

**UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA CATARINA  
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS  
CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO**

**FELIPE DE MIRANDA GONÇALVES**

**OS LIMITES MATERIAIS DO PODER CONSTITUINTE ORIGINÁRIO COMO  
GARANTIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS**

**Florianópolis - SC  
2015**

**FELIPE DE MIRANDA GONÇALVES**

**OS LIMITES MATERIAIS DO PODER CONSTITUINTE ORIGINÁRIO COMO  
GARANTIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS**

Trabalho de Conclusão de Curso  
apresentado à banca examinadora da  
Universidade Federal de Santa Catarina como  
requisito parcial à obtenção do grau de  
bacharel em Direito.

**ORIENTADOR: PROF. DR. REINALDO PEREIRA E SILVA**

**Florianópolis - SC  
2015**



SERVIÇO PÚBLICO FEDERAL  
**UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA CATARINA**  
**COORDENADORIA DO CURSO DE DIREITO**  
CAMPUS UNIVERSITÁRIO REITOR JOÃO DAVID FERREIRA LIMA - TRINDADE  
CEP: 88040-900 - FLORIANÓPOLIS - SC  
TELEFONE (048) 3721-9292 - FAX (048) 3721-9815  
E-mail: cegd@ccj.ufsc.br

### TERMO DE APROVAÇÃO DE TCC

O presente Trabalho de Conclusão de Curso, intitulado “**Os limites materiais do poder constituinte originário como garantia dos direitos fundamentais**”, elaborado pelo(a) acadêmico **Felipe de Miranda Gonçalves**, defendida em 02/12/2015 e aprovado pela Banca Examinadora composta pelos membros abaixo assinados, obteve aprovação com nota 10,0 ( Dez ), cumprindo o requisito legal previsto no art. 10 da Resolução nº 09/2004/CES/CNE, regulamentado pela Universidade Federal de Santa Catarina, através da Resolução nº 01/CCGD/CCJ/2014.

Florianópolis, 2 de dezembro de 2015

Dr. Reinaldo Pereira e Silva  
Professor Orientador

André Soares de Oliveira  
Membro da banca

Marja Mangili Laurindo  
Membro da banca



SERVIÇO PÚBLICO FEDERAL  
**UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA CATARINA**  
**COORDENADORIA DO CURSO DE DIREITO**  
CAMPUS UNIVERSITÁRIO REITOR JOÃO DAVID FERREIRA LIMA - TRINDADE  
CEP: 88040-900 - FLORIANÓPOLIS - SC  
TELEFONE (048) 3721-9292 - FAX (048) 3721-9815  
E-mail: ccgd@ccj.ufsc.br

**TERMO DE RESPONSABILIDADE PELO INEDITISMO DO TCC E  
ORIENTAÇÃO IDEOLÓGICA**

Aluno (a): Felipe de Miranda Gonçalves

RG: 4.973.483 SSP/SC

CPF: 088.459.329-07

Matrícula: 11100234

Título do TCC: Os limites materiais do poder constituinte originário como garantia dos direitos fundamentais

Orientador: Dr. Reinaldo Pereira e Silva

Eu, Felipe de Miranda Gonçalves

acima qualificado(a); venho, pelo presente termo, assumir integral responsabilidade pela originalidade e conteúdo ideológico apresentado no TCC de minha autoria, acima referido.

Florianópolis, SC, 2 de dezembro de 2015

  
\_\_\_\_\_  
Felipe de Miranda Gonçalves

## RESUMO

Este trabalho tem como escopo demonstrar a existência de limites materiais à manifestação originária do Poder Constituinte. Para este fim, serão investigadas as diferentes formas de manifestação deste Poder, tanto em sua categoria inaugural ou originária, quanto em sua forma derivada, esta vinculada juridicamente àquela. Também, as diferentes perspectivas sob as quais o tema foi analisado pela teoria constitucional no decorrer da história, tanto conforme as correntes associadas ao jusnaturalismo, quanto ao juspositivismo, além dos diferentes sujeitos que, de acordo com o momento histórico, foram considerados titulares daquele Poder. Não obstante, pretende-se analisar a teoria dos direitos fundamentais, as diferentes dimensões desses direitos, o seu reconhecimento e proteção a nível internacional e o seu caráter de universalidade. Por fim, sob uma análise crítica da teoria tradicional do Poder Constituinte, será demonstrado que o caráter de ilimitabilidade que a teoria clássica reconheceu àquela Poder não se mostra compatível com a efetiva proteção dos direitos fundamentais. Desta forma, em sentido diverso da doutrina clássica da Soberania Nacional, que a esta força criadora da Constituição não reconhecia quaisquer limites senão os do direito natural, são revelados limites àquela este Poder. Limites, estes, baseados não em noções jusnaturalistas, mas no sentimento jurídico coletivo do povo e pelo sistema internacional de garantia dos direitos fundamentais.

Palavras-chave: Constitucionalismo. Poder constituinte. Soberania popular. Democracia. Direitos fundamentais.

## SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	
CAPÍTULO I – A TEORIA DO PODER CONSTITUINTE.....	9
O Poder Constituinte Originário.....	14
1.2 O Poder constituinte derivado e sua limitação.....	17
1.3 A Natureza do Poder Constituinte Originário.....	21
1.3.1 Concepções jusnaturalistas.....	21
1.3.2 Concepções juspositivistas.....	24
1.4 A titularidade do Poder Constituinte Originário.....	29
CAPÍTULO II – A TEORIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS.....	36
2.1 O desenvolvimento histórico dos direitos fundamentais e suas dimensões.....	38
2.2 A internacionalização dos Direitos Fundamentais.....	42
2.3 A universalidade dos direitos fundamentais.....	46
CAPÍTULO III – OS LIMITES MATERIAIS DO PODER CONSTITUINTE ORIGINÁRIO.....	48
3.1 Críticas às teorias tradicionais do Poder Constituinte Originário.....	48
3.2 Limites decorrentes do sentimento jurídico coletivo.....	53
3.3 Limites decorrentes do direito internacional.....	56
CONCLUSÃO.....	61
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	63

## INTRODUÇÃO

A partir dos movimentos constitucionalistas do século XVIII e, em especial da Revolução Francesa, a teoria constitucional tomou rumos inéditos. No auge do Iluminismo, surgiram novas concepções que mudaram sensivelmente a relação entre Estado e o povo que o compõe, baseadas no conceito de legitimidade popular e nos direitos considerados naturais a todos os homens. Com fins de superar os antigos alicerces divinos da soberania interna do Estado, sobre os quais se edificaram os regimes absolutistas, o constitucionalismo revolucionário deu origem a um novo conceito de fonte criadora da Constituição, baseado na razão: o Poder Constituinte Originário.

Poder este que, transcendendo a perspectiva formalista institucional da Constituição, se destinaria a desconstituir a ordem jurídica precedente e, de forma ilimitada e incondicionada quanto ao antigo regime, dar origem a uma nova Constituição, a qual seria não somente o fundamento do Estado, mas também cujo conteúdo serviria de limite ao poder dos governantes e garantia dos princípios e ideais da Nação. De lá para cá, a evolução histórica da teoria constitucional passou a reconhecer novas dimensões de direitos a integrar o núcleo garantístico da Constituição, além das liberdades individuais defendidas pelo constitucionalismo clássico. Passaram a abranger, dentre outros, os direitos econômicos e sociais, incluindo ainda direitos relacionados à solidariedade, fraternidade, quanto ao material genético, à democracia e à paz. Apesar dos múltiplos conteúdos, permanece constante a tônica da limitação do poder estatal e garantia de direitos considerados fundamentais, por meio da Constituição.

Contudo, aquele atributo de ilimitabilidade do Poder Constituinte Originário, como assim o revelou a história, não se mostra compatível com a garantia dos direitos fundamentais. Como consequência dos abusos cometidos durante a Segunda Guerra Mundial pelos regimes nazifascistas, os quais sob uma perspectiva juspositivista do direito desvincularam as normas criadas pelo Constituinte Originário de quaisquer conteúdos valorativos, exige-se uma reapreciação deste caráter ilimitado da inovação constitucional.

A ilimitabilidade da força criadora da Constituição culmina em riscos de retrocessos quanto aos direitos dos indivíduos, em especial daqueles que compõem as camadas minoritárias do povo, se justificando, portanto, uma necessária reavaliação da perspectiva clássica de soberania nacional. Partindo das compreensões pós-positivistas e neoconstitucionalistas, e pautando-se na universalidade dos direitos fundamentais e no seu reconhecimento pelo direito internacional, a moderna doutrina do Direito Constitucional sujeita o Poder Constituinte Originário a uma nova teorização, a demonstrar o reconhecimento de limites materiais a este Poder como garantia dos direitos fundamentais



## CAPÍTULO I – A TEORIA DO PODER CONSTITUINTE

Do estudo da formação e evolução histórica das Constituições extrai-se que qualquer Estado requer ou envolve a institucionalização jurídica do poder, se alicerçando num conjunto de regras básicas sobre as quais firma sua estrutura e organiza a sua atividade. Não obstante a variedade extraordinária de formas, conteúdos, maneiras de manifestação e as direções para que apontem, é incontroversa a necessidade de regras que sirvam de base, esteio de existência e legitimidade para o Estado. Este é o sentido institucional da Constituição ou sua acepção ampla<sup>1</sup>, porque corporifica e torna patente o Estado como instituição a qual, sem princípios normativos a regê-lo, não poderia subsistir. É sob esta perspectiva que são concebidas as Leis Fundamentais dos Estados desde a Antiguidade, o Estado estamental e o Estado Absoluto. Evoluindo somente ao mesmo passo da evolução das sociedades, assentadas em preceitos divinos ou no costume e raramente por escrito, tais estatutos não se propunham a regular senão muito esparsamente as atividades dos governantes, nem rigorosamente dispor sobre suas relações com os governados ou lhes reconhecer direitos perante o Soberano, mas sim servir de base para o Estado-instituição.

Foi somente a partir do século XVIII que, na era conhecida como Iluminismo, com o advento das revoluções intelectuais liberais em especial a francesa, há uma clara reavaliação do papel exercido pela realidade social, passando a Constituição a ser considerada em seu sentido material ou, a saber, como um conjunto de regras jurídicas que definem e regulam as relações do poder político. Reconhece-se, assim, um núcleo social do Estado, e um elemento dominante, titular e gestor o poder: uma necessária participação da Nação, da base social, no poder político. Desta forma, aproximam-se o elemento estático do Estado-Aparelho e o impulso dinâmico do Estado-Comunidade. Por conseguinte, a Constituição material consiste, por excelência, na força normativa da vontade política, a real fonte de validade do ordenamento jurídico e informadora dos seus princípios fundamentais<sup>2</sup>.

---

<sup>1</sup> MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional*. Tomo II. Coimbra: Coimbra, Limitada, 2000. p. 13.

<sup>2</sup> BOBBIO; Norberto, MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. Trad. Carmen C. Variale. *Dicionário de Política*. 12ª Ed. Brasília: Universidade de Brasília, 2004. v. 1. p. 260.

Do ponto de vista formal, isto é, considerado apenas de modo instrumental, o poder constituinte sempre existiu e sempre existirá, sendo assim um instrumento ou meio que estabelecer a Constituição, a forma de Estado, a organização e a estrutura da sociedade política. É, a esse aspecto, verdadeira técnica, mas técnica cuja neutralidade perante os regimes, valores ou ideologias se pode em verdade admitir, desde que tenhamos em vista tão somente assinalar, com a designação desse poder, a presença de uma vontade criadora ou primária, capaz de fundar instituições políticas de maneira originária.

Do ponto de vista material ou de conteúdo, considerado, porém como espécie e não como gênero, individualizado e não generalizado, formulado já em termos históricos no âmbito de uma teoria, que dele toma consciência, conforme aconteceu durante o século XVIII, o poder constituinte é conceito totalmente novo, com o objetivo de exprimir uma determinada filosofia do poder, incompreensível fora de suas respectivas conotações ideológicas.<sup>3</sup>

Intrinsecamente a estas correntes filosóficas e ideológicas do Iluminismo surgiram os movimentos constitucionalistas e se desenvolveu a teoria do Poder Constituinte, disseminando a ideia de que a esta Constituição em sentido material corresponde um Poder Constituinte, definido como poder do Estado de se auto-organizar e autorregular sob este estatuto e revelando-se, portanto, a máxima expressão da soberania dentro do Estado. Não obstante, esta teoria do poder constituinte não se confunde com o Poder Constituinte propriamente dito<sup>4</sup>, levando em conta que, como apontado anteriormente, este sempre existiu em todos os Estados, ao menos sob o ponto de vista institucional. O que propõem os movimentos constitucionalistas é a regulamentação constitucional do Estado conforme os novos princípios revolucionários da filosofia do contrato social, do pensamento antiautoritário, assim como os ideais de liberdade, igualdade, democracia e o Estado de direito.

Assim sendo, os idealizadores do constitucionalismo liberal só consideram o Estado como constitucional sob a condição de garantidor dos direitos dos indivíduos à liberdade, segurança e propriedade, em oposição ao Soberano<sup>5</sup>. Ainda, como preconizou Montesquieu, dever-se-ia limitar o poder do Soberano ao distribuí-lo entre outros

---

<sup>3</sup> BONAVIDES, Paulo: Curso de Direito Constitucional. 22ª ed. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 143.

<sup>4</sup> JEVEAUX, Giovanni Cardoso. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 1ª ed. Rio de Janeiro: Forense. p. 3.

<sup>5</sup> No ápice do movimento revolucionário francês, foi aprovada em 26 de agosto de 1789 a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, representação clara do conceito material de Constituição, conforme se extrai do seu art. 16: “Qualquer sociedade em que não esteja assegurada a garantia dos direitos, nem estabelecida a separação dos poderes não tem Constituição”. Os historiadores consideram este ato o marco simbólico da derrocada do absolutismo e o triunfante nascimento de uma Constituição civil fundamentada nos direitos naturais que cabem ao homem em virtude da sua existência.

