria exercício de poder constituinte pelos Estados, mas sim de poder constituído, uma vez que teriam abdicado da soberania em favor da formação da federação. Logo, o exercício do poder constituinte somente pode ser concebido como manifestação de um ato de soberania⁵⁰.

6) LIMITES AO PODER CONSTITUINTE: TRANSCENDENTE; IMANENTE E HETERÔNOMO

Na classificação elaborada por Jorge Miranda haveria três espécies de limites ao poder constituinte: transcendentais, imanentes e heterônomos. O primeiro incidiria sobre o poder constituinte material e, por conseqüência, sobre o poder constituinte formal. O segundo sobre o poder constituinte formal e o último sobre ambos.⁵¹

6.1) LIMITES TRANSCENDENTES: LEGITIMIDADE DA CONSTITUIÇÃO E NORMAS SUPRACONSTITUCIONAIS

Os limites transcendentais como restringem o poder constituinte material também limitam o poder constituinte formal, uma vez que este é corolário daquele. Segundo Jorge Miranda, tais limites são provenientes do direito natural, de valores éticos superiores e de uma consciência jurídica coletiva, como na democracia o poder político é exercido pelo povo, esses limites também gravariam a vontade do mesmo.⁵²

⁴⁹ in “O Conceito de Direito”, Hebert L. A. Hart, 6ª Ed., Ed. Fundação Calouste Gulbenkian, Tradução de A. Ribeiro Mendes, pág. 129-133.

⁵⁰ in “Manual de Direito Constitucional”, Jorge Miranda, 6 ed. Coimbra, tomo II, pág. 101; 104-106.

⁵¹ in “Manual de Direito Constitucional”, Jorge Miranda, 6 ed. Coimbra, tomo II, pág. 134.

⁵² in “Manual de Direito Constitucional”, Jorge Miranda, 6 ed. Coimbra, tomo II, pág. 134-135.

Em nível infraconstitucional, a validade da norma se reduz a conformidade da norma hierarquicamente inferior com a norma superior, sendo certo que esta seria responsável por conferir validade de forma e de fundo. Já a nível constitucional, a questão transcende ao nível de direito positivo uma vez que deve ser dada relevância ao conceito de legitimidade ao invés de legalidade. A legitimidade seria o reconhecimento de um domínio como justo por parte dos indivíduos que a ele se submetem, portanto não seria a mera legitimidade formal que conferiria legitimidade à nova constituição. Uma constituição somente será legítima quando, além de observância do órgão legitimado e do procedimento adequado, também incorpore os valores dominantes da consciência social. Seria a consonância entre aquilo que a comunidade considera justo e a constituição que conferiria adesão social à idéia constituinte e continuidade à ordem jurídica, nestes termos a vinculação dos destinatários ao que foi ordenado na constituição constitui a sua obrigatoriedade e sua fonte de legitimação.⁵³

Já no início do Século XX, Max Weber, de vertente positivista, propõe uma definição reducionista de legitimidade, na qual esta estaria conectada com dominação, uma vez que todas as formas de dominação procuram fomentar uma crença em sua legitimidade. O autor propõe três formas de dominação: carismática, a tradicional e a racional, sendo que esta última seria a crença da legalidade nas ordenações estatuídas. Por se tratar de um ato de crença (questão de fato), a legitimidade não

⁵³ in “Direito Constitucional e Teoria da Constituição”, J. J. Gomes Canotilho, Ed. Almedina, 7ª Ed., página 66; 81-82. Também em “Direito e Democracia – entre facticidade e validade”, Jürgen Habermas, v. II, Tradução Flávio Beno Siebeneichler, Ed. Tempo Brasileiro, Rio de Janeiro, 1997, páginas 25- 41; 181-187. Também em “Introdução à Filosofia do Direito”, Gustav Radbruch, tradução Jacy de Souza Mendonça, 3ª Ed. 1965, pág. 20- 37; 34- 35; 39-41; 94-95. Também em “Pensamento Sistemático e Conceito de Sistema na Ciência do Direito”, Claus- Wilhem Canaris, 5ª Ed., Editora Fundação Calouste Gulbenkian, tradução A. Menezes Cordeiro, págs.190-196. Também em “O Império do Direito”, Ronald Dworkin, tradução Jefferson Luiz Camargo, Martins Fontes, 1999, São Paulo, pág. 231- 232.

necessitaria da incorporação de um ideal de justiça.^{54 55}

De outro ponto, Kelsen não nega a correlação da justiça com o direito, mas somente a da justiça com a verdade, uma vez que poderia haver várias idéias de justiça igualmente justificáveis, pelo que os critérios de valoração teriam um caráter relativo. O direito poderia se apropriar de qualquer dessas medidas de justiça, logo a *Grundnorm* legitimaria qualquer regime.⁵⁶ A doutrina do positivismo jurídico normativista de Kelsen subdividiu-se em várias vertentes. Dentre estas pode ser citado o positivismo exclusivista, na qual há a defesa de absoluta exclusão da influência da moral no direito. Nesse sentido, criticam a estrutura de Kelsen baseada em uma norma hipotética pressuposta, uma vez que esta seria uma norma não positiva e derivada da aceitação de um ato de crença, o que significa que tal concepção de Kelsen seria contrária a neutralidade axiológica que caracteriza o positivismo. Segundo os positivistas exclusivistas, o qual o seu maior expoente seria Joseph Raz⁵⁷, a existência e o conteúdo da norma jurídica dependem de fatos sociais, mas não dos juízos de ordem moral. Assim, a moral teria um valor extrajurídico e não poderia constituir referência de validade ou constitucionalidade.⁵⁸ De outro ponto, o

⁵⁴ in “Economia y Sociedad – esbozo de sociología compresiva”, Max Weber, tradução José Medina Echavarría e outros, Fondo de Cultura Economica, Mexico, 1996, 2ª Ed, 10ª reimpressão, páginas 170- 173.

⁵⁵ in “Os limites do poder constituinte e a legitimidade material da Constituição”, Luzia Marques da Silva Cabral Pinto, Boletim da Faculdade de Direito, STVDIA IVRIDICA 7, Universidade de Coimbra, Coimbra Editora, 1994, páginas 23. Segundo a autora, a legitimidade na concepção de Weber deixaria de ser uma questão de direito para se tornar uma questão de fato.

⁵⁶ Ensina Kelsen que “A validade do direito positivo é independente da sua relação com uma norma de justiça: esta afirmação constitui a diferença essencial entre a teoria do direito natural e o positivismo jurídico” (pág. 33). In “Justicia y derecho natural”, “Critica del derecho natural”, Taurus, Madrid, 1966, página 33; 101; 103.

⁵⁷ in “Incorporation by Law”, Joseph Raz, Legal Theory, vol. 10, publicado pela Universidade de Cambridge, 2004, páginas 1-17. O autor critica a concepção do positivismo inclusivo, defendido por Hart, Jules Coleman e S. Shapiro, de que a moral poderia ser incorporada pela lei e constituir referência de validade.

⁵⁸ in “Curso de Direito Constitucional”, Carlos Blanco de Morais, Tomo 1, Editora

positivismo inclusivo resultou de uma aproximação do positivismo normativo com o institucionalismo. Por construção principalmente de Hebert Hart, passou-se a admitir que a ordem jurídica pudesse ter como fundamento de validade não somente elementos de ordem fática, mas também princípios de justiça e valores de ordem moral, desde que fossem incorporados pela Constituição. Hart parte da distinção entre o conceito de direito restrito (no qual as normas moralmente iníquas não seriam direito) e de direito amplo (no qual as normas moralmente iníquas seriam direito, mas poderiam não ser aplicadas), para adotar esse último conceito e concluir que mesmo a norma moralmente iníqua seria válida. Logo, embora houvesse uma conexão entre direito e moral, esta não deveria servir como parâmetro de validade, salvo quando fosse incorporada na constituição através de princípios jurídicos de justiça⁵⁹.

O positivismo decisionista de Carl Schmitt critica a noção de norma hipotética pressuposta, estabelecendo que a decisão política constituinte seria a fonte de todo o ordenamento jurídico. Desta maneira, o fundamento do direito seria uma decisão política fundamental fundada no exercício da soberania⁶⁰. Seguindo a linha decisionista de Carl Schmitt e a concepção de Weber, para Luhmann o direito é posto e é aquilo que seria escolhido por uma decisão, na qual a constituição não deveria ser compreendida como ideal de justiça, mas como uma norma que regeria as demais normas no sistema jurídico. Segundo a teoria dos sistemas de Luhmann, seria desnecessária qualquer legitimação material da constituição, uma vez que bastaria a legitimidade procedimental consubstanciada em um processo eleitoral, o que o poder político fará dessa legitimida-

Coimbra, 2ª Ed, pág. 157-159.

⁵⁹ in “O Conceito de Direito”, Hebert L. A. Hart, 6ª Ed., Ed. Fundação Calouste Gulbenkian, Tradução de A. Ribeiro Mendes, pós-escrito, pág. 222-228; 309; 332.

⁶⁰ in “Teoría de la Constitución”, Carl Schmitt, versão espanhola de Francisco Aya-la, Alianza Universidad Textos, Alianza Editorial, 1996, páginas 45-47; 66; 93-94.

de não é tarefa do direito regular⁶¹. Ao contrário de Kelsen que nega a relação da justiça com a verdade, Luhmann nega a própria relação do direito com a justiça⁶².

Em conclusão, o positivismo jurídico entende desnecessária qualquer legitimidade material da constituição, uma vez que bastaria a elaboração de normas por uma autoridade legitimada para que passem a integrar o direito. Tal compreensão decorre da irracionalidade de juízos morais, uma vez que somente juízos de fato poderiam ser empiricamente comprovados; ao passo que os juízos valorativos não poderiam ser verificados empiricamente e, portanto, seriam pseudoproposições, pelo que não se poderia julgar a legitimidade material com base em critérios racionais e objetivos, uma vez que ideologias políticas, religiosas e morais seriam questões de moral, não de direito⁶³. Segundo A. J. Ayer, a função da linguagem ética seria somente de exprimir sentimentos morais, que poderia ser variável de indivíduo para indivíduo, portanto as escolhas morais seriam relativas e subjetivas.⁶⁴

Nesse sentido, pronunciando-se expressamente contrá-

⁶¹ Nesse sentido, Niklas Luhmann aduz que a legitimidade seria baseada na crença na legalidade das ordenações estabelecidas, que se daria através de um sistema político. Assim, segundo o autor, “Agora o direito já não pode ser verdadeiro ou falso, mas apenas válido”. In “Legitimação pelo procedimento” (pág. 122), Ed. Universidade de Brasília, Tradução Maria da Conceição Côrte-Real, páginas 30-32; 139-143; 122-125.

⁶² in “Os limites do poder constituinte e a legitimidade material da Constituição”, Luzia Marques da Silva Cabral Pinto, Boletim da Faculdade de Direito, STVDIA IVRIDICA 7, Universidade de Coimbra, Coimbra Editora, 1994, página 52.

⁶³ in “Os limites do poder constituinte e a legitimidade material da Constituição”, Luzia Marques da Silva Cabral Pinto, Boletim da Faculdade de Direito, STVDIA IVRIDICA 7, Universidade de Coimbra, Coimbra Editora, 1994, páginas 22-29; 39-40.

⁶⁴ Nesse sentido, A. J. Ayer: “Exprimo simplesmente certos sentimentos. E o homem que abertamente me contradiga exprime também, e apenas, os seus sentimentos morais. Assim não faz sentido discutir qual de nós terá razão porque nenhum de nós emite uma proposição genuína. A função da linguagem ética é, portanto, emotiva, no sentido de estimular emoções e de conduzir á ação, mas é impossível encontrar um critério para determinar a validade dos juízos éticos”. In “Language, verdad y logica”, Ed. Martinez Roca, Barcelona, 1971, pagina 125.

rio a existência de limites transcendentais, Carlos Blanco de Moraes entende que não haveria consenso geral sobre esses direitos naturais como garantias de bens jurídicos inquestionáveis. Aduz que o direito natural, como produto de uma ordem divina, somente pode ser aceito por uma comunidade que creia na existência de Deus e em virtude desse caráter teológico, não poderia ser invocado perante a Justiça Constitucional de um Estado laico. Mesmo quanto à superioridade de valores éticos, entende o autor que não haveria consenso quanto a estes valores e que seria fruto de um subjetivismo baseado na concepção do justo. Prossegue o Ilustre autor, aduzindo que haveria uma variável axiológica na caracterização do direito natural, de que o mesmo não gozaria de consenso quanto aos bens a serem protegidos e de que não seria dotado de coercibilidade. Por ter mero caráter ético-político, não seria capaz de vincular juridicamente o poder constituinte. Segundo o autor, mesmo os adeptos da tese dos limites transcendentais não aceitam a inconstitucionalidade das normas constitucionais originárias, o que demonstra a ausência de vinculação jurídica. Além disso, alega que a prática constitucional apresentaria casos de ordens constitucionais válidas que não acolhem certos bens jurídicos de valor inquestionável para um Estado Democrático de Direito, como seria o exemplo da República da China⁶⁵.

Em que pese a crítica positivista, o ideal de justiça sempre deve ser a finalidade do direito, seja na elaboração da norma pelo Poder Legislativo, seja na sua aplicação pelo Poder Executivo e pelo Poder Judiciário. Não é por outro motivo que as Constituições Portuguesa (artigo 1º) e Brasileira (artigo 3º, inciso I) fazem referência expressa ao ideal de justiça ao mencionar o objetivo de uma “sociedade livre, justa e solidária.” Sendo certo que ambas as Cartas ainda trazem o postulado de justiça em seus preâmbulos.

⁶⁵ in “Curso de Direito Constitucional”, Carlos Blanco de Moraes, Tomo 1, Editora Coimbra, 2ª Ed, pág. 32- 34.

Além disso, embora o direito natural não seja dotado de coercibilidade, não significa que o mesmo não deva ser aplicado como norma jurídica que é. O Estado detém o monopólio do poder de coerção, que somente será exercido para assegurar o cumprimento do direito estatal. O direito não estatal, em regra, não possui coercibilidade, caracterizando as denominadas *ius imperfectum*, que seriam as normas nas quais não se poderia fazer uso da força para o seu cumprimento, como seria exemplo o direito natural, o costume e os princípios gerais do direito não positivados. De outro ponto, também existem normas estatais não dotadas de coerção, das quais são exemplo as obrigações naturais consistentes em dívida de jogo e dívidas prescritas (artigos 1245 e 304, n 1, do Código Civil Português e artigos 815 e 882 do Código Civil Brasileiro) e nem por isso se discute que são normas jurídicas⁶⁶.

Ademais, mesmo que o Estado tente impor o direito positivado pela força, como no regime totalitário chinês, a ausência de consenso social sobre a justiça da norma lhe retira a obrigatoriedade, pelo que poderia deixar de ser aplicado no caso concreto.⁶⁷

Dessa forma, participação do povo no processo constituinte constitui uma exigência da concepção democrática moderna, entretanto somente a sua participação, com a criação de um órgão legitimado e o estabelecimento de um procedimento adequado, não é suficiente para caracterizar a ordem constitucional como legítima, uma vez que seria somente um aspecto da legitimidade. Tal constatação acarreta ao questionamento sobre a identidade entre justo e legal, no sentido de que tudo

⁶⁶ in “Lições de Introdução ao Estudo do Direito”, Paulo Otero, I volume, 2º Tomo, 1999, Lisboa, página 70-71.

⁶⁷ in “Normas Constitucionais Inconstitucionais?”, Otto Bachof, Traduzido por José Manuel M. Cardozo da Costa, Ed. Atlântida, 1951, página 2. Também em “Lições de Introdução ao Estudo do Direito”, Paulo Otero, I volume, 1º Tomo, 1998, Lisboa, página 176-186.

que a lei ordena seria justo e tudo que proíbe seria injusto.⁶⁸

As teorias do contrato social deram início ao processo de justificação do poder, uma vez que o procedimento democrático por si só não serve para legitimar a norma. O conteúdo da norma, que seria resultado de uma decisão, também deve ser legítimo. Segundo os defensores do jusnaturalismo, a redução da legitimidade ao seu conceito meramente formal teria sido a justificativa de Hitler para concentrar em si os poderes estatais⁶⁹. Em virtude disso, no pós-guerra, ressurgiu o direito natural, particularmente na Alemanha recém saída do nacional-socialismo. Segundo Radbruch⁷⁰, contra as posições positivistas que defendera, haveria necessidade de um direito supra-estatal (origem em Deus ou baseado na razão humana) que permitisse avaliar a justiça ou injustiça das leis estatais. Nesse sentido, após a queda do nacional-socialismo na Alemanha, a maioria das constituições dos Estados federados e a própria Lei Fundamental de *Bona* passam a adotar em seus preâmbulos a referência a Deus como última fonte do direito⁷¹. Esses valores

⁶⁸ in “Direito e Democracia – entre facticidade e validade”, Jürgen Habermas, v. II, Tradução Flávio Beno Siebeneichler, Ed. Tempo Brasileiro, Rio de Janeiro, 1997, páginas 25- 41; 181-187. Também em “Direito Constitucional e Teoria da Constituição”, J. J. Gomes Canotilho, Ed. Almedina, 7ª Ed., página 66. Também em “Os limites do poder constituinte e a legitimidade material da Constituição”, Luzia Marques da Silva Cabral Pinto, Boletim da Faculdade de Direito, STVDIA IVRIDICA 7, Universidade de Coimbra, Coimbra Editora, 1994, páginas 37-50. Também em “O Império do Direito”, Ronald Dworkin, tradução Jefferson Luiz Camargo, Martins Fontes, 1999, São Paulo, pág. 217. Ronald Dworkin entende que “cada ponto de vista deve ter voz no processo de deliberação, mas a decisão coletiva deve, não obstante, tentar fundamentar-se em algum princípio coerente cuja influência se estenda então aos limites naturais de sua autoridade.” (pág. 217).

⁶⁹ in “Introdução à Filosofia do Direito”, Gustav Radbruch, tradução Jacy de Souza Mendonça, 3ª Ed. 1965, pág. 94-95.

⁷⁰ in “Introdução à Filosofia do Direito”, Gustav Radbruch, tradução Jacy de Souza Mendonça, 3ª Ed. 1965, pág. 20- 37; 34- 35; 39-41; 94-95. Também citado em “Os limites do poder constituinte e a legitimidade material da Constituição”, Luzia Marques da Silva Cabral Pinto, Boletim da Faculdade de Direito, STVDIA IVRIDICA 7, Universidade de Coimbra, Coimbra Editora, 1994, páginas 67, nota de rodapé.

⁷¹ in “Os limites do poder constituinte e a legitimidade material da Constituição”, Luzia Marques da Silva Cabral Pinto, Boletim da Faculdade de Direito, STVDIA

superiores seriam preexistentes ao ato constituinte, assim o poder constituinte se limitaria a reconhecê-los e positivá-los na constituição material.^{72 73}

No entanto, esse pretense direito natural baseado em valores teológicos universais e inquestionáveis não poderia se impor em uma sociedade democrática laica e em um mundo com tamanha diversidade cultural e religiosa.⁷⁴ Dessa forma, Peter Häberle propõe que a teoria da constituição deveria se relacionar mais com os direitos humanos, fruto de um processo histórico, e com o desenvolvimento do princípio da soberania popular⁷⁵. Portanto, a partir da concepção de Hans George Ga-

IVRIDICA 7, Universidade de Coimbra, Coimbra Editora, 1994, páginas 37-62.

⁷² in “Lições de Introdução ao Estudo do Direito”, Paulo Otero, I volume, 1º Tomo, 1998, Lisboa, pág. 169- 186.

⁷³ Em sua obra “Que é o Terceiro Estado?”, Sieyès já defendia que o poder constituinte seria limitado pelo direito natural. In “A Constituição burguesa: qu’est-ce que Le Tier État”, Rio de Janeiro: Liber Juris, 1986, página 70 e segs.

⁷⁴ Nesse sentido, Hesse menciona que “a idéia de ordem objetiva de valores suscita mais interrogações do que aquelas a que responde”. In “Escritos de Derecho Constitucional”, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1883, página 6. Também em “Direito e Democracia – entre facticidade e validade”, Jürgen Habermas, v. II, Tradução Flávio Beno Siebeneichler, Ed. Tempo Brasileiro, Rio de Janeiro, 1997, página 241.

Na mesma direção, Antonio Enrique Perez Luño alega que “é difícil universalizar esta fundamentação relativamente àqueles que não crêem na transcendência ou, que, sem excluí-la, preferem uma justificação racional e imanente para uma realidade radicalmente humana como são os direitos humanos”. In “Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución”, Tecnus, 6ª Ed., 1999, Madrid, página 140.

Também Alexandro Passerin d’Entreves Courmayeur: “Plantear la noción del Derecho Natural como estrechamente ligada a una creencia religiosa significa condenarla por anticipado a ser rechazada por todos aquellos que no aceptan esta creencia; significa imponer a los juristas y a los filósofos políticos una profesión de fe metafísica que pueden con razón encontrar difícil (...)”. In “Crítica del Derecho Natural”, obra coletiva, Taurus, Madrid, 1966, página 198.

In “Os limites do poder constituinte e a legitimidade material da Constituição”, Luzia Marques da Silva Cabral Pinto, Boletim da Faculdade de Direito, STVDIA IVRIDICA 7, Universidade de Coimbra, Coimbra Editora, 1994, páginas 75-80.

In “Direito e Democracia – entre facticidade e validade”, Jürgen Habermas, v. II, Tradução Flávio Beno Siebeneichler, Ed. Tempo Brasileiro, Rio de Janeiro, 1997, páginas 240 -242.

⁷⁵ Para o autor, a concepção de direito natural conferida pelo jusnaturalismo seria

damer, há uma alteração da percepção de direito natural, diferente do jusnaturalismo. Segundo Gadamer, a hermenêutica jurídica seria uma interpretação- aplicação do direito baseado em uma pré-compreensão, sendo esta última resultado de uma relação do intérprete com o processo histórico do qual faz parte⁷⁶. Desta feita, o direito natural seria produto de um processo histórico, social e cultural da humanidade. Não mais seria uma lei moral prefixada por Deus ou pela natureza humana, em uma ordem de valores que o homem tivesse que aceitar, como defendiam os jusnaturalistas. O direito natural passaria a ser criado pelo próprio homem, de acordo com sua interação com o mundo, pelo que o constituinte tão somente concretizaria princípios preexistentes e ordenadores da prática comunitária.⁷⁷ De

plúrima e contraditória. Nesse sentido, “a teoria e a prática constitucionais de uma comunidade política devem, para justificar determinada posição, desenvolver, sem recurso ao direito natural, autonomamente, argumentos, fundamentos, princípios materiais e processuais, princípios constitucionais”. Citado em “Os limites do poder constituinte e a legitimidade material da Constituição”, Luzia Marques da Silva Cabral Pinto, Boletim da Faculdade de Direito, STVDIA IVRIDICA 7, Universidade de Coimbra, Coimbra Editora, 1994, página 80. Também em “De la soberanía al derecho constitucional común: palabras clave para un diálogo europeo-latinoamericano”, Peter Haberle, tradução Héctor Fix- Fierro, Universidad Nacional Autónoma de México, 2011, série Ensayos Jurídicos - núm 12.

Nesse sentido, Peter Haberle: “A democracia do cidadão está muito próxima da idéia que concebe a democracia a partir dos direitos fundamentais e não a partir da concepção segundo a qual o povo soberano limita-se apenas a assumir o lugar do monarca.” (página 38). In “Hermenêutica Constitucional – A sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: contribuição para interpretação pluralista e ‘procedimental’ da Constituição”, Peter Haberle, Tradução Gilmar Ferreira Mendes, Sergio Antonio Fabris Editor, Porto Alegre, 2002, páginas 36- 40.

⁷⁶ Nesse sentido o autor menciona que “A forma lingüística e o conteúdo da tradição não podem ser separados na experiência hermenêutica.” (página 640). In “Verdade e Método – traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica”, Hans- Georg Gadamer, Tradução Flávio Paulo Meurer e Ênio Paulo Giachini, Ed. Vozes, 3ª Ed., Petrópolis, 1999, páginas 123- 131; 636-662.