órgãos, como Assembleia ou Parlamento, Ministros e Tribunais independentes. A Constituição serviria como garantia das conquistas revolucionárias em favor dos indivíduos, pormenorizando as regras do poder, estabelecendo limites e competências aos diversos órgãos e poderes por ela constituídos, aos quais compete seu exercício.

Observe-se, por sua vez, que não existe somente um constitucionalismo, mas vários, assim como a doutrina do Poder Constituinte não surgiu logo ou da mesma maneira em ambas as margens do Atlântico. A forma de expressão do modelo constitucional inglês surge como processo histórico de *revelação* da Constituição, confirmando a existência de liberdades radicadas no *corpus* do direito consuetudinário vigente. Já na experiência constituinte americana, o Poder Constituinte adquire centralidade política ao *dizer*, ou seja, registrar um corpo rígido de regras garantidoras de direitos e limitadoras de poderes. Destas, ambas contêm um mínimo de princípios, deixando ampla margem para aplicação empírica de acordo com as necessidades e conveniências.

Diferentemente, na França revolucionária, disseminou-se a doutrina de que o obscurantismo dos séculos de ignorância anteriores dera fruto a constantes erros na forma de governar os povos. Apesar de inspirada pela Revolução americana, sobretudo na declaração dos direitos do homem e pela formulação inglesa de uma monarquia constitucional, a experiência francesa iniciada no *século das luzes* visava a desconstituir a tradição e, através de um Poder Constituinte Originário autônomo e onipotente, *criar* uma nova ordem jurídica<sup>6</sup>. Ressalte-se que, na doutrina do Poder Constituinte pátria, prevalece a formulação francesa.

Apesar das diversas perspectivas, permanece uniforme o objetivo central do constitucionalismo: garantir direitos e impor um sistema de limites dos detentores do poder político<sup>7</sup>.

---

<sup>6</sup> CAETANO, Marcello. *Manual de Ciência Política e Direito Constitucional*. Tomo I. 6ª ed. Coimbra: Almedina, 1996. p. 93.

<sup>7</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7ª ed. Coimbra: Almedina, 2003. pgs. 66-72; WACHOWICZ, Marcos. *Poder Constituinte & transição constitucional: perspectiva histórico-constitucional*. Curitiba: Juruá, 2008. pgs. 71-76.

Conforme será demonstrado, a clássica doutrina francesa do Poder Constituinte revela duas formas distintas de manifestação deste Poder, sendo a segunda derivada da primeira e por ela condicionada: 1) o Poder Constituinte Originário, como a autoridade política que possui condições de criar uma Constituição, lei fundamental do ordenamento jurídico, de forma inaugural, ilimitada e incondicionada quanto à ordem jurídica precedente; 2) o Poder Constituinte Derivado, que na condição de poder constituído, ao mesmo tempo é constituinte, pois é exercido para rever ou emendar a Constituição de acordo com as mudanças necessárias para garantir sua vigência.

Ou seja, o Poder Constituinte Originário se manifesta como poder constituinte em sua pureza, criador da Constituição, a partir da qual se originam os demais poderes, ditos constituídos. Dentre estes Poderes constituídos se encontra o Poder Constituinte Derivado, cuja amplitude dispositiva é balizada pelo Originário a partir do qual se instituiu<sup>8</sup>.

Entretanto, a partir dos séculos XIX e XX, a Constituição, ao passo que se universaliza, perde a referência necessária ao conteúdo ideológico-material, passando a admitir quaisquer conteúdos<sup>9</sup>. Com o advento do juspositivismo e do pensamento cientificista que dominou o início do século, a esfera jurídica foi reduzida ao conjunto de normas em vigor, desvinculando o direito da moral e dos valores transcendentais. O Poder Constituinte Originário, na qualidade de poder de fato, não estaria adstrito a quaisquer limites jurídicos ou morais. Desta forma, a Constituição desprende-se do jusnaturalismo e do individualismo liberal, se relativiza e admite um conceito neutro: é o Estatuto do Estado, seja qual forem os seus valores constitucionais.

Os riscos aos quais esta construção sujeita o patamar mínimo dos direitos fundamentais foram explicitados com o fim da Segunda Guerra Mundial e a edição da Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948, dando início, assim, à moderna concepção do constitucionalismo, informada pela pré-compreensão da dignidade da pessoa humana e os compromissos supraconstitucionais do Estado.

---

<sup>8</sup> RUSSOMANO, Rosah. Curso de Direito Constitucional. 5ª ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos Editora, 1997. p. 35.

<sup>9</sup> MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional*. Tomo II. Coimbra: Coimbra, Limitada, 2000. p. 20.

Neste sentido, leciona Pereira e Silva:

No plano da nova hermenêutica constitucional, enredada com a dignidade da pessoa humana, é impossível proceder à “elaboração da compreensão jurídica” (interpretação) das regras e dos princípios constitucionais, mormente daqueles relacionados com os direitos fundamentais, sem que se pré-compreenda não apenas a linguagem em que se fala dos direitos fundamentais, mas também o ambiente político-ideológico que inspirou a ação do poder constituinte originário (pouvoir constituant originaire) e que, em sua textura aberta, deve orientar o trabalho dos intérpretes da Constituição (a coisa de que o texto trata em seus empenhos práticos). Tal ambiente político-ideológico, a partir da segunda metade do século XX, envolve a superação de uma concepção de constitucionalismo pautada pela identificação acrítica do direito à lei e da lei a toda deliberação legislativa arrebatada pela ideia formalista da vontade da maioria. A superação desta concepção reducionista do fenômeno jurídico – o ultrapassado constitucionalismo da separação dos poderes – é a responsável pelo aparecimento da concepção de constitucionalismo de que é tributária a nova hermenêutica constitucional e na qual a constatação da validade da ação estatal, além de critérios formais, igualmente se pauta pela observância de critérios materiais<sup>10</sup>.

Assim, a partir da segunda metade do século XX surge nova compreensão dos limites materiais do Poder Constituinte Originário. Esta teorização pós-positivista não retira a sua capacidade de renovar e modificar a ordem jurídica. Porém, não se admite que possa se insurgir contra a transcendentalidade dos direitos humanos fundamentais e contra a pluralidade do povo, considerando que a efetivação da democracia demanda reconhecimento desses direitos fundamentais. Não obstante, atualmente é reconhecida a função dos princípios decorrentes dos tratados e convenções internacionais provenientes da comunidade internacional em que os Estados necessariamente se inserem, os quais trazem uma nova perspectiva à soberania nacional, em prol da observância dos direitos fundamentais. Desta forma, à teoria do Poder Constituinte, que nasceu da necessidade da limitação do absolutismo em prol dos direitos fundamentais, passam a ser reconhecidos limites materiais, através do mesmo espírito garantístico.

O reconhecimento de limites materiais a este Poder Originário implica que sejam revistas posições consolidadas pelo constitucionalismo clássico e pelas teorias juspositivistas. Contudo, a construção que permite pormenorizar estes limites exige, em primeiro lugar, que sejam analisadas questões de fundo, como o reconhecimento do

---

<sup>10</sup> SILVA, Reinaldo Pereira e. *A Dignidade da Pessoa Humana como Condição de Possibilidade de Sentido*. In: Revista de Direito Privado, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais v. 06, n. 24 (dez. 2005). pgs. 235-236.

poder constituinte constituído enquanto derivado do Originário, a polémica doutrinária quanto à natureza jurídica ou fática deste Poder, além da questão de quem seria o titular ou *sujeito* deste poder e quem seria o *agente* legitimado para seu exercício.

### 1.1 O Poder Constituinte Originário

Conforme exposto, a teoria do Poder Constituinte Originário é fruto de um processo histórico-jurídico que surgiu contemporaneamente às primeiras Constituições escritas, e o seu desenvolvimento envolve questões fundamentais quanto à origem do Estado, as bases do poder político e as fontes do Direito. Situada a Constituição como fonte principal do Direito Constitucional, o Poder Constituinte Originário revela-se como “potência constituinte” a força produtora da Lei fundamental, que em sua expressão inicial e mais elevada de auto-ordenação, rompe a ordem jurídica anterior (aspecto *desconstituente*) e inaugura um novo ordenamento (aspecto *reconstituente*<sup>11</sup>). Representa, assim, a passagem do poder para o direito<sup>12</sup>. Soberano e inaugural, é a manifestação da vontade política suprema do povo, que institui e organiza os Poderes estatais, sendo, por este motivo, superior a eles.

Da seguinte forma entende Canotilho:

Perante a multiplicidade de conceitos e definições, veremos que, no fundo, o poder constituinte se revela sempre como uma questão de “poder”, de “força” ou de “autoridade” política que está em condições de, numa determinada situação concreta, criar, garantir ou eliminar uma Constituição entendida como lei fundamental da comunidade política.<sup>13</sup>

Com efeito, tal é a dimensão do rompimento da ordem jurídica preexistente com fins de instituir uma nova, que se mostram raras as circunstâncias que propiciam a manifestação do Poder Constituinte Originário. Determinada comunidade política adota um novo sistema constitucional, assumindo um novo destino, em tempos de viragem histórica<sup>14</sup>. Ou seja, em épocas de crise, quedas de regimes, e ocasiões privilegiadas

---

<sup>11</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 7ª ed. Coimbra: Almedina, 2003. p. 73.

<sup>12</sup> SALDANHA, Neto. *O Poder Constituinte*. 1ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1986. p. 65.

<sup>13</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 7ª ed. Coimbra: Almedina, 2003. p. 65.

<sup>14</sup> MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional*. Tomo II. Coimbra: Coimbra, Limitada, 2000. P. 77.

irrepetíveis, em que é possível ou imperativo que ela escolha um novo sentido para a ação do seu poder. As hipóteses de verificação de tais circunstâncias não podem ser catalogadas à priori, podendo ser apontados somente seus resultados típicos: a formação de um novo Estado, a transformação da sua estrutura ou a mudança de um regime político. Isto, porém, não retira a possibilidade de que um Estado, com a edição de uma nova Lei Fundamental, preserve-se o mesmo, histórica ou geograficamente, considerando que a, a novação promovida pelo Poder Constituinte Originário é de natureza político-jurídica. O Estado brasileiro de 1988, por exemplo, não é o mesmo de 1969, nem o de 1946, de 1937, de 1934, de 1891, ou de 1824<sup>15</sup>.

A direção que será dada a este impulso deflagrador, a decisão autônoma de qual o rumo a seguir, nisso consiste o conteúdo essencial da sua soberania, como leciona Jorge Miranda:

Esta supremacia política, existente em ambos os Estados, é muito diversa da que se possa descobrir em qualquer hierarquia de sociedades infraestatais. Leva consigo uma característica especial: é uma supremacia originária, porque quer o Estado federado quer o Estado federal têm poder próprio e cada um cria um sistema jurídico que é fonte de todos os que nele estão incorporados.

No plano interno, o Estado federado (tal como o Estado protegido ou qualquer outro Estado) possui, pois, necessariamente, soberania enquanto possui um poder originário de se organizar e reger. Originariedade significa não só auto-organização como ainda subsistência por si da ordem jurídica, a qual no Estado (mesmo no Estado federado) não depende, quanto à sua validade, de qualquer outra ordem jurídica estatal.<sup>16</sup>

Desta forma, sinteticamente o Poder Constituinte Originário foi concebido como inaugural, ilimitado, autônomo, de natureza pré-jurídica e permanente. Afinal, para que tal decisão consciente seja autêntica expressão da soberania do Poder Constituinte Originário, deve ser exercida de forma incondicionada, ou seja, livre de uma forma prefixada para manifestar sua vontade<sup>17</sup>. Contudo, a redefinição destes conceitos tem sido objeto de relevantes discussões e trabalhos doutrinários no constitucionalismo contemporâneo, de forma a enfrentar a noção clássica de que a nova ordem jurídica partiria “do zero”. Se é certo que o exercício do Poder Constituinte

---

<sup>15</sup> TEMER, Michel. *Elementos de Direito Constitucional*. 22ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. P. 35.

<sup>16</sup> MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional*. Tomo III. Coimbra: Coimbra, Limitada, 2000. P. 178.

<sup>17</sup> FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *O Poder Constituinte*. 3ª ed. São Paulo: Saraiva. 1999. P. 14.

Originário se associa a momentos de ruptura constitucional, quedas de regime e transições constitucionais, igualmente se conclui que ele não surge num vácuo histórico-cultural<sup>18</sup>.

É tendência da teoria clássica do poder constituinte a deturpação dos prementes conceitos constitucionais, por coisificar o ser humano, desconsiderando as forças político-culturais pluralísticas que condicionam o Poder Constituinte Originário. A legitimidade popular e o princípio democráticos passam a limitar a manifestação constituinte devendo esta garantir a manutenção dos direitos fundamentais justamente por sua natureza democrática e universalista. O Poder Constituinte, que em tese seria um poder absoluto, é ao mesmo tempo condicionado pelo grau de consciência cultural e as correntes filosófico-jurídicas do povo e dos seus representantes. É na proporção dos seus alcances que se encontram as suas próprias limitações. No contexto a que evoluiu a doutrina do Direito Constitucional do presente século, seria inconcebível, por exemplo, a criação de uma nova ordem jurídica que estabeleça o feudalismo ou restabeleça a escravatura.<sup>19</sup> Desta forma, é a partir de certos princípios como a dignidade da pessoa humana, justiça, liberdade, igualdade e democracia que se poderá avaliar o conteúdo e a legitimidade de uma Constituição.

Falar de poder constituinte é falar de democracia. Na era moderna, os dois conceitos foram quase sempre correspondentes e estiveram inseridos num processo histórico que, com a aproximação do século XX, fez com que se identificassem cada vez mais. Em outros termos, o poder constituinte não tem sido considerado apenas a fonte onipotente e expansiva que produz as normas constitucionais de todos os ordenamentos jurídicos, mas também o sujeito desta produção, uma atividade igualmente onipotente e expansiva. Sob este ponto de vista, o poder constituinte tende a se identificar com o próprio conceito de política, no sentido com que este é compreendido numa sociedade democrática. Portanto, qualificar constitucional e juridicamente o poder constituinte não será simplesmente produzir normas constitucionais e estruturar poderes constituídos, mas sobretudo ordenar o poder constituinte enquanto sujeito, regular a política democrática.<sup>20</sup>

---

<sup>18</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 7a ed. Coimbra: Almedina, 2003. p. 82.