⁷⁷ in “Direito e Democracia – entre facticidade e validade”, Jürgen Habermas, v. II, Tradução Flávio Beno Siebeneichler, Ed. Tempo Brasileiro, Rio de Janeiro, 1997, páginas 193- 247. Também em “Os limites do poder constituinte e a legitimidade material da Constituição”, Luzia Marques da Silva Cabral Pinto, Boletim da Faculdade de Direito, STVDIA IVRIDICA 7, Universidade de Coimbra, Coimbra Editora, 1994, páginas 81-86. Também em “Normas Constitucionais Inconstitucionais?”,

outro ponto, partindo-se da sua teoria de direito como integridade e de que toda norma seria reconduzida a um fundamento moral, Dworkin defende que essa ordem objetiva de valores seria decorrente de tradição democrática americana⁷⁸.

Decorrente ainda da concepção de Gadamer surge a jurisprudência de valorações, que seria uma interpretação ou atualização do texto do passado nas condições do presente. Não haveria uma realidade de sentido definitivamente dada, haveria uma constante mobilidade da história humana. Em desfavor do positivismo encamparia a dimensão axiológica do jurídico, ao passo que ao jusnaturalismo oporia a dimensão histórica, caracterizada como a história institucional, cultural e normativa de uma dada comunidade. Segundo Karl Larenz, algumas normas de direito natural resistiriam ao tempo e seriam indiferentes às culturas, como o *pacta sunt servanda*; já outras estão em constante modificação, de acordo com o momento histórico e a cultura da sociedade, podendo-se caracterizar como um direito natural de conteúdo variável.⁷⁹

Otto Bachof, Traduzido por José Manuel M. Cardozo da Costa, Ed. Atlântida, 1951, página 40-48. Nesse sentido em “Direito Constitucional e Teoria da Constituição”, J. J. Gomes Canotilho, Ed. Almedina, 7ª Ed., página 66; 81-82. Também em “Direitos Fundamentais: introdução geral”, José Melo Alexandrino, 2º Ed, Principia, pág.16. Também em “Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976”, José Carlos Vieira Andrade, 5ª Ed., Ed. Almedina, 2012, pág. 49. Também em “Pensamento Sistemático e Conceito de Sistema na Ciência do Direito”, Claus- Wilhem Canaris, 5ª Ed., Editora Fundação Calouste Gulbenkian, tradução A. Menezes Cordeiro, págs.196.

⁷⁸ Dworkin entende que: “Segundo o direito como integridade, as proposições jurídicas são verdadeiras se constam, ou se derivam, dos princípios de justiça, equidade e do devido processo legal que oferecem a melhor interpretação construtiva da prática jurídica da comunidade.” (pág. 272). Ainda segundo Dworkin, “A história é importante porque esse sistema de princípios deve justificar tanto o status quanto o conteúdo das decisões anteriores” (pág. 274). In “O império do direito”, Ronald Dworkin, tradução Jefferson Luiz Camargo, Martins Fontes, São Paulo, 1999, pág. 272-275.

⁷⁹ Conforme Karl Larenz, a jurisprudência de valoração estaria baseada “nas instituições e nas formas de vida em comum”. Nesse sentido, haveria uma aproximação com o institucionalismo. In “Metodologia da Ciência do Direito”, Fundação Calouste Gulbenkian, Lisboa, página 153 e segs. Também em “Os limites do poder consti-

Portanto, a constituição nasce da vontade popular, no entanto não se pode admitir que dessa vontade seja elaborada qualquer norma jurídica. Ao ser conferido um mandado ao representante do povo para elaboração da constituição, esse poder exercido pela Assembléia Constituinte não pode ser utilizado contra o mandante (povo), tendo em vista que no exercício do poder constituinte delegado pelo povo deve ser respeitada a pessoa humana. Assim, torna-se necessária a legitimação material do direito tendo como embasamento o próprio ser humano, cujo processo histórico cultural, social e político não pode ser desconsiderados pelo direito.⁸⁰

A constituição ideal seria aquela em que fosse assegurado um procedimento político justo com a aprovação de normas igualmente justas. Para tanto, Habermas propõe uma teoria de legitimidade baseada no consenso racional em torno de interesses universalizáveis. Esse consenso seria o critério de verdade e de justiça, assim, os valores universais seriam fruto de um processo histórico consistente nos direitos humanos, sendo

tuinte e a legitimidade material da Constituição”, Luzia Marques da Silva Cabral Pinto, Boletim da Faculdade de Direito, STVDIA IVRIDICA 7, Universidade de Coimbra, Coimbra Editora, 1994, páginas 81-97.

⁸⁰ in “Direito e Democracia – entre facticidade e validade”, Jürgen Habermas, v. II, Tradução Flávio Beno Siebeneichler, Ed. Tempo Brasileiro, Rio de Janeiro, 1997, páginas 193- 247. Também em “Os limites do poder constituinte e a legitimidade material da Constituição”, Luzia Marques da Silva Cabral Pinto, Boletim da Faculdade de Direito, STVDIA IVRIDICA 7, Universidade de Coimbra, Coimbra Editora, 1994, páginas 81-97. Também em “Normas Constitucionais Inconstitucionais?”, Otto Bachof, Traduzido por José Manuel M. Cardozo da Costa, Ed. Atlântida, 1951, página 40-48. Nesse sentido em “Direito Constitucional e Teoria da Constituição”, J. J. Gomes Canotilho, Ed. Almedina, 7ª Ed., página 66; 81-82. Também em “Teoria dos direitos fundamentais”, Robert Alexy, tradução Virgílio Afonso da Silva, Ed. Melheiros, 2008, página 144- 179; 543-544. Também em “Direitos Fundamentais: introdução geral”, José Melo Alexandrino, 2º Ed, Principia, pág. 16-20. Também em “Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976”, José Carlos Vieira Andrade, 5ª Ed., Ed. Almedina, 2012, pág. 49. Também em “A Recepção da Declaração dos Direitos do Homem pela Constituição Portuguesa. Um fenômeno de conjugação de direito internacional e direito constitucional”, Jorge Miranda, Revista de Direito Administrativo. Rio de Janeiro, n. 199, págs. 1-20, jan./mar, 1995.

estes a fonte de inspiração e medida de todas as instituições jurídico-políticas^{81 82}. Os direitos humanos, então, seriam o fundamento de legitimidade do Estado no exercício de seu poder, nos termos dos artigos 4º e 5º da Declaração e Programa de Ação de Viena.

Com efeito, o poder constituinte legítimo deve estar baseado nos direitos da pessoa humana, uma vez que são os indivíduos a causa e a finalidade de toda a organização política. Os direitos humanos seriam valores que teriam uma comprovação histórica social da humanidade, sem a pretensão de serem eternos e absolutos, como no jusnaturalismo. De outro ponto, os direitos humanos conferem uma universalidade e objetividade aos valores, nos termos dos artigos 1º e 32 da Declaração e Programa de Ação de Viena. Logo, a ordem constitucional será mais legítima na medida em que for fonte de maior garantia dos direitos humanos, consubstanciados no princípio da dignidade da pessoa humana.⁸³ Um Estado certamente poderá desrespeitar tais postulados de justiça e impor o desrespeito pelo uso da força, no entanto, a ausência de consenso social retira

⁸¹ in “Direito e Democracia – entre facticidade e validade”, Jürgen Habermas, v. II, Tradução Flávio Beno Siebeneichler, Ed. Tempo Brasileiro, Rio de Janeiro, 1997, páginas 193- 247. Também em “Teoria dos direitos fundamentais”, Robert Alexy, tradução Virgílio Afonso da Silva, Ed. Melheiros, 2008, página 144- 179; 543-544. Também em “Os limites do poder constituinte e a legitimidade material da Constituição”, Luzia Marques da Silva Cabral Pinto, Boletim da Faculdade de Direito, STVDIA IVRIDICA 7, Universidade de Coimbra, Coimbra Editora, 1994, páginas 139-152. Também em “Una metateoría del positivismo jurídico”, Roberto M. Jiménez Cano, Ed. Marcial Pons, Madrid, 2008, pág. 95.

⁸² Não se pode negar que existe um consenso sobre os direitos humanos, notadamente a dignidade do homem, da proteção da vida humana, a proibição da degradação do homem, do livre desenvolvimento da personalidade e da proibição do arbítrio. In “Normas Constitucionais Inconstitucionais?”, Otto Bachof, Traduzido por José Manuel M. Cardozo da Costa, Ed. Atlântida, 1951, página 2.

⁸³ in “Teoria dos direitos fundamentais”, Robert Alexy, tradução Virgílio Afonso da Silva, Ed. Melheiros, 2008, página 144- 179; 543-544. Também em “Os limites do poder constituinte e a legitimidade material da Constituição”, Luzia Marques da Silva Cabral Pinto, Boletim da Faculdade de Direito, STVDIA IVRIDICA 7, Universidade de Coimbra, Coimbra Editora, 1994, páginas 139-152.

toda a legitimidade do direito positivado e, por consequência, sua obrigatoriedade.⁸⁴

Nesse sentido, a democracia e o respeito aos direitos humanos são interdependentes e reforçam-se mutuamente, conforme prevê o artigo 8º da Declaração e Programa de Ação de Viena⁸⁵. Ressalte-se, no entanto, que democracia tem como fonte a dignidade da pessoa humana (artigo 1º da CFP e artigo 1º da CFRB), disto resulta que não seria possível à maioria violar direitos de minoria sob o fundamento de se estar cumprindo a vontade popular.⁸⁶ O princípio da dignidade da pessoa humana confere sentido à idéia de direito justo e confere limites a própria vontade popular. O critério da maioria legitima o poder para tomar decisões políticas, entretanto existem áreas do Direito que estão imunes às opções políticas, assim as decisões pela maioria são uma forma legítima de decisão, mas não um fundamento de justiça.⁸⁷ Disso resulta que, embora a democracia seja essencial à legitimidade formal da Constituição, somente com a obediência aos direitos humanos se estará garantida a legitimidade material constitucional. Em conclusão, os valores consubstanciados nos direitos humanos constituem limites ao poder constituinte, denominados por Jorge Miranda de limites transcendentais.

⁸⁴ in “Normas Constitucionais Inconstitucionais?”, Otto Bachof, Traduzido por José Manuel M. Cardozo da Costa, Ed. Atlântida, 1951, página 2.

⁸⁵ “8. A democracia, o desenvolvimento e o respeito pelos Direitos Humanos e pelas liberdades fundamentais são interdependentes e reforçam-se mutuamente. A democracia assenta no desejo livremente expresso dos povos em determinar os seus próprios sistemas políticos, econômicos, sociais e culturais e a sua participação plena em todos os aspectos das suas vidas. Neste contexto, a promoção e a proteção dos Direitos Humanos e das liberdades fundamentais, a nível nacional e internacional, devem ser universais e conduzidas sem restrições adicionais. A comunidade internacional deverá apoiar o reforço e a promoção da democracia, do desenvolvimento e do respeito pelos Direitos Humanos e pelas liberdades fundamentais no mundo inteiro.”

⁸⁶ in “Direitos fundamentais e Justiça Constitucional em Estado de Direito Democrático”, Jorge Reis Novais, Coimbra Editora, 2012, páginas 37-64.

⁸⁷ in “Lições de Introdução ao Estudo do Direito”, Paulo Otero, I volume, 1º Tomo, 1999, Lisboa, página 112-113.

6.2) LIMITES HETERÔNOMOS

Os limites heterônomos constituem imposições de outros ordenamentos jurídicos, internos ou externos. Dessa forma, configurariam três espécies: o direito internacional de caráter geral e obrigatório; o direito internacional de caráter especial; e o de direito interno. Incidiria sobre o poder constituinte formal e poder constituinte material⁸⁸.