<sup>19</sup> WACHOWICZ, Marcos. *Poder Constituinte & transição constitucional: perspectiva histórico-constitucional*: Juruá, 2008. p. 49.

<sup>20</sup> NEGRI, Antonio. *O Poder Constituinte: Ensaio sobre as alternativas da modernidade*. Trad. Adriano Pilatti. 1ª ed. Rio de Janeiro: DP&A, 2002. p. 7.



## 1.2 O Poder Constituinte Derivado e sua limitação

Conforme exposto, a teoria do Poder Constituinte classifica sua manifestação originária na medida de sua soberania, devido à sua capacidade de decisão em última instância, não se achando submetido a qualquer preceito anterior de direito positivo<sup>21</sup>. Afirma-se e atua por si, sem que outro órgão o possa conter ou substituir, revelando-se Poder Constituinte em sua pureza, que inaugura uma nova ordem jurídica a cada oportunidade que se manifesta e, por conseguinte, institui um novo Estado, servindo de base sobre a qual se levantam os demais Poderes, determinando-lhes suas competências e limites.

É cediço que as Constituições escritas se destinam a vigorar durante longo período. Contudo, perdem-se nas dobras do tempo as Leis supremas que em suas épocas eram proclamadas como fixas<sup>22</sup>, à medida em que os valores e preceitos jurídicos da sociedade que as proclamaram evoluem e se adaptam ao longo da história. Assim sendo, há de se prever, no texto constitucional, um processo para sua alteração, sem que para tal desiderato seja necessário o rompimento da ordem jurídica em vigor.

Neste sentido, dispõe Rosah Russomano:

É dizer – com a vitória do constitucionalismo, decorrente do pensamento que vai ao arripio do arbítrio e do despotismo, em se consagrando a dominância das Constituições escritas, não se lhes deferiu um grau de definitiva permanência na História de cada Estado. Deferiu-se-lhes, sim, na expressão da doutrina, “uma imutabilidade relativa”.  
A relatividade advém do fato de que, sendo o Direito vida, o que significa dinamismo, deve harmonizar, constantemente, as novas demandas trazidas pela evolução com as tradições históricas.<sup>23</sup>

Este processo de *mutação formal da Constituição* se revela por meio das reformas, emendas e revisões constitucionais, o qual será exercido dinamizando-se um Poder competente, que se acha consagrado na própria Constituição e dela provém, o qual atuará mediante o rito nela previsto<sup>24</sup>. A partir do seu reconhecimento como

---

<sup>21</sup> PINTO, Ferreira. Princípios do Direito Constitucional moderno. 5ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1971. Tomo I. P. 91.

<sup>22</sup> Rosah Russomano, na página 34 de seu Curso de Direito Constitucional, cita, como exemplo, o Código de Hamurabi.

<sup>23</sup> RUSSOMANO, Rosah. Curso de Direito Constitucional. 5ª ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos Editora, 1997. P. 34.

<sup>24</sup> RUSSOMANO, Rosah. Curso de Direito Constitucional. 5ª ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos Editora, 1997. P. 35.

manifestação do Poder Constituinte, a este Poder foram atribuídas diversas denominações pela doutrina, sendo chamado por Luis Sánches Agesta de *constituente constituído*, por Garcia Pelayo, de *poder constituinte derivado*, por Burdeau, *poder constituinte instituído*, ainda, por Pontes de Miranda, de *poder constituinte de segundo grau* e, de forma mais simples, por Nelson de Souza Sampaio, *poder reformador*<sup>25</sup>.

Ferreira Filho reconhece o pressuposto lógico da existência do Poder Constituinte Originário, na sua dimensão de superioridade diante dos demais poderes constituídos e, portanto, limitados por aquele. De fato, o poder constituinte derivado, por ser poder *jurídico* e não *político* ou *de fato*, à medida que surge mediante previsão em uma norma superior que lhe atribui validade e competências<sup>26</sup>, deve ser exercido em conformidade com os princípios e formalidades constitucionalmente estabelecidos:

O reconhecimento de um poder capaz de estabelecer as regras constitucionais, diverso do de estabelecer regras segundo a Constituição, é, desde que se pretenda serem aquelas superiores a estas, uma exigência lógica. A superioridade daquelas, que se impõe aos próprios órgãos do Estado, deriva de terem uma origem distinta, provindo de um poder que é fonte de todos os demais, pois é o que constitui o Estado, estabelecendo seus poderes, atribuindo-lhes, limitando-lhes a competência: o Poder Constituinte. Deve-se, portanto, reconhecer a existência de um Poder Constituinte do Estado e dos poderes deste (os quais são, por este motivo, ditos constituídos). (...)<sup>27</sup>

A competência reformadora<sup>28</sup> é comumente atribuída ao Poder Legislativo que a Constituição instituiu, assim como o é no ordenamento jurídico brasileiro da Constituição de 1988. Seu exercício estaca, porém, diante de diversas limitações pré-estabelecidas. Dentre as limitações constitucionalmente explicitadas, ganham destaque

---

<sup>25</sup> MALUF, Sahid. Direito Constitucional. 19ª ed. São Paulo: Saraiva, 1986. P. 61. BOBBIO; Norberto, MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. *Dicionário de Política*. Trad. Carmen C. Variale. 12ª Ed. Brasília: Universidade de Brasília, 2004. v. 1. p. 261.

<sup>26</sup> CRUZ, Paulo Márcio. Fundamentos de Direito Constitucional. 1ª ed. Curitiba: Juruá, 2002. P. 66; FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. Curso de Direito Constitucional. 26ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010. P. 21.

<sup>27</sup> FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. Curso de Direito Constitucional. 26ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010 P. 20.

<sup>28</sup> Utilizou-se nesta oportunidade a expressão *competência reformadora*, em referência ao entendimento de parte dos doutrinadores, os quais sustentam que através desta competência são criadas normas constitucionais, por força de reforma. Contudo, consideram que o poder constituinte derivado seja fruto somente da emanção normativa indireta da soberania popular, não podendo ser elevado ao patamar de Poder Constituinte. Nesse sentido, Michel Temer, que na página 36 da obra *Elementos de Direito Constitucional* demonstra estar filiado a esta tese.

as chamadas Cláusulas Pétreas<sup>29</sup>, previstas no art. 60, §4º da Constituição Federal, que delimita as matérias que não admitem restrição por força de emenda constitucional:

Art. 60, § 4º - Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir:

I - a forma federativa de Estado;

II - o voto direto, secreto, universal e periódico;

III - a separação dos Poderes;

IV - os direitos e garantias individuais.

Além dos limites explícitos supracitados, na Constituição federal são reconhecidos limites implícitos ao exercício do poder constituinte reformador. Por decorrência do sistema, determinadas mudanças constitucionais são inadmissíveis, como, por exemplo, temerosa emenda constitucional aprovada sem a observância do procedimento e requisitos previstos no seu art. 60.<sup>30</sup> Tendo a Constituição estabelecido procedimento rígido para a reforma constitucional<sup>31</sup>, não pode o órgão a quem se atribuiu a competência para tal reforma modificar o critério de rigidez pré-estabelecido, sob pena de violar os limites determinados pela vontade do Constituinte Originário.<sup>32</sup>

Ou seja, considera-se *flexível* a Constituição que permite ao legislador ordinário modificá-la sempre que entender, não funcionando a Constituição por si só de meio eficaz de limitação jurídica. Nesses casos, as leis constitucionais devem sua autoridade ao grau seu de harmonia com os interesses e sentimentos da Nação. Mas somente à medida que for dotada de *rigidez*, a Constituição poderá organizar e conter eficazmente os *poderes constituídos* dentro dos limites traçados pelo Poder Constituinte Originário que o antecedeu<sup>33</sup>.

---

<sup>29</sup> Entende-se que as chamadas Cláusulas Pétreas representam limites materiais à atuação do poder constituinte derivado, pois envolve limites de cunho substancial da Constituição, normas pertinentes ao exercício da autoridade, à forma de governo e aos direitos fundamentais.

<sup>30</sup> ARAÚJO, Luiz Alberto David; NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. Curso de Direito Constitucional. 16ª Ed. São Paulo: Verbatim, 2011. Pgs. 42-43.

<sup>31</sup> FERREIRA, Wolgran Junqueira. Elementos de Direito Constitucional. 2ª ed. São Paulo: Juriscredi, 1972. P. 18.

<sup>32</sup> TEMER, Michel. Elementos de Direito Constitucional. 22ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. P. 38.

<sup>33</sup> CAETANO, Marcello. *Manual de Ciência Política e Direito Constitucional*. Tomo I. 6ª ed. Coimbra: Almedina, 1996. p. 345.

O que se observa, afinal, é o valor garantístico da rigidez das Constituições<sup>34</sup>. De fato, estando as leis ordinárias localizadas em posição hierarquicamente inferior no sistema normativo, assim como o poder constituinte derivado se encontra limitado pelas determinações da sua manifestação originária, reputar-se-ão viciadas por inconstitucionalidade as leis ou emendas constitucionais opostas ao disposto na Constituição. Uma lei ou Emenda que não respeite a Constituição carece de força obrigatória, não é válida, acarretando sua nulidade ou ineficácia. Consequentemente, pode-se dizer que o reconhecimento de inconstitucionalidade das leis ordinárias e das emendas constitucionais é por si só uma garantia aos princípios e direitos fundamentais que formam o núcleo essencial da Constituição material, limitação jurídica do poder dos governantes e instrumento de efetividade e permanência do movimento Constituinte Originário que estabeleceu a nova ordem jurídica.

Os textos, as doutrinas, os princípios, tudo vale pouco se não for vivido. A primeira realidade política é o homem. Por isso, as constituições eloquentes e majestosas declarações de direitos, os parlamentos e os tribunais, serão processos vãos se não corresponderem a crenças, convicções e necessidades que os tornem efectivos e respeitados.

Como já trás dissemos, as melhores Constituições não são as mais bem pensadas e mais bem escritas, mas as que mais exactamente correspondem à feição de um Povo, demonstrada por uma longa e sincera experiência colectiva.<sup>35</sup>

Desta forma, se reconhece o papel garantidor que as limitações do poder constituinte derivado representam, e os riscos que derivam da falta de quaisquer limites materiais ao exercício do poder em todas as suas formas. O que propõe o presente trabalho é, assim, demonstrar a função que a transposição da noção de limites materiais própria do poder constituinte derivado para a atuação do Poder Constituinte Originário representa em nome da garantia dos direitos fundamentais dos indivíduos.

---

<sup>34</sup> Gilmar Ferreira Mendes, em seu Curso de Direito Constitucional Tais cláusulas de garantia traduzem, em verdade, um esforço do constituinte para assegurar a integridade da Constituição, obstando a que eventuais reformas provoquem a destruição, o enfraquecimento ou impliquem profunda mudança de identidade. É que, como ensina Hesse, a Constituição contribui para a continuidade da ordem jurídica fundamental, na medida em que impede a efetivação de um suicídio do Estado de Direito Democrático sob a forma da legalidade. Nesse sentido pronunciou-se o Tribunal Constitucional alemão, asseverando que o constituinte não dispõe de poderes para suspender ou suprimir a Constituição. Cf. MENDES, Gilmar Ferreira.

<sup>35</sup> CAETANO, Marcello. *Manual de Ciência Política e Direito Constitucional*. Tomo I. 6ª ed. Coimbra: Almedina, 1996. p. 349.

### 1.3 A natureza do Poder Constituinte Originário

Estabelecidos os preceitos iniciais da conceituação doutrinária do Poder Constituinte Originário, e antes que seja possível discorrer sobre a quem pertence titularidade do seu exercício e quais os seus limites, é necessário apontar os aspectos principais do espaço controvertido na doutrina quanto à fundamentação e natureza última deste Poder: Numa concepção, o Poder Constituinte Originário se baseia em fundamento fático – sendo, pois, *força*, e se impondo *poder de fato*, fora do direito<sup>36</sup>; Outra lhe confere fundamento *jurídico* e, por isso, proveniente de noção jurídica anterior ao Estado que estrutura. A discussão busca responder, ainda, em qual medida deve o seu exercício ser informado por valores sociais e éticos<sup>37</sup>.

#### 1.3.1 Concepções jusnaturalistas

O sistema filosófico-jurídico conhecido como jusnaturalismo reconhece a existência de um direito natural. Desta forma, haveria um conjunto de valores humanos e direitos fundamentais legítimos que não são derivados do Estado, e lhe precedem (pré-estatalidade e supraestatalidade). Ou seja, estes direitos caracterizados como inalienáveis, imprescritíveis, irrenunciáveis, absolutos e universais se desenvolvem independentemente do direito positivo. Legitimado por uma ética superior, o direito natural encontra validade e legitimidade em si mesmo, estabelecendo limites, inclusive, às normas estatais.<sup>38</sup>

O rótulo genérico jusnaturalismo é utilizado em referências a fases históricas diversas e a conteúdos heterogêneos. Apesar das múltiplas variantes, o estudo do direito natural revela suas duas versões: a) Uma lei proveniente da vontade de Deus; b) Uma lei ditada pela razão. De fato, a perspectiva histórica dos direitos fundamentais e do moderno Estado constitucional revela que estes direitos não se originaram na idade antiga, mas foi no mundo antigo, por meio da religião e da filosofia, que surgiram

---

<sup>36</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7ª ed. Coimbra: Almedina, 2003. P. 67

<sup>37</sup> WACHOWICZ, Marcos. *Poder Constituinte e Transição Constitucional: Perspectiva Histórico-Constitucional*. Curitiba: Juruá, 2008. P. 32.; RUSSOMANO, Rosah. *Curso de Direito Constitucional*. 5ª ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos Editora, 1997. P. 28.

<sup>38</sup> MORAES, Guilherme Braga Peña. *Dos Direitos Fundamentais: Contribuição para uma Teoria*. 1ª ed. São Paulo: LTR. p. 81.

algumas ideias-chave que posteriormente dariam origem aos direitos fundamentais do homem<sup>39</sup>. Os valores da dignidade da pessoa humana, da liberdade e da igualdade entre os homens devem sua origem à filosofia clássica, em especial a greco-romana e o pensamento cristão.

A partir do século XVI, e em especial nos séculos XVII e XVIII o jusracionalismo atinge o seu apogeu, passando, a doutrina do direito natural por um processo de laicização por meio das teorias contratualistas, as quais identificavam direitos inalienáveis dos indivíduos, contudo fundados na razão e da própria natureza humana. Apesar de que em sua maior parte fossem deístas ou mesmo cristãos<sup>40</sup>, buscaram os seus idealizadores uma justificativa fundamentalmente jurídica para o ordenamento, em negação ao ambiente teológico em que se desenvolveu.

Sobre os diversos autores que solidificaram a doutrina jusnaturalista, discorre Wachowicz:

Cabe notar o esforço teórico das diversas escolas de Direito Natural: a Escola Tomista que, em plena Idade Média, cristalizava o pensamento aristotélico e, assim, ressaltava a razão e a inclinação de sociedade do homem; a escola de Direito Natural e das Gentes, tendo como expoentes Hugo Grócio e Emmanuel Kant, sendo que o primeiro, ao desenvolver as ideias e princípios básicos, conseguiu explicar, pela primeira vez, o Direito como ciência dotada de autonomia inteiramente desvinculada da Teologia, bem como teve o valor de dar ao Estado fundamento eminentemente terreno e, outro, a quem se deve a sistematização do Direito Natural. Segundo Kant, o Direito e o Estado surgem para garantir fundamentalmente a liberdade, princípio em que se assemelham obrigatoriamente.<sup>41</sup>

Cresce o ideal de liberdade e conhecimento fundado na razão, em confronto com os regimes absolutistas até então dominantes<sup>42</sup>, passando o homem a ser titular uma esfera de direitos naturais e liberdades a serem preservados pelo Estado, além de

---

<sup>39</sup> MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional*. Tomo I. 6ª ed. Coimbra: Limitada, 1997. p. 52.

<sup>40</sup> HESPANHA, Antônio Manuel. *Cultura Jurídica Europeia: Síntese de um Milênio*. 1ª ed. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2009. p. 298.

<sup>41</sup> WACHOWICZ, Marcos. *Poder Constituinte & transição constitucional: perspectiva histórico-constitucional*. 2ª ed. Curitiba: Juruá, 2008. p. 33.

<sup>42</sup> BARROSO, Luís Roberto. *A Nova Interpretação Constitucional: Ponderação, direitos fundamentais e relações privadas*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. Pgs. 18 - 20.

titulares do poder dos cidadãos de se auto-organizarem<sup>43</sup>. Neste desiderato foi de essencial importância a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789, que instaurou a ordem burguesa na França.

(...) A Revolução Francesa e sua Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão (1779) e, anteriormente, a Declaração de Independência dos Estados Unidos (1776), estão impregnadas de ideias jusnaturalistas, sob a influência marcante de John Locke, autor emblemático dessa corrente filosófica e do pensamento contratualista, no qual foi antecedido por Hobbes e sucedido por Rousseau. Sem embargo da precedência histórica dos ingleses, cuja *Revolução Gloriosa* foi concluída em 1689, o Estado liberal ficou associado a esses eventos e a essa fase da história da humanidade. O constitucionalismo moderno inicia sua trajetória.<sup>44</sup>

Sob a ótica jusnaturalista, o poder de instituir, a qualquer tempo, uma nova ordem encontra-se fora e acima dos poderes até então constituídos e vigentes, assim como de todo o sistema jurídico positivo e das instituições vigentes. Assim, o Poder Constituinte Originário caracteriza-se como inicial e incondicionado e ilimitado quanto ao direito preexistente. Encontra, contudo, seu fundamento de validade e seu limite de atuação, devendo respeitar tão somente nos princípios de direito natural, a partir do qual se justifica para a superação do Velho Regime. Elevam-se, assim, tais princípios eternos como condição de legitimidade e eficácia do direito positivo, podendo verificar-se norma positiva ilegítima, à medida que vulnerasse direitos próprios ao ser humano<sup>45</sup>.

Por fim, com a vitória das revoluções burguesas e o advento do Estado liberal, iniciou-se o movimento de codificação do direito natural em textos escritos. Contudo, foi este êxito em sua universalização que preparou o caminho para sua derrocada e superação histórica, no início do século XIX, a partir da incorporação dos direitos naturais aos ordenamentos positivos. Consideradas metafísicas e anticientíficas, as concepções jusnaturalistas do Poder Constituinte Originário foram substituídas pela nova dogmática constitucional do juspositivismo.

---

<sup>43</sup> Manoel Gonçalves Ferreira Filho, em sua obra *O Poder Constituinte*, pgs. 57 e 56, descreve a relevância central do direito natural à liberdade ao se admitir a juridicidade do Poder Constituinte Originário. Ora, considerando que dentre os direitos naturais do homem se encontra o direito à liberdade, ou seja, autodeterminação individual, de igual forma todos os homens teriam o direito natural de autodeterminar sua vida coletiva. Não seria, portanto, o Poder Constituinte Originário mera força social, mas sim um poder de direito, que decorre, para a coletividade, da ordem jurídica natural.

<sup>44</sup> BARROSO, Luís Roberto. *A Nova Interpretação Constitucional: Ponderação, direitos fundamentais e relações privadas*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 21.

<sup>45</sup> FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *O Poder Constituinte*. 12ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 56.

### 1.3.2 Concepções juspositivistas

O positivismo jurídico é derivado da importação do positivismo filosófico para o mundo do direito, visando à criação de uma ciência jurídica, análoga às ciências naturais e desenvolvida pelos mesmos métodos. Surgido no contexto da Revolução Industrial, da consolidação do capitalismo e o liberalismo econômico como resposta às exigências da burguesia em ascensão no século XIX, visava a conter as relações pessoais e patrimoniais que embasavam o poder tradicional recorrendo a uma impessoalização e formalização do poder, sob uma ótica *racional-legalista*. Seu espírito inicial era, assim, de subordinar o Soberano a leis predominantemente gerais e abstratas, e não a atos particulares, privilégios ou estatutos pessoais. Surgindo como instrumento contra a arbitrariedade, se propõe a dotar a ação do Estado de previsibilidade, em nome da segurança jurídica. Desta forma, o exercício do poder estatal se declara submetido a suas próprias normas, editadas sob o âmbito do Estado e considerado, portanto, poder *sub lege*. Não obstante, é exercido sob exigências formais nas relações com os cidadãos, considerado, assim, poder *per leges*.<sup>46</sup>

Este viés de pura legalidade, como será demonstrado, implica no esgotamento do âmbito jurídico, e na total identificação entre Direito e Estado (estatalidade<sup>47</sup>). Reduzido o âmbito da juridicidade à ação estatal e culminando no voluntarismo estatista, não existiria, desta forma, ação estatal contrária ao direito. Ou seja, todo Estado seria um Estado de direito, desvinculado este conceito de quaisquer pressupostos ideológicos de legitimidade.

Neste sentido, segundo Kelsen:

Então, a tentativa de legitimar o Estado como Estado “de Direito” revela-se inteiramente infrutífera, porque - como já foi acentuado - todo Estado tem de ser um Estado de Direito no sentido de que todo Estado é uma ordem jurídica. Isto, no entanto, não coenvolve qualquer espécie de juízo de valor político. A limitação já referida do conceito de Estado de Direito a um Estado que corresponda às exigências da democracia e da segurança jurídica, implica a idéia de que apenas uma ordem coercitiva assim configurada pode ser tida como “verdadeira” ordem jurídica. Uma tal suposição, porém, é um preconceito jusnaturalista. Também uma ordem coerciva relativamente centralizada que tenha caráter autocrático e, em virtude da sua flexibilidade ilimitada, não ofereça qualquer espécie de segurança jurídica, é uma ordem

---

<sup>46</sup> CARDEMATOARI, Sergio. *Estado de Direito e Legitimidade*. 2ª ed. Campinas: Millenium, 2007. p. 4.

<sup>47</sup> REALE, Miguel. *Teoria do Direito e do Estado*. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 2000. p. 247.



jurídica e a comunidade por ela constituída - na medida em que se distinga entre ordem e comunidade - é uma comunidade jurídica e, como tal, um Estado. Do ponto de vista de um positivismo jurídico coerente, o Direito, precisamente como o Estado, não pode ser concebido senão como uma ordem coerciva de conduta humana - com o que nada se afirma sobre o seu valor moral ou de Justiça. E, então, o Estado pode ser juridicamente apreendido como sendo o próprio Direito - nada mais, nada menos<sup>48</sup>.

Desvinculando o Direito da moral e de quaisquer valores transcendentais, pretende o juspositivismo a busca da objetividade científica, com ênfase na observação da realidade, ou seja, emitindo exclusivamente juízos de fato e afastando-se de especulações filosóficas, à medida que estas envolvem juízos de valor. Calcado nos parâmetros de experiência, objetividade e universalidade, o juspositivismo afasta às margens do direito quaisquer discussões acerca de temas como legitimidade e conceitos valorativos (construções metafísicas e jusnaturalistas), à medida que eram consideradas questões eminentemente extrajurídicas<sup>49</sup>.

Assim como se admitia no Estado de Direito jusnaturalista, o instrumento de defesa que o cidadão dispõe contra atos ofensivos da lei e dos seus direitos seria a função jurisdicional do Estado e os seus tribunais. Contudo, os seus direitos individuais são apenas os que a lei positiva concede. Ou seja: não há direitos individuais anteriores e superiores ao Estado, mas somente a lei positiva. Ora, se o direito previsto na lei do Estado lhe nega os direitos individuais, nada poderá fazer senão acatá-la<sup>50</sup>. Neste sentido, a teoria juspositivista, que surgira para eliminar arbítrios subjetivos e privilégios pessoais se transforma em verdadeiro *cárcere de legalidade*.

Quanto ao plano constitucional, o juspositivismo pretende abreviar as reflexões sobre a origem da Constituição a uma conceituação legalista, examinando-a como lei técnica de organização do poder, exteriorização formal e apolítica de direitos<sup>51</sup>. Resultado lógico desta restrição é reconhecer que a Constituição não deve a sua origem a um poder de direito, porquanto é a partir dela que parte a ordem jurídica. Sua natureza

---

<sup>48</sup> KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. Trad. João Baptista Machado. 6ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 1999. p. 233.

<sup>49</sup> WOLKMER, Antônio Carlos. *Síntese de uma História das Ideias Jurídicas: da Antiguidade Clássica à Modernidade*. 2ª ed. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2008.

<sup>50</sup> CAETANO, Marcello. *Manual de Ciência Política e Direito Constitucional*. Tomo I. 6ª ed. Coimbra: Almedina, 1996. p. 323.

<sup>51</sup> BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 22ª ed. São Paulo: Malheiros, 2008. P. 170.

seria, assim poder de puro fato, ou simplesmente uma força social, fora do direito, derivada de um pressuposto lógico-transcendental<sup>52</sup>, objeto de estudo de ciências extrajurídicas como a sociologia.

De fato, em contraposição às teses jusnaturalistas, a validade da norma decorre não de seu conteúdo valorativo, nem do seu respeito aos direitos naturais do indivíduo, mas sim do procedimento seguido para sua criação, sob uma perspectiva eminentemente formalista. Isso implica na ilimitabilidade material do Poder Constituinte: por preceder o Direito, não se sujeita a preceitos jurídicos, podendo a ordem normativa por ele emanada receber qualquer conteúdo<sup>53</sup>.

O verdadeiro conceito da Constituição foi objeto de estudo de Ferdinand Lassale, que em conferência realizada em 1863 com intelectuais e operários da antiga Prússia, expôs a sua teoria sociológica da Essência da Constituição. Sob um caráter estritamente científico, Lassale identificou na Lei Fundamental seu caráter mais firme, sagrado e imóvel do que uma lei comum<sup>54</sup>, determinada simplesmente pelas forças resultantes das relações de poder dominantes no Estado. Desta forma, existiria em todas as nações uma Constituição efetiva e verdadeira, formada pelos fatores reais de poder dentro do país. Por outro lado, esta Constituição real se distinguiria das Constituições escritas. O *documento* chamado Constituição não passaria de uma *folha de papel*, cuja capacidade regulatória estaria adstrita à sua compatibilidade com a Constituição real.

---

<sup>52</sup> Considerando a natureza extrajurídica da força que institui a Constituição, Hans Kelsen propõe um pressuposto lógico-fundamental para a sua força normativa, em sua Teoria Pura do Direito, pgs. 141-142: “A resposta epistemológica (teorético-gnoseológica) da Teoria Pura do Direito é: sob a condição de pressupormos a norma fundamental: devemos conduzir-nos como a Constituição prescreve, quer dizer, de harmonia com o sentido subjetivo do ato da vontade constituinte, de harmonia com as prescrições do autor da Constituição. A função desta norma fundamental é: fundamentar a validade objetiva de uma ordem jurídica positiva, isto é, das normas, postas através de atos de vontade humanos, de uma ordem coerciva globalmente eficaz, quer dizer: interpretar o sentido subjetivo destes atos como seu sentido objetivo”.

<sup>53</sup> CARDEMATORI, Sergio. *Estado de Direito e Legitimidade*. 2ª ed. Campinas: Millenium, 2007. p. 14

<sup>54</sup> LASSALE, Ferdinand. *A Essência da Constituição*. Trad. Walter Stonner. 9ª Ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 9.