6.2.1) LIMITES HETERÔNOMOS IMPOSTOS PELO DIREITO INTERNACIONAL

Os limites impostos pelo direito internacional de caráter geral seriam aqueles consubstanciados no *jus cogens*. Nos termos do artigo 53 da Convenção de Viena, o *jus cogens* seria o conjunto de normas cogentes e gerais, responsáveis pela estruturação, funcionamento e subsistência da ordem pública internacional e, sendo reconhecidas pelos Estados, assumiria uma posição hierárquica superior em relação às demais normas de direito internacional público. Seriam constituídos por princípios, costumes e tratados internacionais, que seriam padrão de validade para as demais normas internacionais. Exemplos de *jus cogens* teriam previsão na Carta das Nações Unidas, na Declaração Universal dos Direitos do Homem e na Convenção de Viena sobre Direito dos Tratados; nestes Diplomas Internacionais estariam consagrados os direitos humanos, a dignidade da pessoa humana, a igualdade entre os povos, a igualdade soberana e independência dos Estados, a não ingerência em assuntos internos e a proibição do emprego da força⁸⁹.

Segundo Jorge Miranda, os princípios de *jus cogens* ex-

⁸⁸ in “Manual de Direito Constitucional”, Jorge Miranda, 6 ed. Coimbra, tomo II, pág. 137-138.

⁸⁹ in “Manual de Direito Constitucional”, Jorge Miranda, 6 ed. Coimbra, tomo II, pág. 58.

primem uma “consciência jurídica universal no presente período histórico”. Através deles, os Estados estariam vinculados externa e internamente. A vinculação interna, prossegue o Ilustre Professor, condicionaria a legitimidade da constituição⁹⁰, mas nunca sua inconstitucionalidade⁹¹. Assim, a observância do *jus cogens* não poderia ser afastada pelo Estado que deseje integrar a comunidade internacional.

Já os limites de direito internacional de caráter especial seriam imposições de normas internacionais, as quais o Estado voluntariamente aderiu. Haveria limitação do poder constituinte em função de obrigações assumidas pelo Estado perante outros Estados ou organismos internacionais. São exemplos: garantias de direitos de minorias nacionais e lingüísticas impostas a certos Estados nos tratados elaborados após as duas grandes guerras; o Tratado de *Saint Germain* que obrigou a Áustria de se abster de qualquer ato que pudesse afetar sua independência; proibição de restauração dos Habsburgos na Hungria, após 1918; Tratado celebrado na Suécia que impôs à Finlândia o dever de garantia dos direitos da população da ilha de Alândia; estatuto de neutralidade da Áustria desde 1955; Acordos de Zurique de 1960 sobre a dupla garantia dos direitos das comunidades grega e turca em Chipre.⁹²

Nestes termos, o artigo 27 da Convenção de Viena sobre Direito de Tratados, ao dispor sobre o *pacta sunt servanda*, dispõe que o Estado não poderia descumprir suas obrigações firmadas em tratados internacionais sob a justificativa de que as mesmas estariam em desacordo com sua ordem jurídica interna. Da mesma forma, o artigo 26 da mencionada Convenção prevê o princípio da boa-fé, impondo ao Estado o dever de in-

⁹⁰ in “Manual de Direito Constitucional”, Jorge Miranda, 6 ed. Coimbra, tomo II, pág. 58.

⁹¹ in “Manual de Direito Constitucional”, Jorge Miranda, 3 ed. Coimbra, tomo IV, pág. 160-162.

⁹² in “Manual de Direito Constitucional”, Jorge Miranda, 6 ed. Coimbra, tomo II, pág. 137-138.

corporar o tratado a sua ordem jurídica interna quando o subcrever. Portanto, poderia se concluir que o poder constituinte estaria limitado pelas obrigações assumidas pelo Estado no plano internacional.

Entretanto, não se pode admitir a existência de limites baseados em normas internacionais, uma vez que estas somente seriam dirigidas a ordem jurídica externa, pelo que não estabeleceriam limitações à Constituição do Estado. Tais normas seriam parâmetro de validade somente em âmbito internacional e internamente estariam sujeitas ao controle de constitucionalidade, assim, haveria somente efeitos jurídicos externos, como a sanção política ao Estado pelo descumprimento do Tratado Internacional e sua responsabilização internacional⁹³.

Segundo Paulo Otero, os Tratados Internacionais seriam espécie de normas *ius imperfectum* numa dupla qualidade, uma vez não seriam dotados de coerção a nível interno nem perante a comunidade internacional. O *ius imperfectum* não decorre da imperfeição da norma, mas da força do seu cumprimento. Assim, o descumprimento pelo Estado de uma norma de direito internacional não acarretaria maiores conseqüências jurídicas, uma vez que o Estado deteria o monopólio do uso da coerção em âmbito interno, não havendo meios de se obrigar o Estado ao cumprimento da norma internacional dentro do seu território.⁹⁴

Somente quando os Tratados Internacionais refletirem direitos supraconstitucionais, consubstanciados em valores relativos aos direitos humanos, haveria a imposição de limites ao poder constituinte. Tais direitos supraconstitucionais pode-

⁹³ in “Curso de Direito Constitucional”, Carlos Blanco de Moraes, Tomo 1, Editora Coimbra, 2ª Ed, pág. 37-39.

⁹⁴ in “Lições de Introdução ao Estudo do Direito”, Paulo Otero, I volume, 2º Tomo, 1999, Lisboa, página 72-75. Nesse sentido já defendia Max Weber: “al derecho internacional se le ha disputado renovadamente su calidad de derecho por carecer de um poder coativo supraestatal”. In “Economia y Sociedad – esbozo de sociología compresiva”, Max Weber, tradução José Medina Echavarría e outros, Fondo de Cultura Economica, Mexico, 1996, 2ª Ed, 10ª reimpressão, página 28.

riam estar previstos em normas *jus cogens* e limitariam o poder constituinte não por se tratar de norma internacional, mas por serem correspondentes a valores superiores decorrentes da consciência jurídica universal.

6.2.2) TRATADOS INTERNACIONAIS DE DIREITOS HUMANOS

No âmbito do direito internacional, muito se debate sobre a incorporação dos Tratados Internacionais no ordenamento jurídico interno de cada Estado. Haveria uma vertente denominada monista que pregaria a existência de uma só ordem jurídica, no qual os tratados seriam incorporados automaticamente ao direito interno, sem necessidade de procedimento de incorporação. A teoria monista se subdivide em monismo com primazia no direito interno e monismo com prevalência do direito internacional. De outro lado, o dualismo defende a existência de duas ordens jurídicas diversas, uma interna e outra externa, na qual a incorporação do tratado internacional na ordem interna depende de um procedimento de incorporação legislativo ou de ratificação da norma internacional.

Embora haja esta discussão no âmbito do direito internacional, a opção pelo monismo, pelo dualismo ou por um sistema misto fica a cargo da Constituição de cada Estado. A Constituição portuguesa prevê a incorporação automática do direito internacional geral ou comum (artigo 8º, item 1), ao passo que o direito internacional particular, qual seja, o convencional, a incorporação seria de forma automática condicionada sua eficácia interna à publicação oficial (artigo 8º, item 2). Por fim, a Constituição Portuguesa incorporou expressamente a Declaração Universal dos Direitos do Homem (artigo 16, n 2) ao seu ordenamento jurídico. No Brasil, a Constituição Federal dispõe que a incorporação dos tratados internacionais na ordem jurídica interna depende da autorização do Congresso

Nacional (artigo 49, inciso I); salvo quanto aos tratados sobre direitos humanos, em que a incorporação seria automática em razão da cláusula de abertura prevista no artigo 5º, parágrafo 2º.

Quanto à posição hierárquica ocupada pelos tratados internacionais na ordem jurídica interna, também deverá a solução ser dada pela Constituição de cada Estado. Sendo silente a constituição, haveria quatro posições quanto à hierarquia dos tratados internacionais na ordem interna: mesmo valor das normas constitucionais; natureza supralegal do tratado, na qual estaria hierarquicamente abaixo da constituição mas acima das leis ordinárias; mesma hierarquia das leis ordinárias; por fim, natureza supraconstitucional.⁹⁵

A constituição alemã, em seu artigo 25º, dispõe sobre a incorporação automática dos tratados de direito internacional geral, aduzindo que teriam natureza supralegal. Já a constituição da Holanda prevê a natureza supraconstitucional de normas de direito internacional, pelo que seria superior hierarquicamente à constituição.⁹⁶ No Brasil, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal entende que os Tratados Internacionais de Direitos Humanos teriam hierarquia normativa supralegal. Já quando fosse observado o procedimento previsto no artigo 5º, parágrafo 3º da Constituição, teriam natureza de norma constitucional⁹⁷. Por fim, quando se tratasse de Tratados Internacionais que não versassem sobre direitos humanos, estes teriam o mesmo valor das leis ordinárias.

Em Portugal, em virtude da norma do artigo 16, item 2, da Constituição, há divergência quanto à hierarquia interna da Declaração Universal dos Direitos do Homem. Tal artigo teria a função de clarificar e alargar o catálogo dos direitos funda-

⁹⁵ in “Direito Constitucional e teoria da Constituição”, 7ª Ed., Ed. Almedina, J.J. Gomes Canotilho, pág. 820

⁹⁶ in “Direito Constitucional e teoria da Constituição”, 7ª Ed., Ed. Almedina, J.J. Gomes Canotilho, pág. 820.

⁹⁷ in HC n 96772/SP, julgado em 09/06/1999, relator Ministro Celso de Mello.

mentais, reforçando sua tutela e o universalismo dos direitos humanos. A referida norma impõe que os preceitos constitucionais e legais relativos a direitos fundamentais sejam interpretados em consonância com a Declaração Universal dos Direitos do Homem⁹⁸. Assim, em matéria de direitos fundamentais haveria uma auto- subordinação da Constituição Portuguesa, na qual o referido Diploma Internacional integraria a própria constituição formal⁹⁹.

Afonso Queiró e Paulo Otero possuem o entendimento de que a mencionada norma internacional teria *status* de impedir a aplicação das normas constitucionais que lhe fossem contrárias. Afonso Queiró entende que seria uma auto- limitação do poder constituinte.¹⁰⁰ O entendimento de Paulo Otero seria de que a Declaração Universal dos Direitos do Homem teria valor supraconstitucional. Admitindo a existência de hierarquia entre normas constitucionais, Paulo Otero entende que o conflito entre normas da Declaração Universal dos Direitos do Homem e a constituição formal deveria se resolver em favor do primeiro, que teria valor supraconstitucional. Segundo o autor, o princípio da unidade normativa da constituição não seria aplicável, uma vez que este somente incidiria entre normas de igual hierarquia, mas não entre normas de hierarquia distinta como seria o caso da Declaração Universal dos Direitos do Homem e a constituição formal. Conclui, dessa forma, que

⁹⁸ in “Manual de Direito Constitucional”, Jorge Miranda, 3 ed. Coimbra, tomo IV, pág. 160-162.

⁹⁹ in “Declaração Universal dos Direitos do Homem e Constituição: a inconstitucionalidade de normas constitucionais”, Paulo Otero, O Direito, 1990, III-IV, p. 613-614.

¹⁰⁰ in “Manual de Direito Constitucional”, Jorge Miranda, 6ª ed. Coimbra, tomo II, pág. 40-41. Também em “Declaração Universal dos Direitos do Homem e a Constituição: A Inconstitucionalidade das Normas Constitucionais”, Paulo Otero, O Direito, Lisboa, jul- dez 1990, ano 122º III-IV, página 603-619. Também em “A Recepção da Declaração dos Direitos do Homem pela Constituição Portuguesa. Um fenômeno de conjugação de direito internacional e direito constitucional”, Jorge Miranda, Revista de Direito Administrativo. Rio de Janeiro, n. 199, p. 1-20, jan./mar.

haveria a possibilidade da existência de normas constitucionais inconstitucionais¹⁰¹.