Assim escreveu Lassale, sobre o seu entendimento quanto à essência da Constituição:

Repito, novamente: de onde provém essa aspiração, própria dos tempos modernos, de possuir uma constituição escrita? (...) Somente pode ter origem no fato de que nos elementos reais do poder imperantes dentro do país se tenha operado uma transformação. Se não se tivessem operado transformações nesse conjunto de fatores da sociedade em questão, se esses fatores do poder continuassem sendo os mesmos, não teria fundamento que essa mesma sociedade desejasse uma Constituição para si. Acolheria tranquilamente a antiga, ou, quando muito, juntaria os elementos dispersos num único documento, numa única Carta Constitucional.<sup>55</sup>

Questões constitucionais não seriam, assim, questões jurídicas, mas políticas. Esta concepção do Direito Constitucional identifica uma permanente situação de conflito observado na história constitucional e na práxis política: o conteúdo fundamental da Constituição política, a saber, as disposições de índole não propriamente técnica sucumbem perante a Constituição real e as forças de poder nela descritas.

Sobre esta noção sociológica, explica Hesse:

Essa negação do direito constitucional importa na negação do seu valor enquanto ciência jurídica. Como toda ciência jurídica, o Direito Constitucional é ciência normativa; diferencia-se, assim, da Sociologia e da Ciência Política enquanto *ciências da realidade*. Se as normas constitucionais nada mais expressam do que relações fáticas altamente mutáveis, não há como deixar de reconhecer que a ciência da Constituição jurídica constitui uma ciência jurídica na ausência de direito, não lhe restando outra função senão a de constatar e comentar os fatos criados pela *Realpolitik*. Assim, o Direito Constitucional não estaria a serviço de uma ordem estatal justa, cumprindo-lhe tão somente a miserável função – indigna de qualquer ciência, de justificar as relações de poder dominantes. (...) <sup>56</sup>

O juspositivismo permeou a teoria jurídica do século XX, e atingiu seu ponto culminante no normativismo de Hans Kelsen e a sua Teoria Pura do Direito. A partir de então, sob um viés inicialmente progressista e laicizante, foi disseminado como um dogma perfeito, independentemente de qualquer justificação. Contudo, com a derrota dos regimes nazifacistas ao fim da Segunda guerra Mundial, evidenciaram-se os

---

<sup>55</sup> LASSALE, Ferdinand. *A Essência da Constituição*. Trad. Walter Stonner. 9ª Ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 32.

<sup>56</sup> HESSE, Konrad. *A Força Normativa da Constituição*. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. 1ª Ed. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1991. pgs. 9-11.

riscos que a adoção acrítica e desenfreada das premissas juspositivistas representa aos direitos fundamentais e, ainda, a incompatibilidade dos métodos das ciências naturais com o Direito.

O positivismo pretendeu ser uma teoria do Direito, na qual o estudioso assumisse uma atitude cognoscitiva (de conhecimento), fundada em juízos de fato. Mas resultou sendo uma ideologia, movida por juízos de valor, por ter se tornado não apenas um modo de entender o Direito, como também de querer o Direito. O fetiche da lei e o legalismo acrítico, subprodutos do positivismo jurídico, serviram de disfarce para autoritarismos de matizes variados. A ideia de que o debate acerca da justiça se encerrava quando da positivação da norma tinha um caráter legitimador da ordem estabelecida. Qualquer ordem.<sup>57</sup>

Ao arrepio dos direitos fundamentais, aqueles regimes promoveram a barbárie em nome da lei. O ordenamento jurídico indiferente a valores éticos se mostrou uma “embalagem para qualquer produto”, uma estrutura meramente formal adotada por governos autocráticos para legitimar estruturas de poder. Revelou-se, assim, a ambiguidade da posição do direito positivo em relação ao princípio democrático. A aplicação acrítica dos preceitos juspositivistas tende a dissolver o indivíduo na sociedade, permitindo-se, por exemplo, a negação do sufrágio como forma de representação política.

Sobre a utilização das teorias juspositivistas para fundamentar o exercício do poder estatal, discorre HESPANHA:

(...) Como já se disse, esta era, de resto, a função do Estado científico: regular o inevitável poder dos mais fortes (governantes) sobre os mais fracos (governados) em função do interesse geral. Não admira, por isso, que o positivismo pudesse constituir, caldeado com outras influências, um dos pontos de apoio das ideologias autoritárias das quatro primeiras décadas do século XX.<sup>58</sup>

---

<sup>57</sup> BARROSO, Luís Roberto. *A Nova Interpretação Constitucional*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 26.

<sup>58</sup> HESPANHA, Antônio Manuel. *Cultura Jurídica Europeia: Síntese de um Milênio*. 1ª ed. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2009. p. 423.

#### 1.4 A titularidade do Poder Constituinte Originário

Além das discussões acerca da natureza fática ou de direito do Poder Constituinte Originário, a sua teorização e o questionamento quanto à sua sujeição ou não a limites materiais envolvem necessariamente debates quanto à sua titularidade e à legitimidade para o seu exercício<sup>59</sup>. Investigar a delicada controvérsia acerca da titularidade do Poder Constituinte equivale a saber a quem ele pertence, ou seja, qual a autoridade política que possui condições de instaurar uma nova ordem jurídica através de uma lei ordenadora superior.

O debate a respeito do sujeito do Poder Constituinte ganha relevância à medida que durante o processo dinâmico pelo qual se chegará à edição Constituição (o processo constituinte), confrontam-se as diversas forças e vontades políticas que se inserem no Estado. De fato, quer se manifeste por um movimento revolucionário ou uma Assembleia constituinte, este processo político-social será a expressão de uma nova ideia de Direito da força política vitoriosa. E é no contexto do processo constituinte que este sujeito a quem pertence do Poder Constituinte se distingue daquele que é o agente legitimado para o seu exercício: aquele que, em nome do titular, se reduz formalmente à ação constituinte.

Desta forma, a questão que se coloca é a da análise valorativa do poder constituinte originário. Em outras palavras, a sua análise política. Ora, sob a ótica do direito positivo, a obra do Poder Constituinte Originário é necessariamente inconstitucional ou ilegal. Não se insere na dimensão dos valores e transcende o direito positivo, sendo irrelevante a análise quanto à sua legitimidade, já que retira sua legitimidade de si mesmo, e não do titular.

Por outro lado, uma segunda posição associa este Poder a um princípio de legitimidade. Afinal, a teoria do poder constituinte surgiu de uma profunda análise racional da legitimidade do poder, podendo a obra do Poder Constituinte Originário ser legítima ou ilegítima. Sob este aspecto, a legitimidade do exercício do Poder Constituinte originário deriva do *consensus*, ou seja, cosmovisão política que prevalece na sociedade num determinado momento, a respeito daquilo que a comunidade

---

<sup>59</sup> TEMER, Michel. *Elementos de Direito Constitucional*. 15ª ed. São Paulo: Malheiros, 1999. p. 31.

considera justo. Assim, condição imprescindível de estabilidade do ordenamento jurídico estabelecido por ele é a sua aceitação por aqueles que se sujeitarão a esta ordem. Conseqüentemente, o poder que decorre da mera força bruta (poder *de fato* ou movimento usurpador da vontade popular) é instável, à medida que se sujeita às mudanças nas relações de forças dentro do Estado<sup>60</sup>.

O Poder Constituinte entendido como soberania constituinte do povo ou o poder da Coletividade de auto-ordenar o seu destino dentro do Estado parece evidente à luz da hegemonia dos regimes democráticos contemporâneos. Afinal, se condição de todo poder é, em última análise, a sua aceitação pelos governados, pode-se dizer que a soberania e, portanto, o Poder Constituinte Originário pertence ao povo.

Porém, esta perspectiva é fruto de laboriosa construção pela doutrina do Direito Constitucional, da mesma forma que o regime político democrático é uma evolução histórica<sup>61</sup>. O conceito de um Poder Constituinte criador de uma lei básica representou por si só uma revolução diante dos valores vigentes na Idade Média, já que até então os direitos dos cidadãos e os limites ao poder eram radicados meramente na tradição, a “ordem natural das coisas”, de sorte que todo o poder derivava da vontade divina: *Omnis potestas a Deo, non est enim potestas nisi a Deo*. Foi partir dos movimentos constitucionalistas, que a teoria do Poder Constituinte passou a se inserir nos conceitos de soberania nacional e soberania popular<sup>62</sup>, a partir dos quais nasce uma versão nova de soberania e autoridade governativa, a ser exercida participativamente pela Nação, a qual ganha sua centralidade como único órgão de vontade titular deste poder supremo. Assim sendo, as correntes filosóficas do individualismo e do iluminismo, ao passo que desenvolveram uma teoria de um Poder constituinte que se permite querer e criar uma nova ordem política e social, conduziram também ao Estado *constitucional, representativo ou de Direito*.

---

<sup>60</sup> FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. Curso de Direito Constitucional. 36ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010. pgs. 49-50.

<sup>61</sup> SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 35ª ed. São Paulo: Malheiros, 2012. p. 125.

<sup>62</sup> BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 22ª ed. São Paulo: Malheiros, 2008. P. 141.

Como foi demonstrado, existem na verdade não um, mas vários constitucionalismos, cada qual adotando seus próprios paradigmas: a expressão *Estado constitucional* se originou na França; *Governo representativo* é de origem anglo-saxônica; já o termo *Estado de direito* ou *Rechtsstaat* foi utilizado principalmente na Alemanha. Doravante, apesar dos variados enfoques, permanece a tônica do princípio democrático: a substituição da soberania do Príncipe pela soberania nacional e a lei como expressão da vontade geral; a retirada do exercício do poder das mãos de um só, e distribuído o seu exercício à coletividade; a ascensão dos integrantes do povo, que até então eram súditos, à qualidade de cidadãos, dotados de direitos consagrados nas leis.

Desta forma, a titularidade do exercício do Poder Constituinte Originário guarda íntima relação com o princípio democrático. Só se consideram as Constituições como de origem democrática se efetivamente emanadas em condições mínimas de liberdade e participação genuína dos cidadãos, e não impostas pelos governantes<sup>63</sup>. Nem é possível que a titularidade do poder seja separada da própria comunidade. Ora, o substrato do Estado, como pessoa coletiva, é a comunidade, não se reduzindo aos órgãos e agentes que exprimem sua vontade. Ainda, os titulares e detentores das parcelas de poder político provêm da Coletividade, devendo ser designados dentre seus membros.

Para lá da criação do Estado, só deve falar-se em princípio democrático (distinto, por exemplo, do princípio monárquico) quando o povo é titular do poder *constituente* como poder de fazer, decretar, alterar a Constituição positiva do Estado. E só deve falar-se em governo democrático, soberania do povo, soberania nacional ou soberania popular, quando o povo tem meios actuais e efectivos de determinar ou influir nas directrizes políticas dos órgãos das várias funções estatais (legislativa, administrativa, etc.); ou seja, quando o povo é o titular (ou titular último) dos poderes *constituídos*.<sup>64</sup>

Na França, Emmanuel Joseph Sieyès (1748 – 1836), o abade e vigário-geral de Chartres, foi o precursor da análise da Nação como titular desde poder político, em sua obra “*Qu’est-ce le tiers État*”. Este, que se tornaria verdadeiro manifesto da

---

<sup>63</sup> MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional*. Tomo II. Coimbra: Coimbra, Limitada, 2000. p. 98.

<sup>64</sup> MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional*. Tomo III. Coimbra: Coimbra, Limitada, 2000. p. 170.

Revolução, foi um dos quatro opúsculos de sua autoria durante a campanha eleitoral que precedeu a convocação dos Estados Gerais francesa de 1788, oportunidade na qual fora autorizado à população francesa que propusesse ideias para a reforma do Estado.

A fórmula vigorosamente proposta por Sieyès inseria o Poder Constituinte partindo do conceito de soberania popular de Rousseau<sup>65</sup> o Estado seria resultado de um pacto ou contrato social, tal qual fora concebida pelo liberalismo clássico, a ser exercido representativamente e em igualdade de direitos entre Terceiro Estado<sup>66</sup> e as duas outras ordens que até então se encontravam no ápice privilegiado da organização social: o Clero e a Nobreza. Não seria necessário, contudo, que a sociedade o exercesse de modo direto por seus membros individuais, sendo compatível com o regime representativo a entrega da tarefa constituinte a representantes eleitos numa Assembleia especial incumbida de elaborar uma nova Carta.

Conforme exposto, a resposta de Sieyès à da titularidade do Poder Constituinte Originário é eminentemente participativa, sendo a Nação a detentora do poder supremo do Estado e quem pode estabelecer sua organização. Este *poder que tudo pode* jamais deixa seu estado de natureza, sendo livre de toda coação, é a expressão máxima da vontade nacional, não se acorrentando a nenhum poder ou formalidades constituídas previamente.

---

<sup>65</sup> ROUSSEAU, Jean-Jacques. *O Contrato Social*. Trad. Rolando Roque da Silva. 15ª ed. São Paulo: Cultrix, 2005. pgs. 38-45. MULLER, Friedrich. *Quem é o povo? A Questão Fundamental da Democracia*. Trad. Peter Naumann. 2ª ed. São Paulo: Max Limonad, 2000. p. 53.

<sup>66</sup> O Terceiro Estado, na divisão social que reinava na França às vésperas da Revolução, era composto, à rigor, pela burguesia e pelas demais parcelas da população não pertencentes à Nobreza (o Primeiro Estado) ou ao Clero (o Segundo Estado). Embora representasse a maioria demográfica do país, a voz ativa da burguesia possuía reduzida participação nas decisões da política nacional, em relação às outras duas ordens que, apesar de demograficamente menos numerosas, eram dotados dos mais amplos privilégios. De fato, a convocação dos Estados Gerais em 1788 se deu durante uma profunda crise política, econômica e social, e teria como objeto a reforma tributária e aumento da taxa sobre os cidadãos, visando a suprir o déficit orçamentário resultante dos gastos desenfreios da Corte de Versalhes, da dependência de um exército mercenário e agravado pelas frequentes guerras que assolavam a Europa. Contudo, sendo o Clero e a Nobreza dotados de privilégios fiscais, seria a Burguesia desproporcionalmente afetada pelo aumento de impostos. Neste sentido, Sieyès propunha a abolição dos privilégios fiscais e a isonomia da tributária a todas as esferas sociais. Desta forma, apesar de não eliminar do cenário político as classes tradicionais, Sieyès defendia, especialmente, a redefinição do espaço político do Terceiro Estado: “O que tem sido o Terceiro Estado até agora? – Nada” (Capítulo II de *O que é o Terceiro Estado?*) e “O que pede o Terceiro Estado? – Ser alguma coisa” (Capítulo III da mesma obra).