Em contrapartida, Jorge Miranda ensina que deve ser interpretado sistematicamente o artigo 16º, n 2 da Constituição Portuguesa. Dessa forma, deveria se diferenciar se seria norma constitucional originária ou derivada, bem como se seria *jus cogens* ou não. Caso se tratasse de *jus cogens*, haveria determinação da ilegitimidade da norma constitucional contrária. No caso de colisão com norma que não seja *jus cogens*, deve ser entendido a norma constitucional como norma excepcional, pelo que haveria uma não aplicação da Declaração Universal dos Direitos do Homem nessa parte. Prossegue o autor afirmando que, em se tratando de norma proveniente de revisão, haveria a pecha de inconstitucionalidade, pois o poder constituído deveria se submeter aos princípios constitucionais, substanciados na Declaração Universal dos Direitos do Homem, nos termos do artigo 16, n 2 da Constituição Portuguesa. Nesse sentido a Declaração Universal dos Direitos do Homem poderia determinar a inconstitucionalidade das normas constitucionais de revisão, mas não das normas constitucionais originárias.¹⁰²

Frente ao princípio da unidade hierárquico normativa da constituição, não seria possível acolher a tese da inconstitucionalidade de norma constitucional originária contrária à Declaração Universal do Direito dos Homens. Não se trata de normas de hierarquia diferentes, como defende Paulo Otero, uma vez que seria o artigo 16, n 2 que conferiria *status* constitucional a referida norma internacional. Assim, o artigo 16, n 2, de-

¹⁰¹ in “Declaração Universal dos Direitos do Homem e Constituição: a inconstitucionalidade de normas constitucionais”, Paulo Otero, O Direito, 1990, III-IV, p. 613-614.

¹⁰² in “Manual de Direito Constitucional”, Jorge Miranda, 3ª ed. Coimbra, tomo IV, pág. 160-162. Também em “A Recepção da Declaração dos Direitos do Homem pela Constituição Portuguesa. Um fenómeno de conjugação de direito internacional e direito constitucional”, Jorge Miranda, Revista de Direito Administrativo. Rio de Janeiro, n. 199, p. 1-20, jan./mar.

ve ser interpretado sistematicamente com as demais normas constitucionais, de forma a conferir harmonia ao sistema jurídico. A ilegitimidade da norma constitucional ocorreria desde que a norma prevista na Declaração Universal do Direito dos Homens correspondesse a algum valor ético superior decorrente da consciência universal, caso em que seria aplicada a tese dos limites transcendententes.¹⁰³

6.2.3) DIREITO COMUNITÁRIO

O artigo 7º, n 6, da Constituição Portuguesa permite, observada determinadas condições previstas na norma, aprofundar o pacto da união europeia. Trata-se de norma constitucional autorizativa que permite a pactuação desses acordos internacionais. Assim, se submetem ao mesmo regime de recepção de todas as convenções internacionais, previsto no artigo 8º, n 2, e estão sujeitos ao Juízo de Constitucionalidade.¹⁰⁴

Em sentido contrário, Gomes Canotilho possui entendimento pela prevalência do direito comunitário sobre o direito interno, inclusive sobre a Constituição. Sustenta o autor que a formulação dos tratados e a maior associação dos Estados constituiria um processo constituinte com repercussão na ordem interna. Esse processo constituinte obrigaria a modificações formais e a revisões não convencionais na Constituição do Estado membro. O Ilustre Professor alega que essa primazia do direito comunitário não implicaria a nulidade da norma constitucional, mas sim sua inaplicabilidade no caso concreto.¹⁰⁵

¹⁰³ in “Manual de Direito Constitucional”, Jorge Miranda, 3ª ed. Coimbra, tomo IV, pág. 160-162.

¹⁰⁵ in “Direito Constitucional e teoria da Constituição”, 7ª Ed., Ed. Almedina, J.J. Gomes Canotilho, pág. 826. Segundo o autor desde o caso van Gen en Loos, julgado em 5 de fevereiro de 1963, o Tribunal de Justiça das Comunidades reconheceu a aplicabilidade direta dos tratados comunitários na ordem jurídica dos Estados membros. Nos casos Costa/Enel de julho de 1964, Internationale Handelsgesellschaft de dezembro de 1970, Simmenthal de março de 1978 e Foto – Frost de outubro de

A Corte de Justiça das Comunidades Europeias tem o mesmo entendimento de que as normas comunitárias teriam primazia frente às constituições dos Estados. Assim, o julgador deveria deixar de aplicar a legislação interna que estivesse em confronto com a norma comunitária.¹⁰⁶ Tal supremacia não resultaria de nenhum tratado, mas da interpretação conferida pelo Tribunal Comunitário, em que este considera a Comunidade Europeia como um Estado Federal em processo de formação e os Tratados Comunitários como uma Constituição. Dessa forma, o Tribunal Comunitário poderia analisar a legitimidade das normas do ordenamento interno com base nas normas comunitárias.¹⁰⁷

Tal entendimento ganhou força com a elaboração do Tratado Constitucional Europeu. Tal tratado prevê a supremacia do direito da União Europeia sobre o direito dos Estados (artigo I-6º); a criação de órgãos típicos de uma federação; e a divisão de competências legislativas como se tratasse de um Estado Federal. Tal entendimento pressuporia a existência de um poder constituinte europeu e a limitação do poder constituinte a ser exercido nos Estados membros. O poder constituinte dos Estados Membros deixaria de ser soberano e seria assemelhado ao poder constituinte derivado, próprio dos Estados que compõe uma Federação. No entanto, com a rejeição do Tratado pela França e pela Holanda, há um bloqueio desse processo.¹⁰⁸

Não merece acolhimento o entendimento da supremacia dos tratados comunitários sobre as normas internas. Primeiro, a natureza jurídica das normas comunitárias seria de Tratado Internacional, que em muito se diferenciaria de uma Constitui-

1987, a referida corte tem sustentado a supremacia do direito comunitário sobre o direito interno.

¹⁰⁶ in “Direito Constitucional e teoria da Constituição”, 7ª Ed., Ed. Almedina, J.J. Gomes Canotilho, pág. 828.

¹⁰⁷ in “Curso de Direito Constitucional”, Carlos Blanco de Morais, Tomo 1, Editora Coimbra, 2ª Ed, pág. 41.

¹⁰⁸ in “Curso de Direito Constitucional”, Carlos Blanco de Morais, Tomo 1, Editora Coimbra, 2ª Ed, pág. 42.

ção. Aquele tem por finalidade fundar e regular relação jurídica entre Estados, já a constituição tem como objetivo regular as estruturas de poder e os direitos dos cidadãos.¹⁰⁹

Segundo, todas as normas do direito comunitário necessitam do consentimento do Estado para ter vigência interna. Caso se tratasse de uma constituição, não haveria necessidade de manifestação de consentimento. Não há soberania da comunidade, mas tão somente delegação de poder pelos Estados membros, que podem revogá-la ou modificá-la a qualquer momento.¹¹⁰

Terceiro, a idéia de constituição traz ínsita a idéia de território e de povo, com identidade cultural, ausentes na comunidade européia. Exemplos de não unidade cultural podem ser lembrados com a existência de diferentes moedas na Dinamarca e no Reino Unido. A constituição constitui o exercício do poder constituinte pelo povo, sendo certo que a Comunidade Européia não possui povo, mas tão somente é formada por várias Nações.¹¹¹

Dessa forma, os Tratados Comunitários não possuem natureza constitucional e não constituem limites ao poder constituinte dos Estados que fazem parte da União Européia.

6.2.4) LIMITES HETERÔNOMOS DE DIREITO INTERNO

Os limites de direito interno seriam típicos de unidades federativas. Através do pacto federativo seria formada a federação, na qual acarretaria direitos e obrigações recíprocas entre o ente central e os Estados federados. Entre estas obrigações, deve ser assegurada a existência do Estado federado e sua par-

¹⁰⁹ in “Curso de Direito Constitucional”, Carlos Blanco de Morais, Tomo 1, Editora Coimbra, 2ª Ed, pág. 44.

¹¹⁰ in “Curso de Direito Constitucional”, Carlos Blanco de Morais, Tomo 1, Editora Coimbra, 2ª Ed, pág. 45.

¹¹¹ in “Manual de Direito Constitucional”, Jorge Miranda, 6 ed. Coimbra, tomo II, pág. 62-64.

ticipação na formação de vontade da unidade federada. De outro ponto, deve o Estado federado reconhecer e subordinar-se ao poder central. Portanto, o poder constituinte deve obediência aos imperativos do pacto federativo.¹¹²

Entretanto, na verdade, não se trata de um limite ao poder constituinte, uma vez que é um efeito que decorre da decisão política de se adotar um modelo Federal de Estado. O poder constituinte poderia optar por qualquer forma de Estado e, sendo adotada uma forma de organização do Estado, efeitos decorreriam naturalmente dessa escolha.

6.3) LIMITES IMANENTES

Esses limites incidem somente sobre o poder constituinte formal e são representados pela própria identidade e configuração do Estado, segundo o momento histórico e a concepção proposta pelo constituinte material. Nesse sentido, o poder constituinte formal deve se ater a sua origem e sua finalidade ao decretar normas com forma e força jurídicas constitucionais, ou seja, o poder constituinte não poderia desrespeitar as realidades inseparáveis do Estado de onde provém. Tais limites estariam ligados à soberania do Estado, à forma de Estado e à legitimação política.¹¹³

Segundo Jorge Miranda, não se concebe que um Estado soberano, que deseja continuar a sê-lo, tenha sua soberania eliminada por força do poder constituinte formal. Da mesma forma, um Estado Federal não poderia ser transformado em um Estado Unitário por obra do poder constituinte formal, sem que essa fosse a concepção proposta pelo poder constituinte material. Ademais, um Estado democrático não poderia transformar-se em autoritário. Seria a necessária correspondência do poder

¹¹² in “Manual de Direito Constitucional”, Jorge Miranda, 6 ed. Coimbra, tomo II, pág. 138.

¹¹³ in “Manual de Direito Constitucional”, Jorge Miranda, 6 ed. Coimbra, tomo II, pág. 136.

constituente formal com o poder constituinte material, em um dado momento e em um Estado em concreto.¹¹⁴

Carlos Blanco de Moraes critica a existência desse limite sob o fundamento de que a prática constitucional estaria repleta de casos em que o poder constituinte teria contrariado a identidade primitiva do Estado. Como exemplo, cita a extinção da antiga RDA (Alemanha Oriental) e a sua fusão na República Federal da Alemanha¹¹⁵. Ademais, na medida em que tais princípios constitutivos do Estado não tenham caráter supraconstitucional, restaria á livre disposição do poder constituinte, somente poderia se impor ao poder constituído. Citando o exemplo da transformação do Estado Federal em Estado unitário, Otto Bachof aduz que não constituiria limite ao poder constituinte¹¹⁶.

7) NORMAS CONSTITUCIONAIS INCONSTITUCIONAIS E LIMITES AO PODER CONSTITUINTE

Uma questão que suscita discussão seria a existência de normas constitucionais originárias taxadas de inconstitucionais. Embora a quase unanimidade da doutrina entenda pela impossibilidade da existência de normas constitucionais inconstitucionais, frente ao princípio da unidade hierárquico-normativa constitucional, o ensinamento de Otto Bachof mostra-se de fundamental importância para o presente estudo. Ao afirmar a existência de normas constitucionais inconstitucionais, indiretamente o autor admite a existência de limites ao poder constituinte.

Segundo Otto Bachof, a validade de uma Constituição

¹¹⁴ in “Manual de Direito Constitucional”, Jorge Miranda, 6 ed. Coimbra, tomo II, pág. 137.

¹¹⁵ in “Curso de Direito Constitucional”, Carlos Blanco de Moraes, Tomo 1, Editora Coimbra, 2ª Ed, pág. 35.

¹¹⁶ in “Normas Constitucionais Inconstitucionais?”, Otto Bachof, Traduzido por José Manuel M. Cardozo da Costa, Ed. Atlântida, 1951, página 64.

compreenderia a legitimidade no aspecto de positividade (existência como plano e expressão de um poder efetivo) e obrigatoriedade (vinculação dos destinatários da norma). Assim, conclui que a violação do direito supra-estatal pelo poder constituinte acarretaria a falta de legitimidade e, como consequência, a invalidade de normas constitucionais originárias¹¹⁷. Para tanto, parte da distinção entre constituição formal e constituição material para fundamentar a inconstitucionalidade de normas constitucionais originárias. O autor defende a inconstitucionalidade de normas constitucionais tendo como parâmetro a constituição escrita, como também tendo como referência a constituição material não escrita.