Assim se lê na obra de Sieyès:

Devemos conceber as nações sobre a terra como indivíduos fora do pacto social, ou, como se diz, no estado de natureza. O exercício de sua vontade é livre e independe de todas as formas civis. Como existe somente na ordem natural, sua vontade, para surtir todo o seu efeito, não tem necessidade de levar os caracteres naturais de uma vontade. Qualquer que seja a forma que a nação quiser, basta que ela queira; todas as formas são boas, e sua vontade é sempre a lei suprema.

Já que, para imaginar uma sociedade legítima, atribuímos às vontades individuais puramente naturais a potência moral de formar a associação, como nos negaríamos a reconhecer uma força semelhante em uma vontade comum, igualmente natural? Uma nação nunca sai do estado de natureza e, em meio a tantos perigos, todas as maneiras possíveis de expressar sua vontade nunca são demais. Repetindo: uma nação é independente de qualquer formatação positiva, basta que sua vontade apareça para que todo direito político cesse, como se estivesse diante da fonte e do mestre supremo de todo o direito positivo.<sup>67</sup>

É possível, entretanto, identificar diversos significados para uma nação. Habitualmente, é considerada em seu sentido sociológico, ou seja, uma comunidade com uma base cultural em comum. Desta forma, embora exista a tendência de que a nação seja também um Estado, não necessariamente estes serão coincidentes, considerando que, nesse sentido, podem existir dentro do mesmo Estado várias nações diferentes. O autor francês, por sua vez, atribui à Nação um sentido de coletividade, como possuidora de interesses constantes que não se reduzem aos interesses dos indivíduos que a compõem em determinada época. Desta forma, o conceito de soberania adotado por Sieyès se afasta da soberania popular de Rousseau, segundo o qual cada indivíduo seria detentor de uma parcela da soberania. Na doutrina da soberania nacional de Sieyès, o supremo poder existiria em função do interesse da comunidade como um todo, em sua permanência no tempo, não pertencendo ainda a cada indivíduo isoladamente, mas sim um poder pertencente a todos, e por isso indivisível.<sup>68</sup>

Com o passar dos séculos, o amadurecimento do princípio democrático e do sufrágio universal, a doutrina do direito constitucional passou a combinar tais conceitos até então contrapostos. De fato, cada integrante do povo é titular de parcela da soberania estatal e integrante da Nação, à medida que exerce seu direito de voto. Ainda, o Poder

---

<sup>67</sup> SIEYÈS, Emmanuel Joseph. *A constituinte burguesa: que é o terceiro Estado?* Org. Aurélio Wander Bastos. Trad. Norma Azevedo. Rio de Janeiro: Juris, 1986. p. 32.

<sup>68</sup> FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *O Poder Constituinte*. 36ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010. pgs. 23-25.

Constituinte é permanente<sup>69</sup>, não desaparecendo a partir da sua manifestação, considerando que constitui forma de expressão da liberdade humana. Da mesma maneira que a liberdade individual não se esgota num ato livre, não se esgota a liberdade, manifestando-se sucessivamente. O Poder Constituinte da Nação subsiste, portanto, à parte, manifestando-se tanto pelo exercício de sua modalidade derivada ou decorrente, quanto pela possibilidade de seu exercício originário outra vez, editando uma nova Constituição. Assim dispõe o art. 28 da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, editada como preâmbulo da Constituição jacobina de 1793: “Um povo tem, sempre, o direito de rever, de reformar e de mudar a sua Constituição. Uma geração não pode sujeitar a suas leis as gerações futuras”.<sup>70</sup>

Preferimos, pois, a palavra Povo para designar a coletividade humana que, a fim de realizar um ideal próprio de justiça, segurança e bem-estar, reivindica a instituição de um poder político privativo que lhe garanta o direito adequado às suas necessidades e aspirações.

A colectividade que pela primeira vez se erige em Estado pode já ser uma Nação, mas pode também ser constituída por indivíduos provenientes de outra Nação ou de várias Nações, a quem a fixação em novo território haja dotado de condições de vida diferentes das originais, inspirando-lhes novos ideais jurídicos. O Povo é, pois, o conjunto dos indivíduos que para a realização de interesses comuns se constitui em comunidade política, sob a égide de leis próprias e a direcção de um mesmo poder<sup>71</sup>.

Desta forma, os autores modernos inclinam-se a utilizar o termo Povo para designar o beneficiário deste Poder, considerado sempre em seu sentido plurívoco. Ou seja, se o que se busca é encontrar o sujeito deste poder, este só poderá ser encontrado na coletividade, em seu sentido de grandeza política pluralística, tendo em comum não determinado poder econômico, etnia ou posição ideológica, mas sim um complexo de forças políticas plurisubjetivas que influenciam a formação do sentimento político nos momentos pré-constituintes e no processo constituinte propriamente dito<sup>72</sup>.

---

<sup>69</sup> BARROSO, Luís Roberto. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

<sup>70</sup> FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *O Poder Constituinte*. 36ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010. pg. 59.

<sup>71</sup> CAETANO, Marcello. *Manual de Ciência Política e Direito Constitucional*. 6ª ed. Tomo I. Coimbra: Almedina, 1996. pgs. 123-124.

<sup>72</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7ª ed. Coimbra: Almedina, 2003. pgs. 75-76.

Tal consideração implica, ainda, a necessidade de que o sujeito titular do Poder Constituinte o exerça com crença em si mesmo, atuando na ordem jurídica e social de acordo com sua consciência política.<sup>73</sup>

Aceita-se, em princípio, esse ponto de vista, à medida que se entende por povo o conjunto de indivíduos que, por meio de um momento jurídico, se une para constituir um Estado, estabelecendo um vínculo jurídico com este de caráter permanente, participando da formação da vontade do Estado e do Exercício do Poder soberano. Porém, no que concerne à titularidade do Poder Constituinte, a noção jurídica de povo reveste-se de uma especificidade a mais, havendo de ser este concebido também como entidade constituinte (ou seja, institucionalmente personalizada), isto porque a titularidade Constituinte pressupõe que o sujeito titular tenha consciência política do Poder. Caso contrário, a titulação estará desvinculada de conteúdo.<sup>74</sup>

Não obstante, o ordenamento jurídico pátrio consagra o princípio da soberania popular: “Todo poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição” (CRFB, art. 1º)<sup>75</sup>, definindo como povo os brasileiros natos e naturalizados, sendo vedada a discriminação entre estes e aqueles, conforme previsto no art. 12 da Constituição Federal de 1988.

---

<sup>73</sup> SALDANHA, Nelson. *O Poder Constituinte*. 1ª Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1986. p. 20.

<sup>74</sup> WACHOWICZ, Marcos. *Poder Constituinte & transição constitucional: perspectiva histórico-constitucional*. 2ª ed. Curitiba: Juruá, 2008. p. 51.

<sup>75</sup> MULLER, Friedrich. *Quem é o povo? A Questão Fundamental da Democracia*. Trad. Peter Naumann. 2ª ed. São Paulo: Max Limonad, 2000. p. 48.

## CAPÍTULO II – A TEORIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

A teoria jurídica, conforme analisado anteriormente, sofreu alterações profundas a partir do século XX. Ao passo que se empenhava em desenvolver ideias e conceitos dogmáticos puramente cientificistas, também concorreu para uma importante mudança de paradigma da doutrina constitucionalista: a atribuição à norma constitucional do *status* de norma jurídica, a partir de então recebendo o atributo de imperatividade. A saber, característica das normas jurídicas é conter ordens, mandamentos e comandos dotados de força jurídica e obrigatoriedade, não se reduzindo meras sugestões ou recomendações morais. O Constitucionalismo do século XX superou, desta forma, a debilidade estrutural do âmbito jurídico do modelo europeu em vigor até o século anterior, no qual a Constituição era vista como um documento essencialmente político: um convite à atuação do Poder Público<sup>76</sup>. Esta transição foi consolidada, assim, a partir da positivação a nível constitucional dos limites ao Poder estatal e verdadeira técnica específica de limitação do poder.

No entanto, a utilização da forma jurídico-constitucional como limite à atuação do estado implicou no surgimento de novos problemas, desta vez quanto à efetividade destes limites e o esvaziamento formal da norma legal, agora em sede constitucional. Paralelamente, a consideração de mera formalidade da lei no Estado legislativo e os riscos associados a esta inefetividade dos limites jurídicos ao poder, reproduziu-se também a respeito do Poder Constituinte, considerando que a rígida separação entre direito e ética que marcou aquele período não admitia quaisquer limites de justiça e legitimidade à obra daquele Poder: a Constituição.

Em contraposição a esta crise de efetividade levantou-se o modelo pós-positivista ou *neoconstitucionalismo*, que informa e permeia a hegemonia das estruturas político-jurídicas dos Estados contemporâneos. A partir do reconhecimento de direitos colocados num plano supralegal e conteúdos intocáveis, postos pela sociedade que o funda, subordina-se a soberania estatal não somente a determinada forma de agir (manifestação somente de acordo com a vontade da lei), mas também a estes limites

---

<sup>76</sup> BARROSO, Luís Roberto. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 219.

materiais, esses conteúdos essenciais denominados *direitos fundamentais*<sup>77</sup>. Ou seja, não pretende a doutrina pós-positivista o retorno às teses do direito natural, pura e simplesmente. Representa, sim, o resgate das ideias de legitimidade e justiça.

Esta transformação histórica que marcou a superação da teoria constitucional clássica, introduzida pelas teorias neoconstitucionalistas, é explicada por Agra:

O caráter ideológico do constitucionalismo clássico era apenas o de limitar o poder, dentro do delineamento estabelecido pela separação dos poderes, enquanto o caráter ideológico do neoconstitucionalismo é o de concretizar os direitos fundamentais. Cumpre a todos os poderes estabelecidos efetivar os postulados agasalhados na Lex Mater, consolidando seu papel de “pacto vivencial da sociedade”.

Essa revisitação do fenômeno constitucional parte do pressuposto da reafirmação da força normativa da Constituição e sua consequente densificação. Assim, com seu fortalecimento, em que a imperatividade de suas normas atinge todas as searas do Direito, surge uma legalidade superior à legalidade ordinária, deslocando a primazia do legislador infraconstitucional para o cumprimento da vontade do sujeito constituinte, composto de forma plural pelos mais variados segmentos da sociedade.<sup>78</sup>

Tais direitos fundamentais passam a ser o alicerce, condição de existência e medida de legitimidade das democracias modernas. Daí que o seu caráter garantístico se associa ao princípio democrático, dando origem ao chamado Estado Democrático de Direito. Sob este novo paradigma, se a Constituição é o alicerce da ordem jurídica e fundamento de validade dos atos do Estado, sob os quais se incorporam os valores básicos da sociedade, os direitos fundamentais são aqueles que, por este motivo, se impõem a todas as manifestações de poder estatal.

Esta nova perspectiva de respeito aos direitos fundamentais os inserem, ainda, como condição de garantia do princípio democrático. Como o é demonstrado pela observação histórica, os direitos fundamentais, associados com o reconhecimento da esfera própria das pessoas frente ao poder político, mostram-se incompatíveis com os regimes totalitários. Não há de se falar em direitos fundamentais propriamente ditos

---

<sup>77</sup> CADERMATORI, Sergio. *Estado de Direito e Legitimidade: uma Abordagem garantista*. 2ª ed. Campinas: Millenium, 2007. p. 21.

<sup>78</sup> AGRA, Walber de Souza. *Curso de Direito Constitucional*. 8ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014. p. 171.

dentro de um Estado totalitário ou, pelo menos, no totalitarismo integral, em que as pessoas não encontram relação imediata com o poder.<sup>79</sup>

Esta relação indissociável entre direitos fundamentais e democracia é assim demonstrada por Bobbio:

(...) Direitos do homem, democracia e paz são três momentos necessários do mesmo movimento histórico: sem direitos do homem, reconhecidos e protegidos, não há democracia; sem democracia, não existem as condições mínimas para a solução pacífica dos conflitos. Em outras palavras, a democracia é a sociedade dos cidadãos, e os súditos se tornam cidadãos quando lhes são reconhecidos direitos fundamentais; haverá paz estável, uma paz que não tenha a guerra como alternativa, somente quando existirem cidadãos não apenas deste ou daquele Estado, mas do mundo<sup>80</sup>.

## **2.1 O desenvolvimento histórico dos direitos fundamentais e as suas dimensões**

O estudo da perspectiva histórica dos direitos fundamentais é relevante não somente à hermenêutica constitucional. Situa-los no tempo, em última instância, é também estudar a história da limitação do poder e dos fundamentos dos Estados contemporâneos. A saber, os direitos fundamentais são eminentemente históricos, à medida que se transformam adquirindo novos conteúdos, titulares, medidas de eficácia e efetivação, de acordo com as condições reais ou históricas que demarcam sua evolução<sup>81</sup>.

---

<sup>79</sup> MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional*. Tomo IV. 6ª ed. Coimbra: Limitada, 2000. p. 8.

<sup>80</sup> BOBBIO, Norberto. *A Era dos Direitos*. 1ª ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004. Trad. Nelson Coutinho. p. 1.