Tendo como base a violação da constituição material não escrita, o autor discorre sobre a possibilidade de três tipos de inconstitucionalidade: por infração de direito supraconstitucional não positivado; por infração de direito constitucional consuetudinário; e por violação dos princípios constitutivos não escritos do sentido da constituição. Nestes dois últimos casos, conclui que não haveria ou que seria de difícil ocorrência a inconstitucionalidade de normas constitucionais. No entanto, quanto ao direito supraconstitucional não escrito, o jurista admite a possibilidade de ser utilizado como parâmetro de validade para as normas constitucionais, sob o argumento de que o direito supraconstitucional seria imanente a toda ordem constitucional que se pretenda vinculativa e de que a sua violação acarretaria a ausência de obrigatoriedade jurídica.¹¹⁸

Já tendo como parâmetro a constituição escrita, Bachof disserta sobre cinco hipóteses. A primeira seria da inconstitucionalidade de normas constitucionais ilegais, na qual a referência de inconstitucionalidade seria a constituição anterior. Entende de difícil ocorrência, salvo no caso de leis pré-

¹¹⁷ in “Normas Constitucionais Inconstitucionais?”, Otto Bachof, Traduzido por José Manuel M. Cardozo da Costa, Ed. Atlântida, 1951, página 42-44; 62-64; 67-68.

¹¹⁸ in “Normas Constitucionais Inconstitucionais?”, Otto Bachof, Traduzido por José Manuel M. Cardozo da Costa, Ed. Atlântida, 1951, página 67-69.

constitucionais que ordenassem a observância de um procedimento como condição de validade da nova Constituição. Em princípio, essas leis somente obrigariam o poder constituído, não o constituinte. No entanto, caso estas leis sejam ratificadas pelo poder constituinte, poderia ocasionar a inconstitucionalidade formal da nova constituição pela inobservância do procedimento para sua elaboração.¹¹⁹ Neste caso, haveria uma auto-limitação do poder constituinte.

O segundo seria a inconstitucionalidade de normas que alterem a constituição. Seria a impossibilidade do poder de revisão elaborar normas que violem a constituição¹²⁰.

Já o terceiro seria a contradição de norma constitucional com outra de nível hierárquico superior, seria a infração de uma norma da constituição formal a uma norma da constituição material¹²¹, mesmo quando esta não se refira a direito supraconstitucional.

O autor analisa a quarta hipótese, sem, entretanto, defender a inconstitucionalidade. Ocorreria com a mudança de natureza de uma norma constitucional, caso em que uma norma transitória passasse a ser permanente. Aqui, conforme menciona o próprio autor, não se trataria de inconstitucionalidade, mas de perda de vigência da norma constitucional¹²².

Por fim, a quinta espécie seria o caso de violação de norma supraconstitucional positivada na constituição. A norma da constituição que viole direito natural positivado na mesma constituição será taxada de ilegítima e inconstitucional. A ilegitimidade decorre da perda de obrigatoriedade, uma vez que o direito supraconstitucional seria preexistente e somente reco-

¹¹⁹ in “Normas Constitucionais Inconstitucionais?”, Otto Bachof, Traduzido por José Manuel M. Cardozo da Costa, Ed. Atlântida, 1951, página 48-64.

¹²⁰ in “Normas Constitucionais Inconstitucionais?”, Otto Bachof, Traduzido por José Manuel M. Cardozo da Costa, Ed. Atlântida, 1951, página 48-64.

¹²¹ in “Normas Constitucionais Inconstitucionais?”, Otto Bachof, Traduzido por José Manuel M. Cardozo da Costa, Ed. Atlântida, 1951, página 48-64.

¹²² in “Normas Constitucionais Inconstitucionais?”, Otto Bachof, Traduzido por José Manuel M. Cardozo da Costa, Ed. Atlântida, 1951, página 48-64.

nhecido (não constituído) pelo poder constituinte. Já a inconstitucionalidade deriva da posituação do direito supraconstitucional.¹²³

Em Portugal, durante algum tempo foi questionada a constitucionalidade de alguns artigos da Constituição Portuguesa de 1976, antes das revisões. São eles: os artigos 82º, n 2 e artigo 87, n 2 (tratava da expropriação sem indenização); artigo 308 (incapacidades cívicas); artigo 309 (incriminação e julgamento dos agentes e responsáveis da PIDE/DGS) e o artigo 310 (saneamento da função pública). Através da caducidade ou da revisão, tais normas foram extirpadas da constituição.

O artigo 294 da Constituição Portuguesa conferia caráter constitucional a leis incriminadoras de preceito retroativo (Lei 8/75, Lei 16/75 e Lei 18/75). Entende Paulo Otero que se trataria de norma constitucional inconstitucional, uma vez que haveria conflito da norma do artigo 294 com a norma do artigo 29 e com o artigo 11º, n 2 da Declaração Universal dos Direitos do Homem (artigo 16, n 2 da Constituição Portuguesa), que dispõem que não há crime nem pena sem anterior lei que os prevejam. Como este Diploma Internacional teria valor supraconstitucional e hierarquia superior às demais normas da constituição instrumental, conclui o autor que o artigo 294 seria inconstitucional e, portanto, haveria inconstitucionalidade de norma originária da constituição¹²⁴. Inobstante, segundo Paulo Otero, o Tribunal Constitucional não teria competência para declarar a inconstitucionalidade de norma constitucional originária, uma vez que se trataria de poder constituído¹²⁵.

No entanto, o entendimento de Paulo Otero viola o

¹²³ in “Normas Constitucionais Inconstitucionais?”, Otto Bachof, Traduzido por José Manuel M. Cardozo da Costa, Ed. Atlântida, 1951, página 48-64.

¹²⁴ in “Declaração Universal dos Direitos do Homem e Constituição: a inconstitucionalidade de normas constitucionais”, Paulo Otero, O Direito, 1990, III-IV, p. 618-619.

¹²⁵ in “Declaração Universal dos Direitos do Homem e Constituição: a inconstitucionalidade de normas constitucionais”, Paulo Otero, O Direito, 1990, III-IV, p. 618-619.

princípio da unidade hierárquico-normativa da constituição¹²⁶. Eventual contradição aparente deve ser compreendida como uma exceção a regra, uma vez que as normas constitucionais devem ser interpretadas como um todo harmônico. Nesse sentido, Jorge Miranda entende que o conflito deve se resolver pelo critério da excepcionalidade, sendo o artigo 294 norma de exceção à norma geral do artigo 29¹²⁷.

Embora seja quase unânime a opinião sobre a impossibilidade de normas constitucionais originárias serem inconstitucionais, a obra de Otto Bachof é importante para constatação de certos limites ao poder constituinte. Devido ao princípio da unidade hierárquico normativa da constituição não se concorda com o resultado proposto pelo autor de considerar inconstitucional uma norma constitucional originária. Este ponto será analisado no tópico sobre o controle dos limites, onde será tomada uma posição. No entanto, não se pode desprezar que o autor traça limites ao poder constituinte. Esses limites estariam caracterizados no direito supraconstitucional, na possibilidade do próprio poder constituinte autolimitar-se ratificando um procedimento previsto em leis pré-constitucionais e a divergência entre normas da constituição material e da constituição formal.

No caso de divergência entre normas da constituição formal e da constituição material, tendo em vista o princípio da unidade hierárquico normativa das normas constitucionais, eventual discordância entre tais normas deveria ser resolvida pelo critério da excepcionalidade. Já no tocante a possibilidade de autolimitação do poder constituinte pela ratificação de um procedimento previsto em leis pré-constitucionais, também não representaria um verdadeiro limite. Neste caso, não seria um limite ao poder constituinte, uma vez que a autolimitação

¹²⁶ in “Direito Constitucional e teoria da Constituição”, 7ª Ed., Ed. Almedina, J.J. Gomes Canotilho, pág. 1183-1184.

¹²⁷ in “Declaração Universal dos Direitos do Homem e Constituição: a inconstitucionalidade de normas constitucionais”, Paulo Otero, O Direito, 1990, III-IV, p. 617-619.

decorreria de um ato de vontade desse mesmo poder. Dessa forma, somente o direito supraconstitucional representaria um limite ao poder constituinte.

8) CONTROLE DO PODER CONSTITUINTE

Embora se admita a existência de limites ao poder constituinte, devem ser verificadas as formas de controle, inclusive a possibilidade de tal questão ser analisada pelo Poder Judiciário. Aqui, torna-se necessário relembrar a distinção entre legitimidade e a inconstitucionalidade. A legitimidade do poder acarreta um senso comum de obrigatoriedade, consistente na vinculação jurídica dos destinatários da norma ao que foi ordenado por ela. Seria a qualidade que justifica a imposição de poder sobre os governados, na qual seria gerado um senso geral de respeito e vinculação para com as normas expedidas pelos governantes. Já a inconstitucionalidade ocasiona a nulidade de uma norma hierarquicamente inferior por desrespeito a uma norma superior.

Embora Paulo Otero possua o entendimento de que o Tribunal Constitucional não teria competência para declarar a inconstitucionalidade da norma constitucional que violasse princípios de justiça, o autor entende que tal norma constitucional seria inválida por se traduzir em não direito, destituídas de caráter jurídico (*leges corruptae*). Nesse sentido, conclui que as normas constitucionais seriam inválidas caso transgredissem os valores transcendentais.¹²⁸ Em sentido contrário, Carlos Blanco de Moraes, adotando tese positivista, entende que a legitimidade seria um fenômeno político, mas não um fenômeno jurídico, que tornaria a constituição nominal e, conseqüentemente, lhe

¹²⁸ in “Lições de Introdução ao Estudo do Direito”, Paulo Otero, I volume, 1º Tomo, 1998, Lisboa, página 181. Também em “Introdução à Filosofia do Direito”, Gustav Radbruch, tradução Jacy de Souza Mendonça, 3ª Ed. 1965, pág. 20- 37; 34- 35; 39-41; 94-95. Também em “Manual de Direito Constitucional”, Jorge Miranda, 6 ed. Coimbra, tomo II, pág. 135.

faria perder a eficácia social¹²⁹.

Analisando a incompatibilidade de uma norma constitucional com preceitos supraconstitucionais, Otto Bachof entende que o Poder Judiciário deveria realizar a justiça, não somente aplicar a lei, nos termos do artigo 20, n 3 da Lei Fundamental Alemã. Segundo o autor, a questão acerca da obrigatoriedade jurídica de um dispositivo normativo não terá qualquer relevância prática caso não possa ser conhecida pelo Poder Judiciário. Nesse sentido, o autor admite o controle de constitucionalidade de normas da Constituição, a ser exercido pelo Tribunal Constitucional, no qual se poderia recusar efeito a norma constitucional e declarar sua invalidade.¹³⁰ Nesse sentido, a Corte Constitucional da Baviera já admitiu a possibilidade de um direito suprapositivo ser utilizado como parâmetro para o reconhecimento de invalidade de normas constitucionais. O Tribunal se afastou do conceito de Constituição formal e encampou o direito suprapositivo na Constituição material, conferindo a este uma referência para o controle de constitucionalidade.¹³¹

Na própria Alemanha, a decisão do Tribunal da Baviera foi duramente criticada. Willibalt Apelt alega que não pode o Poder Judiciário tomar para si a tarefa de elaboração da Constituição, uma vez que tal função seria do Poder Legislativo, como representante do povo e em um regime democrático¹³².

¹²⁹ In “Curso de Direito Constitucional”, Carlos Blanco de Morais, Tomo 1, Editora Coimbra, 2ª Ed, pág. 173-174

¹³⁰ Segundo Otto Bachof, a validade de uma Constituição compreenderia a legitimidade no aspecto de positividade (existência como plano e expressão de um poder efetivo) e obrigatoriedade (vinculação dos destinatários da norma). In “Normas Constitucionais Inconstitucionais?”, Otto Bachof, Traduzido por José Manuel M. Cardozo da Costa, Ed. Atlântida, 1951, páginas 77-79; 86.

¹³¹ in “Normas Constitucionais Inconstitucionais?”, Otto Bachof, Traduzido por José Manuel M. Cardozo da Costa, Ed. Atlântida, 1951, páginas 23-24. Segundo a decisão do Tribunal, “há princípios constitucionais tão elementares, e expressão tão evidente de um direito anterior mesmo à Constituição, que obrigam o próprio legislador constitucional e que, por infração deles, outras disposições da Constituição sem a mesma dignidade podem ser nulas”.