<sup>81</sup> A primeira Constituição a garantir uma longa lista de direitos sociais foi a promulgada no México em 5 de fevereiro de 1917. Os direitos sociais previstos em seu primeiro capítulo em pouco se diferenciam dos dispostos em uma Constituição contemporânea, como a brasileira de 1988. Outro marco histórico importante, e que destoa grandemente da tendência liberal clássica foi a “Declaração dos direitos do povo trabalhador e explorado”, redigida durante a Revolução russa de 1917 e promulgada em 3 de janeiro de 1918, cujas inovações foram confirmadas com a primeira Constituição soviética de 1918. Por sua vez, no contexto da Primeira Guerra Mundial, foi promulgada na Alemanha, em 11 de agosto de 1919, a Constituição da primeira república alemã (conhecida como Constituição de Weimar), logo após a derrocada do Império Alemão. Esta última resultou do processo de industrialização iniciado por Bismarck desde 1871, ganhou relevância a classe operária que aos poucos se organizou em sindicatos e partidos políticos. A partir do fracasso militar e as sanções territoriais, políticas e econômicas impostas pelos vencedores do Tratado de Versalhes ao final da guerra, a vida política alemã se encontrava envolta em estabilidade. A Constituição da República de Weimar é considerada um compromisso ou pacto social entre a burguesia e as demais forças sociopolíticas da época. Implicando a positivação de diversas naturezas de direitos fundamentais, previa extenso rol de direitos individuais, sociais, religiosos e econômicos.

Os direitos fundamentais devem seus antecedentes às raízes jusnaturalistas previamente analisadas. Porém, somente a partir da consagração dos direitos fundamentais pelas primeiras Constituições é que assume relevância a problemática das chamadas *dimensões* dos direitos fundamentais.<sup>82</sup>

Apesar de parte da doutrina alienígena e nacional se referir a estas diferentes manifestações dos direitos fundamentais pela terminologia *gerações*, alegando que existiria uma gradação *histórica*, tal opção terminológica e teórica implica em diversos problemas, considerando que a ideia de gerações sugere uma abolição de esferas de direitos a cada nova geração em favor de outras. Na realidade, a progressão de novos direitos fundamentais tem o caráter de um processo cumulativo, de complementaridade, e não de alternância. Não ocorre a abolição de direitos das “gerações” anteriores. A Constituição brasileira de 1988, por exemplo, apresenta indiscriminadamente direitos fundamentais de todas as categorias ou espécies.<sup>83</sup>

Os direitos fundamentais de primeira dimensão são os relacionados, basicamente, à liberdade. Especialmente inspirados pelo jusnaturalismo, tendo por titular o indivíduo, que o exerce de forma oponível ao Estado e traduzem-se como atributos da pessoa, ostentando sua subjetividade, que é o seu traço mais característico. São, desta forma, direitos de resistência e oposição perante o Estado e, por este motivo, apresentados como direitos de cunho “negativo”, ressaltando a nítida separação entre a sociedade e o Estado. Ora, sem esta separação na ordem dos valores políticos não se pode verificar o caráter antiestatal dos direitos de liberdade, da maneira que foi concebido pelo pensamento liberal clássico<sup>84</sup>. Envolve, assim, os direitos à vida, à liberdade, à propriedade e à igualdade perante a lei, sendo posteriormente complementados por um leque de liberdades, como de expressão coletiva (liberdades de imprensa, manifestação, associação, etc.) e de participação política, como o direito de votar e ser eleito, além de algumas garantias processuais como o devido processo legal, o *habeas corpus* e o direito de petição.

---

<sup>82</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais: uma Teoria geral dos Direitos Fundamentais na Perspectiva Constitucional*. 12ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015. p. 36

<sup>83</sup> DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. *Teoria Geral dos Direitos Fundamentais*. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. pgs. 28 - 31.

<sup>84</sup> BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 22ª ed. São Paulo: Malheiros, 2008. pgs. 563 – 564.

Consideram-se direitos de segunda geração os direitos econômicos, sociais e culturais, envolvendo a transição das liberdades formais abstratas para as liberdades materiais concretas e a densificação do princípio da justiça social. Com os problemas sociais e econômicos advindos da industrialização e o surgimento das doutrinas socialistas, constatou-se que a consagração formal da liberdade e igualdade não necessariamente resultavam na garantia do seu gozo efetivo. Assim, já no decorrer do século XIX, surgiram amplos movimentos progressistas, reivindicatórios de direitos que passaram a atribuir ao Estado o dever de contribuir de forma ativa na realização da justiça social. Diferentemente da primeira geração, os direitos de segunda geração não cuidam da liberdade do indivíduo perante o Estado, mas sim do exercício da liberdade por intermédio da atuação estatal positiva. Desta forma, os direitos fundamentais de segunda dimensão reconhecem ao indivíduo direito a prestações estatais, dentre elas a assistência social, saúde, educação, trabalho, etc.

Por sua vez, os chamados direitos fundamentais de terceira dimensão são tidos como, basicamente, os direitos de solidariedade e fraternidade. Resultam das novas reivindicações voltadas para o ser humano, inspiradas pelo impacto da tecnologia, pelo pelas consequências do processo de descolonização iniciado após a Segunda Guerra Mundial e as suas graves consequências político-sociais. Distintamente das dimensões anteriores, sua titularidade é coletiva<sup>85</sup> ou difusa, muitas vezes indefinida e indeterminável, destinando-se à proteção do gênero humano. Dentre eles, o direito à paz, à autodeterminação dos povos, ao desenvolvimento, ao meio ambiente e qualidade de vida, assim como o direito à conservação do patrimônio histórico e cultural, além do direito de comunicação<sup>86</sup>. Contudo, salvo algumas exceções, estes direitos fundamentais não foram até então reconhecidos constitucionalmente pela maioria dos Estados, se encontrando em fase de integração às normas de direito internacional. De fato, em função da sua implicação universal ou, no mínimo, transindividual, exigem até mesmo esforços e responsabilidades em escala mundial.

---

<sup>85</sup> MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 9ª ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

<sup>86</sup> BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 22ª ed. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 569.



A partir das diversas dimensões dos direitos fundamentais, surge a tendência ao reconhecimento da existência de uma quarta dimensão, resultado da globalização e da universalização dos direitos fundamentais. A existência de uma quarta dimensão e até mesmo uma quinta ainda é objeto de diversas discussões doutrinárias, considerando também que continuam aguardando consagração nas ordens constitucionais internas e até mesmo nas esferas do Direito Internacional. Norberto Bobbio insere numa quarta geração dos direitos fundamentais os decorrentes das ameaças à vida, à liberdade e à segurança que surgiram a partir das conquistas da ciência e da tecnologia na pós-modernidade, em especial a manipulação do patrimônio genético<sup>87</sup>. Por sua vez, Bonavides identifica esta quarta geração com os direitos à democracia, à informação e ao pluralismo, relacionados com os problemas provenientes do esvaziamento valorativo proveniente da globalização do neoliberalismo, sendo que deles depende a concretização da máxima universalidade dos direitos fundamentais e do princípio democrático<sup>88</sup>.

Filiando-se a esta última concepção de sobre a quarta geração dos direitos fundamentais, explica Sarlet:

(...) A proposta do Prof. Bonavides, comparada com as posições que arrolam os direitos contra a manipulação genética, mudança de sexo etc., como integrando a quarta geração, oferece nítida vantagem de constituir, de fato, uma nova fase no reconhecimento dos direitos fundamentais, qualitativamente diversa das anteriores, já que não se cuida apenas de vestir com roupagem nova reivindicações deduzidas, em sua maior parte, dos clássicos direitos de liberdade<sup>89</sup>.

Por fim, Bonavides identifica ainda, de forma inovadora, o direito à paz como uma quinta dimensão dos direitos fundamentais, considerando-o fundamento axiológico da democracia participativa e supremo direito da humanidade e verdadeiro direito constitucional do gênero humano. Doravante, o Constituinte Originário pátrio definiu a defesa da paz como princípio norteador da ação do País na ordem

---

<sup>87</sup> BOBBIO, Norberto. *A Era dos Direitos*. 1ª ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004. Trad. Nelson Coutinho. pgs. 9 e 209.

<sup>88</sup> BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 22ª ed. São Paulo: Malheiros, 2008. pgs. 571 - 572.

<sup>89</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais: uma Teoria geral dos Direitos Fundamentais na Perspectiva Constitucional*. 12ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015. p. 51.

internacional a defesa da paz, como se extrai da norma prevista no art. 4º da Constituição Federal de 1988: “A República Federativa do Brasil rege-se nas suas relações internacionais pelos seguintes princípios: VI - defesa da paz”.<sup>90</sup>

## 2.2 A Internacionalização dos direitos fundamentais

O desenvolvimento do direito internacional público a partir da segunda metade do século XX, em especial a partir do fim da Segunda Guerra Mundial, culminou com a crescente internacionalização dos direitos fundamentais, assim designados no âmbito internacional pelo termo “direitos humanos”. Pode-se dizer que o moderno Direito Internacional dos Direitos Humanos é fruto da crença nos riscos de que as violações dos direitos humanos praticadas pelo totalitarismo, numa época em que o Estado se apresentou como maior violador desses direitos, e em que a titularidade destes estaria restrita somente a determinada raça. A prática de abusos futuros deveria ser prevenido, através com a criação de uma sistemática normativa de proteção internacional.

Sobre esta mudança de paradigma e a reaproximação ente o direito e a moral, explica Piovesan:

No momento em que os seres humanos se tornam supérfluos e descartáveis, no momento em que vige a lógica da destruição, em que cruelmente se abole o valor da pessoa humana, torna-se necessária a reconstrução dos direitos humanos, como paradigma ético capaz de restaurar a lógica do razoável. A barbárie do totalitarismo significou a ruptura do paradigma dos direitos humanos, através da negação do valor da pessoa humana como fonte do Direito. Diante desta ruptura, emerge a necessidade de reconstrução dos direitos humanos, como referencial e paradigma ético que aproxime o direito da moral. (...) <sup>91</sup>

Os direitos fundamentais, desta forma, afirmam-se não somente na ordem estatal interna e diante do relacionamento binário tradicional entre Estado e indivíduo, mas também encontra previsão no ordenamento jurídico internacional. Surge uma nova complexidade na discussão dos direitos humanos e da soberania nacional de forma que,

---

<sup>90</sup> BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 22ª ed. São Paulo: Malheiros, 2008. pgs. 589 - 593

<sup>91</sup> PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e direito constitucional internacional*. 4ª ed. São Paulo: Max Limonad, 2000. p. 145

nestas relações, atuam em conjunto os sujeitos do direito internacional e das organizações internacionais.

Em que pese o dissídio na esfera terminológica, verifica-se crescente convergência de opiniões no que concerne à ideia que norteia a concepção das três (ou quatro, se assim preferirmos) dimensões dos direitos fundamentais, no sentido de que estes, tendo sua trajetória existencial inaugurada com o reconhecimento formal nas primeiras constituições escritas nos clássicos direitos de matriz liberal-burguesa, se encontram em constante processo de transformação, culminando com a recepção, nos catálogos constitucionais e na seara do Direito Internacional, de múltiplas e diferenciadas posições jurídicas, cujo conteúdo é tão variável quanto as transformações ocorridas na realidade social, política, cultural e econômica ao longo dos tempos. Assim sendo, a teoria dimensional dos direitos fundamentais não aponta, tão somente, para o caráter cumulativo do processo evolutivo e para a natureza complementar de todos os direitos fundamentais, mas afirma, para além disso, sua unidade e indivisibilidade no contexto do direito constitucional interno e, de modo especial, na esfera do moderno Direito Internacional dos Direitos Humanos<sup>92</sup>.

Esta internacionalização se deve, especialmente, à riquíssima produção de normas internacionais, tratados, convenções e declarações que se destinam à garantia dos direitos fundamentais. Da mesma forma, as organizações internacionais passam a se interessar pelos direitos humanos, culminando com a expansão maciça de órgãos e entidades com fins de protegê-los e tutelá-los por meio da cooperação internacional, em conjunto com mecanismos de fiscalização de possíveis violações, cumulados ainda com hipóteses de responsabilização dos Estados ou indivíduos que os possam violar. Surge um verdadeiro sistema internacional de proteção dos direitos humanos, envolvendo direitos e obrigações juridicamente vinculantes aos Estados, além da democratização dos instrumentos internacionais, assegurando, por exemplo, a indivíduos e entidades não-governamentais o direito de petição aos órgãos que compõem tal sistema.

A criação das Nações Unidas, com suas Agências especializadas, introduziu diversas transformações no Direito Internacional, cujo símbolo paradigmático é simbolizado pela Carta das Nações Unidas, tratado multilateral assinado em 26 de junho de 1945, responsável por consolidar o movimento de internacionalização dos direitos humanos de forma definitiva, ao mencionar os direitos humanos como legítima preocupação internacional e, portanto, não mais exclusivamente preocupações

---

<sup>92</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais: uma Teoria geral dos Direitos Fundamentais na Perspectiva Constitucional*. 12ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015. p. 46.

domésticas. Assim, a relação de um Estado com seus nacionais evolui de uma problemática somente interna para se tornar objeto do direito internacional, como se entende, por exemplo, do art. 1º (3), que define como propósito da ONU “conseguir uma cooperação internacional para resolver os problemas internacionais de caráter econômico, social, cultural ou humanitário, e para promover e estimular o respeito aos direitos humanos e às liberdades fundamentais para todos, sem distinção de raça, sexo, língua ou religião; (...)”.

A aludida Carta das Nações Unidas não veio a definir, precisamente, o elenco destes direitos humanos e liberdades fundamentais referidos em seu artigo 1º. O alcance e significado que se pretendiam a estes direitos foram definidos três anos depois, com o advento da Declaração Universal dos Direitos Humanos, em 1948. Desde o seu preâmbulo, afirma-se a dignidade inerente a toda pessoa humana, como titular de direitos iguais e inalienáveis, a serem protegidos igualmente pelo império da lei e como “ideal comum a ser alcançado por todos os povos e nações”. Combinando o discurso liberal da cidadania com o discurso social, a Declaração elenca tanto direitos civis e políticos (arts. 3º a 21) como direitos sociais, econômicos e culturais (arts. 22 a 28).<sup>93</sup>

Ainda, dentre as múltiplas mudanças, Dimitri Dimoulis e Leonardo Martins destacam as seguintes:

- a) Ampliação dos titulares de direitos, permitindo uma titularidade universal, independentemente da nacionalidade e do lugar de residência, princípio esse que conhece uma série de exceções e não exclui o reconhecimento de direitos “particularistas”, em benefício de determinadas categorias de pessoas (mulheres, crianças, minorias étnicas, grupos indígenas, etc.
- b) Possibilidade de responsabilizar o Estado de forma externa, independentemente do acionamento de mecanismos de direito interno e da boa (ou má...) vontade das autoridades estatais pelos instrumentos de fiscalização e responsabilização que ficam a cargo das comissões, tribunais e outras autoridades internacionais.
- c) Forte fiscalização da matéria devido à necessidade de realizar contínuos compromissos entre os Estados e os atores internacionais, no intuito de oferecer efetividade aos direitos humanos em âmbito internacional, apesar da ausência de poder estatal e de instituições que executem diretamente normas internacionais (o direito internacional *soft law*).<sup>94</sup>

---

<sup>93</sup> ALEXY, Robert. *Direitos Fundamentais no Estado Constitucional Democrático*. Trad. Virgílio Afonso da Silva. Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, n. 217, 1999. p. 55; PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e direito constitucional internacional*. 4ª ed. São Paulo: Max Limonad, 2000. p. 145

<sup>94</sup> DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. *Teoria Geral dos Direitos Fundamentais*. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. pgs. 35 – 36.