¹³² in “Normas Constitucionais Inconstitucionais?”, Otto Bachof, Traduzido por José

Suscitando os ensinamentos de Kelsen, Hans Spanner sustenta que seria tarefa precípua do Tribunal Constitucional a análise de compatibilidade da legislação infraconstitucional somente em face da Constituição. Assim, o conflito a ser decidido pelo Tribunal Constitucional seria sobre a interpretação e aplicação de normas da Constituição, não com base em direito suprapositivo. Tal opinião é compartilhada por Arndt, para quem o Tribunal Constitucional não seria o fórum para discussão sobre direito natural, uma vez que o juiz não poderia exercer seu ofício baseado em diretivas de uma justiça perpétua, contrapondo-as às decisões democráticas do parlamento¹³³.

A doutrina americana também não se mostra favorável a tese de controle de constitucionalidade de normas constitucionais originárias pelo Poder Judiciário, uma vez que, segundo Kauper, o povo teria o poder pleno de estabelecer o sistema constitucional, pelo que uma norma da constituição não poderia ficar sujeita ao controle judicial¹³⁴.

No Brasil, o Supremo Tribunal Constitucional já enfrentou a questão. Trata-se da ação direta de inconstitucionalidade 815-3, proposta pelo Governo do Rio Grande do Sul, na qual pleiteava a declaração de inconstitucionalidade de norma constitucional originária (artigo 45, parágrafos 1º e 2º), uma vez que violaria valores morais superiores positivados na própria Constituição¹³⁵. O Supremo Tribunal Federal não conhe-

Manuel M. Cardozo da Costa, Ed. Atlântida, 1951, páginas 26-27.

¹³³ in “Normas Constitucionais Inconstitucionais?”, Otto Bachof, Traduzido por José Manuel M. Cardozo da Costa, Ed. Atlântida, 1951, página 26-36.

¹³⁴ in “O art. 45 da Constituição Federal e a Inconstitucionalidade de Normas Constitucionais”, Paulo Bonavides, Revista da Faculdade de Direito de Lisboa, 1995, vol. XXXVI, página 9.

¹³⁵ O artigo 45 da Constituição fixa limites de representação mínima e máxima à Câmara dos Deputados. O Estado do Rio Grande do Sul questionava a constitucionalidade do parágrafo 2º (“para que nenhuma daquelas unidades tenha menos que oito ou mais de setenta Deputados”) e do parágrafo 3º (“quatro”) em face de valores superiores correspondentes aos princípios da igualdade (artigo 5º), igualdade do voto (artigo 14), exercício do poder pelo povo e da cidadania (artigo 1º, inciso II), da democracia (artigo 1º) e da ordem constitucional (artigo 1º). Segundo a causa de

ceu do pedido por impossibilidade jurídica, uma vez que não poderia apreciar constitucionalidade de norma constitucional originária. Tal entendimento se mostra correto, uma vez que não poderia o Supremo Tribunal Federal, como poder constituído, reconhecer a nulidade da manifestação do seu poder instituidor. Não poderia o Tribunal constitucional declarar a nulidade de norma constitucional originária sob pena de usurpar o poder atribuído ao povo, como titular do poder constituinte.¹³⁶ Ademais, o Tribunal Constitucional se transformaria de fiscalizador da constitucionalidade em verdadeiro poder constituinte, como também ficaria esvaziada a função do poder revisor¹³⁷.

O Tribunal Constitucional Português também já analisou a questão no Acórdão 480/89, na qual foi analisada a constitucionalidade do artigo 58º, item 3 da Constituição (proibição do *lock out*) em face do artigo 13, item 1, da mesma Carta. O Tribunal Constitucional Português julgou a questão. Embora não tenha declarado a inconstitucionalidade da norma constitucional, reconheceu sua competência e implicitamente esta possibilidade, segundo Paulo Otero. No entanto, o próprio autor, apesar de reconhecer a possibilidade de inconstitucionalidade de normas constitucionais originárias, entende que o Tribunal

pedir da ação, o voto de um eleitor em uma grande unidade federativa teria menos valor que de um eleitor de um Estado pequeno. Isto porque as regiões Sul e Sudeste do Brasil concentrariam 57% da população brasileira e teriam apenas 45% das cadeiras reservadas aos Deputados; enquanto as regiões Norte, Nordeste e Centro – Oeste teriam 43% da população brasileira e 53% dos assentos na Câmara dos Deputados.

¹³⁶ Nesse sentido é a opinião de Willibalt Apelt, citado por Otto Bachof em “Normas Constitucionais Inconstitucionais?”, Otto Bachof, Traduzido por José Manuel M. Cardozo da Costa, Ed. Atlântida, 1951, páginas 27.

¹³⁷ in “O art. 45 da Constituição Federal e a Inconstitucionalidade de Normas Constitucionais”, Paulo Bonavides, Revista da Faculdade de Direito de Lisboa, 1995, vol. XXXVI, páginas 5 -35. Jeremy Waldron também defende a impossibilidade do Poder Judiciário invalidar as decisões da maioria. In “The core of the case against Judicial Review”, Jeremy Waldron, The Yale Law Journal, 2006, páginas 1348-1406.

não teria competência para o julgamento da questão.¹³⁸

A incompatibilidade do direito suprapositivo com as normas constitucionais originárias não se trataria de uma questão de validade constitucional, mas sim de legitimidade. Embora os tribunais não pudessem declarar a inconstitucionalidade dessas normas originárias, poderiam deixar de aplicá-las, no exercício de sua tarefa de dizer o direito ao caso concreto.¹³⁹ Em virtude da falta de legitimidade, deixaria a norma constitucional de vincular juridicamente o destinatário, acarretando a perda de obrigatoriedade e da própria validade^{140 141}.

Embora a desobediência do direito suprapositivo não acarrete a inconstitucionalidade da norma, não significa que o mesmo deva ser aplicado e sua violação não seja apreciada pelo Poder Judiciário. Quando o Estado tente impor o direito positivado pela força, a ausência de consenso social sobre a justiça da norma lhe retira a obrigatoriedade, pelo que poderia deixar de ser aplicado no caso concreto¹⁴². Assim, no caso de violação de preceitos suprapositivos pelo poder constituinte, poderia o Poder Judiciário deixar de aplicar a norma constitucional violadora, decidindo *contra constitutionem*¹⁴³. Segundo

¹³⁸ in “Declaração Universal dos Direitos do Homem e Constituição: a inconstitucionalidade de normas constitucionais”, Paulo Otero, O Direito, 1990, III-IV, p. 618-619.

¹³⁹ in “Manual de Direito Constitucional”, Jorge Miranda, 6 ed. Coimbra, tomo II, pág. 135.

¹⁴⁰ Neste ponto, vale a pena citar Otto Bachof no sentido de que “o recurso ao direito supraconstitucional será sempre apenas a *ultima ratio* do Estado de Direito; mas justamente por isso ‘não’ devemos ‘tapar esta saída de recurso’”. In “Normas Constitucionais Inconstitucionais?”, Otto Bachof, Traduzido por José Manuel M. Cardozo da Costa, Ed. Atlântida, 1951, página 79.

¹⁴¹ in “Manual de Direito Constitucional”, Jorge Miranda, 6 ed. Coimbra, tomo II, pág. 135.

¹⁴² in “Normas Constitucionais Inconstitucionais?”, Otto Bachof, Traduzido por José Manuel M. Cardozo da Costa, Ed. Atlântida, 1951, página 2. Também em “Manual de Direito Constitucional”, Jorge Miranda, 6 ed. Coimbra, tomo II, pág. 135.

¹⁴³ Segundo Paulo Otero não seria possível realizar uma ponderação de valores para excluir a aplicação da norma constitucional injusta, uma vez que esta seria destituída de valor. Citação em “Lições de Introdução ao Estudo do Direito”, Paulo Otero, I

Paulo Otero, seria um direito fundamental dos particulares a recusa de praticar ou participar de atos injustos. Nesse sentido, embora o Tribunal Constitucional não pudesse declarar a inconstitucionalidade da norma constitucional, haveria uma regra implícita que conferiria competência a todas as autoridades judiciais e administrativas para decidirem *contra constitutio-nem*¹⁴⁴.

Nestes termos, o Supremo Tribunal Federal já deixou de aplicar norma constitucional com fundamento em valores consubstanciados nos direitos humanos previstos em Tratado Internacional. Trata-se do HC n 87.585-8, no qual se discutia a prisão do depositário infiel. A Constituição Brasileira, no seu artigo 5º, inciso LXVII, permite a prisão do depositário infiel, ao passo que a Convenção Americana sobre Direitos Humanos – Pacto San José da Costa Rica (artigo 7º, 7) e o Pacto Internacional de Direitos Cíveis e Políticos (artigo 11), não permitem esta espécie de prisão. O Brasil ratificou o mencionado tratado internacional, em que pese a norma do Diploma Internacional ser incompatível com a norma constitucional.

O voto do Ministro Menezes Direito consta a expressa manifestação quanto à natureza supra- estatal dos direitos humanos, nos quais seriam somente reconhecidos pelo poder constituinte (não constituídos). No voto do Ministro Celso de Mello, embora sustente a natureza constitucional dos tratados, menciona os direitos humanos como valor fundante e condicionante da própria ordem jurídica do Estado. Já o Ministro Gilmar Mendes defendeu a natureza supralegal do Tratado Internacional, sob o fundamento de que o reconhecimento da natureza supraconstitucional ou da natureza constitucional poderia acarretar incoerência no ordenamento constitucional, princi-

volume, 2º Tomo, 1999, Lisboa, página 345.

¹⁴⁴ in “Lições de Introdução ao Estudo do Direito”, Paulo Otero, I volume, 1º Tomo, 1998, Lisboa, página 185. O autor menciona que haveria o direito dos povos à insurreição contra todas as formas de opressão (artigo 7º, n 3 da Constituição Portuguesa).

palmente frente ao artigo 5º, parágrafo 3º; no entanto, reconheceu que “A prisão do depositário infiel não mais se compatibiliza com os valores supremos assegurados pelo Estado Constitucional (...)”.

No referido julgamento, o Supremo Tribunal Federal acabou por reconhecer a natureza supralegal do referido Tratado Internacional, considerando que o artigo 5º, inciso LXVII, não seria auto-aplicável e de que estaria paralisada a legislação infraconstitucional que previa a prisão do depositário infiel. Na verdade, a decisão do STF privou de qualquer eficácia e aplicabilidade o preceito do artigo 5º, inciso LXVII, quando se sabe que mesmo as normas programáticas têm o efeito de impedir legislação que seja contrária aos seus preceitos. Dessa forma, mesmo que o artigo 5º, inciso LXVII, fosse norma programática, o artigo 7º, 7 do Pacto de San José da Costa Rica não poderia ter validade e eficácia por contrariar a dita norma constitucional. Na verdade, o Supremo Tribunal Federal deixou de conferir aplicabilidade a norma constitucional por considerá-la incompatível com outros valores dignos de proteção. Portanto, o julgado configura exemplo de não aplicação de norma constitucional violadora de valores consubstanciados em um ideal de justiça.

Por fim, além do controle exercido pelo Poder Judiciário, também existe um controle social do resultado da tarefa desempenhada pelo poder constituinte. A contradição entre o ideal de justiça cristalizado na consciência social e a constituição poderia acarretar a perda de eficácia social desta última. Neste caso, a constituição poderia ser caracterizada como nominal, na qual não teria força normativa para regular a relação entre o poder público e os cidadãos. Outrossim, diante de normas injustas e do exercício ilegítimo do Poder, poderia ocorrer uma nova ruptura constitucional, caso em que seria legítimo o exercício de um direito de resistência contra o tirano ou um direito de insurreição contra todas as formas de repressão, re-

conhecido inclusive pela ordem constitucional portuguesa (artigo 7º, n 3) e pela ordem jurídica internacional (artigo 2º da Declaração e Programa de Ação de Viena)¹⁴⁵. Segundo esta última norma, a autodeterminação seria um direito humano dos indivíduos que compõem o povo, o qual caberia escolher livremente seu estatuto político^{146 147}.

9) CONCLUSÃO

O conceito de poder constituinte está intimamente ligado à concepção de soberania, uma vez que é a soberania interna que confere fundamento para o exercício do poder constituinte. Historicamente, tem-se observado uma crescente limitação da soberania dos Estados. Nesse sentido, notadamente no período pós-guerras do século XX, frente à preocupação internacional com a defesa e o respeito aos direitos do homem, a soberania não poderia mais ser caracterizada como ilimitada. O Estado não seria mais o único centro de poder, pois haveria de compartilhá-lo com entidades privadas e organismos internacionais, sendo certo que em favor da proteção dos direitos humanos seria justificável a intervenção da comunidade internacional em assuntos internos do Estado.

De outro ponto, como resultado da tarefa levada a cabo pelo poder constituinte, a Constituição deve ser legítima formalmente e materialmente. O exercício da soberania pelo povo, através do poder constituinte, não legitima a Constituição tão somente pela criação de um órgão representativo e pela observância de um procedimento adequado. Como é o povo o desti-

¹⁴⁵ in “Lições de Introdução ao Estudo do Direito”, Paulo Otero, I volume, 1º Tomo, 1999, Lisboa, página 185.

¹⁴⁶ “2. Todos os povos têm direito à auto-determinação. Por força desse direito, escolhem livremente o seu estatuto político e prosseguem livremente o seu desenvolvimento económico, social e cultural.(...)”

¹⁴⁷ Nesse sentido já era a Declaração de Independência dos EUA de 1776. In “História das Idéias Políticas”, Diogo Freitas do Amaral, Volume II, Lisboa 1998, pág. 71.

natário da constituição e o titular do poder, não se pode conceber que o conteúdo da Lei Fundamental seja contrário aos anseios de justiça da sociedade.

O poder constituinte não pode ser caracterizado tão somente como um ato de força, que fundaria uma nova ordem jurídica. Desde o início do seu exercício, através da revolução, é necessário o consenso social acerca da nova idéia de direito, sob pena de restar frustrado o ato revolucionário e ser caracterizado como simples ato de insurreição sancionado pelo direito. Dessa forma, os anseios da sociedade devem ser levados em conta não só na formulação da nova idéia de direito pelo poder constituinte material, como também no momento de exercício do poder constituinte formal.

Esses anseios da sociedade representam os valores éticos universais, que poderiam ser resumidos em um ideal de justiça. Esse ideal de justiça representa um postulado do direito natural, entretanto não se deve conceber o direito natural como uma gama de valores teológicos ou de índole subjetiva. Atualmente, o direito natural deve ser embasado nos direitos humanos, uma vez que o processo histórico do qual resultou e o próprio consenso universal sobre seu conteúdo, retiram qualquer pretensão de caracterizá-los como um valor perpétuo, subjetivo e relativo.

A idéia de direito não deve ser afastada da concepção de justo, o direito deve ser o instrumento pelo qual a justiça deve ser concretizada¹⁴⁸. No caso da elaboração da constituição não poderia ser de outra forma, uma vez que também constitui espécie de norma jurídica. A constituição, como produto do poder constituinte, também sofre influência dos postulados de

¹⁴⁸ Vale a pena citar a reflexão de Carlos Moreira: “Pergunto aos juizes do meu País; o que faríeis perante uma lei que, invocando supostas razões de Estado, instituísse a prostituição obrigatória de nossas filhas e de nossas mulheres, ou que, em nome de pretensos motivos eugênicos, decretasse a mutilação de nossos filhos?”. In “Do Direito, do Estado e das suas relações”, Carlos Moreira, Boletim da Faculdade de Direito, 1958, Vol. XXXIV, página 2 e segs.

justiça, seja na sua elaboração seja na sua aplicação. No momento da elaboração, o postulado da justiça serviria como parâmetro ao poder constituinte na sua tarefa de elaboração da constituição, já na aplicação das normas constitucionais, os valores correspondentes ao justo serviriam de norte para a interpretação. Dessa forma, o poder constituinte estaria limitado pelos valores universais consubstanciados nos direitos humanos.

O controle sobre o poder constituinte poderia ser tanto social como judicial. Quanto ao controle social, a desconsideração dos valores éticos da comunidade poderia ocasionar a perda da efetividade da norma e também uma nova ruptura constitucional. De outro ponto, também seria possível o controle judicial sobre a norma constitucional injusta. Frente ao princípio da unidade hierárquico normativa da constituição, o Poder Judiciário não poderia declarar a inconstitucionalidade da norma constitucional por suposta violação a direito supraconstitucional uma vez que não poderia subverter o poder que o criou, sob pena de se transformar em um verdadeiro poder constituinte e se sobrepor aos demais poderes constituídos.

Entretanto, diante de uma norma constitucional flagrantemente injusta, o Poder Judiciário deve afastar sua aplicação ao caso concreto. A idéia de justiça encontra consenso em torno dos direitos humanos, sendo certo que o desrespeito da dignidade da pessoa humana não pode ser tolerada pela sociedade atual, muito menos ser abrigada pela constituição. Portanto, embora a constituição seja fruto da vontade popular, o princípio da democracia deve ter como fundamento a dignidade da pessoa humana.



BIBLIOGRAFIA

- “A Constituição burguesa: qu’est-ce que Le Tier État”, Emmanuel Joseph Sieyès, Rio de Janeiro: Liber Juris, 1986.
- “A Recepção da Declaração dos Direitos do Homem pela Constituição Portuguesa. Um fenômeno de conjugação de direito internacional e direito constitucional”, Jorge Miranda, *Revista de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro, n. 199, jan./mar, 1995.
- “Curso de Direito Constitucional”, Carlos Blanco de Moraes, Tomo 1, Editora Coimbra, 2ª Ed.
- “Curso de Direito Constitucional”, 4ª Ed., Ed. Saraiva, Paulo Gustavo Gonet Branco, Inocêncio Mártires Coelho e Gilmar Ferreira Mendes.
- “Critica del Derecho Natural”, “Justicia y derecho natural”, Hans Kelsen, obra coletiva, Tradução Elias Diaz, Taurus, Madrid, 1966.
- “Critica del Derecho Natural”, “El Derecho Natural”, A. Passerin d’Entreves Courmayeur, obra coletiva, Tradução Elias Diaz, Taurus, Madrid, 1966.
- “Declaração Universal dos Direitos do Homem e Constituição: a inconstitucionalidade de normas constitucionais”, Paulo Otero, *O Direito*, 1990, III-IV.
- “Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución”, Antonio Enrique Perez Luño, Tecnus, 6ª Ed., 1999, Madrid.
- “De la soberanía al derecho constitucional común: palabras clave para un diálogo europeo-latinoamericano”, Peter Haberle, tradução Héctor Fix-Fierro, Universidad Nacional Autónoma de México, 2011, série Ensayos Jurídicos - núm 12.
- “Direito e Democracia – entre facticidade e validade”, Jürgen Habermas, v. II, Tradução Flávio Beno Siebeneichler, Ed. Tempo Brasileiro, Rio de Janeiro, 1997.

- “Direito Constitucional e Teoria da Constituição”, J. J. Gomes Canotilho, Ed. Almedina, 7ª Ed.
- “Direitos Fundamentais: Introdução Geral”, José Melo Alexandrino, Principia Editora, 2ª Ed.
- “Direitos fundamentais e Justiça Constitucional em Estado de Direito Democrático”, Jorge Reis Novais, Coimbra Editora, 2012.
- “Direitos Humanos”, Ficha Informativa 16, Rev. I, Comitê dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais.
- “Do Direito, do Estado e das suas relações”, Carlos Moreira, Boletim da Faculdade de Direito, 1958, Vol. XXXIV.
- “Economia y Sociedad – esbozo de sociología comprensiva”, Max Weber, tradução José Medina Echavarría e outros, Fondo de Cultura Economica, Mexico, 1996, 2ª Ed, 10ª reimpressão.
- “Escritos de Derecho Constitucional”, Konrad Hesse, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1983.
- “Hermenêutica Constitucional – A sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: contribuição para interpretação pluralista e ‘procedimental’ da Constituição”, Peter Habberle, Tradução Gilmar Ferreira Mendes, Sergio Antonio Fabris Editor, Porto Alegre, 2002.
- “História das Idéias Políticas”, Diogo Freitas do Amaral, Volume II, Lisboa 1998.
- “Incorporation by Law”, Joseph Raz, Legal Theory, vol. 10, publicado pela Universidade de Cambridge, 2004.
- “Introdução à Filosofia do Direito”, Gustav Radbruch, tradução Jacy de Souza Mendonça, 3ª Ed. 1965.
- “Language, verdad y logica”, A. J. Ayer, Ed. Martinez Roca, Barcelona, 1971.
- “Legitimação pelo procedimento”, Niklas Luhmann, Ed. Universidade de Brasília, Tradução Maria da Conceição Côrte- Real.
- “Lições de Introdução ao Estudo do Direito”, Paulo Otero, I

- volume, 2º Tomo, 1999, Lisboa.
- “Lições de Introdução ao Estudo do Direito”, Paulo Otero, I volume, 1º Tomo, 1998, Lisboa.
- “Manual de Direito Constitucional”, Jorge Miranda, 6 ed. Coimbra, tomo II.
- “Manual de Direito Constitucional”, Jorge Miranda, 2 ed. Coimbra, tomo IV.
- “Metodologia da Ciência do Direito”, Karl Larenz, Fundação Calouste Gulbenkian, Lisboa.
- “Métodos de Trabalho do Direito Constitucional”, Friedrich Muller, 3ª Ed., Ed. Renovar.
- “Normas Constitucionais Inconstitucionais?”, Otto Bachof, Traduzido por José Manuel M. Cardozo da Costa, Ed. Atlântida, 1951.
- “O art. 45 da Constituição Federal e a Inconstitucionalidade de Normas Constitucionais”, Paulo Bonavides, Revista da Faculdade de Direito de Lisboa, 1995, vol. XXXVI.
- “O Conceito de Direito”, Hebert L. A. Hart, 6ª Ed., Ed. Fundação Calouste Gulbenkian, Tradução de A. Ribeiro Mendes.
- “O espírito das leis”, Montesquieu, São Paulo: Difusão Européia do Livro, 1962, v.1.
- “O império do direito”, Ronald Dworkin, tradução Jefferson Luiz Camargo, Martins Fontes, São Paulo, 2007.
- “Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976”, José Carlos Vieira Andrade, 5ª Ed., Ed. Almedina, 2012.
- “Os limites do poder constituinte e a legitimidade material da Constituição”, Luzia Marques da Silva Cabral Pinto, Boletim da Faculdade de Direito, STVDIA IVRIDICA 7, Universidade de Coimbra, Coimbra Editora, 1994.
- “Pensamento Sistemático e Conceito de Sistema na Ciência do Direito”, Claus- Wilhem Canaris, 5ª Ed., Editora Fundação Calouste Gulbenkian, tradução A. Menezes Cor-

deiro.

- “Teoría de la Constitución”, Carl Schmitt, versão espanhola de Francisco Ayala, Alianza Universidad Textos, Alianza Editorial, 1996.
- “Teoría de la Constitución”, Karl Loewenstein, Barcelona, 1964.
- “Teoria dos direitos fundamentais”, Robert Alexy, tradução Virgílio Afonso da Silva, Ed. Melheiros, 2008.
- “Teoria Pura do Direito”, Hans Kelsen, coleção studium, 1962.
- “The core of the case against Judicial Review”, Jeremy Waldron, The Yale Law Journal, 2006.
- “The Federalist Papers”, Hamilton, Madison e Jay, A Penn State Eletronic Classic series publication, The Pennsylvania State University, 2001.
- “Una metateoría del positivismo jurídico”, Roberto M. Jiménez Cano, Ed. Marcial Pons, Madrid, 2008.
- “Verdade e Método – traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica”, Hans- Georg Gadamer, Tradução Flávio Paulo Meurer e Ênio Paulo Giachini, Ed. Vozes, 3ª Ed., Petrópolis, 1999.