Note-se que, tomando ordenamento pátrio como exemplo, a cláusula de abertura prevista no art. 5º, §2º da Constituição Federal fixou a posição dos direitos humanos garantidos por textos internacionais no âmbito do ordenamento jurídico brasileiro, dispondo que direitos e garantias expressos nesta Constituição “não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte”. Com efeito, tal previsão consagrou no ordenamento brasileiro o instituto da supralegalidade<sup>95</sup>, em função do conteúdo material de direitos fundamentais destas normas previstas em tratados internacionais. Ressalte-se, ainda, que por meio do disposto na Emenda Constitucional nº 45 de 8 de dezembro de 2004, acrescentou-se ao art. 5º o §3º: “Os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais”, resumindo, assim, a controvérsia doutrinária que até então envolvia o tema da aprovação e incorporação dos tratados internacionais no direito brasileiro<sup>96</sup>. Direitos fundamentais aos quais, por força do §1º do mesmo artigo, foi deferido o atributo da aplicabilidade imediata.

Este notável fortalecimento do direito internacional surte efeitos também na atividade estatal, especialmente em casos em que há retrocessos na tutela dos direitos humanos e falência do sistema estatal em garanti-los. Restringe-se, em última instância, a amplitude da disposição material do Poder Constituinte Originário ao editar a Constituição de determinado Estado.

---

<sup>95</sup> O princípio da supralegalidade foi, inclusive, adotado em decisões do Supremo Tribunal Federal como, por exemplo, em relação à prisão civil do depositário infiel. STF. HC 96772/SP. Relator Min. Celso de Mello. Dj. 9/6/2009, 2ª turma.

<sup>96</sup> DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. *Teoria Geral dos Direitos Fundamentais*. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. pgs. 37 – 44.

### 2.3. A universalidade dos direitos fundamentais

A positivação dos direitos fundamentais e a sua elevação ao nível de matéria constitucional, em especial os da primeira, segunda e terceira dimensão, inspiraram nos direitos fundamentais uma nova concepção de universalidade, desvinculada do fundamento abstrato e metafísico jusnaturalista do século XVIII que inspirara da Declaração de Direitos do homem de 1789.

A nova universalidade dos direitos fundamentais os coloca, assim, desde o princípio, num grau mais alto de juridicidade, concretude, positividade e eficácia. É universalidade que não exclui os direitos da liberdade, mas primeiro os fortalece com as expectativas e os pressupostos de melhor concretizá-los mediante a efetiva adoção dos direitos da igualdade e da fraternidade. (...)

A nova universalidade procura, enfim, subjetivar de forma concreta e positiva os direitos da tríplice geração na titularidade de um indivíduo que antes de ser o homem deste ou da daquele país, de uma sociedade desenvolvida ou subdesenvolvida, é pela sua condição de pessoa um ente qualificado por sua pertinência ao gênero humano, objeto daquela universalidade.<sup>97</sup>

Determinadas Constituições, como a portuguesa, optaram por consagrar expressamente o princípio da universalidade, ao reconhecer a titularidade dos direitos fundamentais não somente aos portugueses, mas a *todos* os sujeitos humanos<sup>98</sup>. A Constituição brasileira de 1988, por outro lado, não se referiu diretamente ao princípio da universalidade, embora tenha atribuído a titularidade dos direitos e garantias fundamentais não somente aos brasileiros, mas também aos estrangeiros residentes no País, como dispõe a norma do seu art. 5º: “Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: (...)” Contudo, entende-se que o ordenamento pátrio recepciona o princípio da universalidade no direito constitucional positivo, por meio de uma interpretação sistemática. Este princípio abrangeria, desta forma, todas as pessoas como titulares de direitos fundamentais.

---

<sup>97</sup> BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 22ª ed. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 573.

<sup>98</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7ª ed. Coimbra: Almedina, 2003. p. 418.

Esta corrente universalista visa a fortalecer a concretização dos direitos fundamentais, especialmente na esfera internacional, vinculando os Estados a respeitarem e promoverem os direitos humanos para além das fronteiras estatais. O princípio do universalismo não se restringe a somente um modelo social, nem visa a coibir por inteiro a soberania estatal, sendo que se destina à mais ampla garantia dos direitos fundamentais e a dignidade da pessoa humana.

É o que se extrai do parágrafo 5º da Declaração de Viena, subscrita por 171 Estados e editada ao fim da Conferência Mundial sobre Direitos Humanos, em 25 de junho de 1993, que endossa a universalidade e a indivisibilidade dos direitos humanos: “Todos os direitos humanos são universais, indivisíveis, interdependentes e inter-relacionados. A comunidade internacional deve tratar os direitos humanos globalmente, de maneira justa e equânime, com os mesmos parâmetros e a mesma ênfase. Enquanto o significado de particularidades nacionais e regionais e bases históricas, culturais e religiosas devem ser considerados, é obrigação dos Estados, independentemente de seu sistema político, econômico e cultural, promover e proteger todos os direitos humanos e liberdades fundamentais”.

## **CAPÍTULO III – OS LIMITES MATERIAIS DO PODER CONSTITUINTE ORIGINÁRIO**

As justificativas propostas pelos idealizadores do constitucionalismo e da teoria do Estado aos problemas jurídico-políticos relacionados com a origem da Constituição e o Poder responsável pela criação desta Norma Fundamental se revelam em notável variedade. Tendem, ainda, a seguir a tônica ideológica dos períodos históricos em que se desenvolveram, adquirindo diferentes significados de acordo com os momentos e espaços geográficos em que se desenvolvem, apesar de ser possível identificar uma ideia em comum: a limitação do poder com fins de garantir direitos.

As diferentes teorias ou ideologias, como foi demonstrado, envolvem questionamentos fundamentais referentes à força geradora da Constituição, a saber, o Poder Constituinte Originário: quanto à forma originária ou derivada de sua manifestação, a sua natureza de poder jurídico ou político, além da resposta à questão do seu sujeito titular e agente legitimado para seu exercício. A partir de então, com o decorrer dos séculos e a revelação dos abusos cometidos sob a vigência do legalismo acrítico e desprovido de conteúdos valorativos, o Direito Constitucional adquire uma nova perspectiva, voltada para a garantia dos Direitos Fundamentais. A conceituação daquele Poder, revelado pelas teorias juspositivistas como juridicamente ilimitado, sofre necessariamente uma redefinição conceitual, a partir do constitucionalismo contemporâneo e do reconhecimento da universalidade dos direitos fundamentais.

### **3.1 Crítica às teorias tradicionais do Poder Constituinte Originário**

Como foi verificado, o Poder constituinte Originário recebeu da doutrina constitucional do positivismo respostas puramente jurídicas. As soluções propostas às questões da titularidade da soberania e dos limites do poder estatal se limitavam, sob a ótica do fetiche legalista dos séculos XIX e até a primeira metade do século XX, a aspectos eminentemente jurídicos. Sob um enfoque de um direito constitucional que aspirava a pureza axiológica e a eliminação de quaisquer requisitos valorativos de validade das normas, qualquer conteúdo que o Poder Constituinte aspirasse à Constituição seria válido.



O Poder Constituinte seria, desta forma, considerado como uma força extrajurídica e ilimitada, não estando a sua criação sujeita a quaisquer princípios jurídicos. Afinal, em última análise, a Constituição posta como ápice normativo do ordenamento jurídico não poderia se sujeitar a outros princípios de direito, pois a noção de direito se encontrava limitada às normas postas pelo Estado. O resultado desta teorização é sabido, e marcou a herança que o a Segunda Guerra Mundial deixaria à humanidade: uma época em que pregou-se o desprestígio do princípio democrático, e a legitimação dos regimes autoritários, que em nome da lei e de um direito formal retrocederam à violação dos mais básicos direitos fundamentais de determinadas camadas sociais minoritárias.

Sob esta ótica, os operadores e intérpretes do direito à época encontravam a justificativa de suas ações na obediência estrita às normas jurídicas, independentemente de questionamentos subjetivos ou reflexões teleológicas, como discorre Hannah Arendt sobre o pronunciamento de Otto Adolf Eichmann perante a Corte de Nuremberg, diante da qual era julgado por crimes de guerra, contra o povo judeu e a humanidade durante a sua atuação junto ao Terceiro *Reich*:

(...) Era assim que as coisas eram, essa era a nova lei da terra, baseada nas ordens do Führer; tanto quanto podia ver, seus atos eram os de um cidadão respeitador das leis. Ele cumpria o seu *dever*, como repetiu insistentemente à polícia e à corte; ele não só obedecia *ordens*, ele também obedecia à *lei*. (...) Como além de cumprir aquilo que ele concebia como deveres de um cidadão respeitador das leis, ele também agia sob ordens – sempre o cuidado de estar “coberto” (...) <sup>99</sup>

Em contrapartida, a teoria clássica do Poder Constituinte Originário fundamenta a força criadora da Constituição com base nas premissas do Direito Natural, que se propunha válido para todas as épocas e para todos os povos. Assim, só nestes postulados jusnaturalistas encontrariam qualquer forma de limite.

Este poder instaurador da nova ordem jurídica, cuja titularidade pertencia à Nação, se revelava como um “ato tirado do nada”, autônomo e onipotente quanto à ordem que o precede. Ora, a experiência francesa fora revelada num momento político de ruptura com o “*Ancien Régime*” pelo Terceiro Estado, a saber, a parcela da população não pertencente ao alto clero ou à nobreza, que apesar de representar a maioria demográfica do País, não dispunha de voz ativa na condução política nacional.

---

<sup>99</sup> ARENDT, Hannah. *Eichmann em Jerusalém: um Relato sobre a Banalidade do Mal*. 1ª ed. São Paulo: Companhia das Letras. p. 152.

Neste contexto, seria natural esperar uma teorização que buscasse romper quaisquer lastros da ordem precedente de forma drástica e com a qual não tivesse qualquer compromisso<sup>100</sup>. Imperativamente, para contrapor o absolutismo, cuja legitimidade decorria de fundamentos teológicos, necessitar-se-ia de um preceito decorrente da lógica da “teologia política”: *potestas constituens, norma normans, creatio ex nihilo*<sup>101</sup>.

O discurso da teoria do Poder Constituinte da Nação apresenta este Poder como a melhor maneira de exercer a soberania da “vontade geral nacional”, cuja expressão originária é permanente, expressão ilimitada da soberania nacional e incondicionada a qualquer forma ou procedimento<sup>102</sup>. Os limites concebidos até então a esta manifestação originária se encontravam nos princípios do direito natural.

É reconhecida a relevância histórica desta teorização do Poder Constituinte, em especial a francesa. De fato, estes conceitos jusnaturalistas representam os primórdios da moderna teoria dos direitos fundamentais, e foi neste período influenciado pelo jusnaturalismo que esses direitos, pelo menos em suas categorias primordiais, foram reconhecidos e consagrados nas primeiras Constituições. Existe, portanto, um certo paralelismo entre a interpretação e evolução na esfera filosófica e o processo de positivação gradativo desses direitos. Pode-se dizer que até a era pós-moderna os conceitos conservaram seu núcleo essencial, mas as novas dimensões que surgiram desde então aos direitos fundamentais e a revelação dos riscos que envolvem a ilimitabilidade do Poder Constituinte Originário fizeram com que a teoria do constitucionalismo sofresse profundas variações de conteúdo.

De fato, com o fim da segunda guerra mundial iniciou-se um processo de reflexão sobre o conteúdo material das Constituições. Não poderia haver mais aceitação no pensamento esclarecido a um ordenamento indiferente a valores éticos, e à lei como mera estrutura formal, uma embalagem para qualquer produto, a ser aplicada de forma inquestionável pelos seus agentes. Modernamente, aproximam-se o Direito e a Ética, assumindo a dignidade da pessoa humana e os direitos fundamentais posição central da

---

<sup>100</sup> ROSA, Antônio José Miguel Feu. *Direito Constitucional*. 1ª ed. São Paulo: Saraiva, 1998. p. 178.

<sup>101</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7ª ed. Coimbra: Almedina, 2003. pgs. 71-72.

<sup>102</sup> FARIAS, José Fernando de Castro. *Crítica à Noção tradicional de Poder Constituinte*. 1ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1998. pgs. 36 - 37.

teoria do Poder Constituinte, inseridos como fundamentos de legitimidade da ordem estatal. Esta transformação representa a ênfase ao sentido material de Constituição sobre o sentido formal ou institucional<sup>103</sup>.

Da seguinte maneira leciona Pereira e Silva:

Os critérios materiais a que se relaciona o atual constitucionalismo dos direitos fundamentais não se cingem ao conteúdo histórico de uma Constituição em sentido formal (*constitution au sens formel*), abarcando, antes ainda, a supra-constitucionalidade, isto é, o conjunto preexistente de limites ético-jurídicos ao exercício do poder constituinte originário. (...) <sup>104</sup>

Assim sendo, o constitucionalismo contemporâneo admite a incompatibilidade da ilimitação do conteúdo da obra do Poder Constituinte Originário. Entretanto, o fundamento do Direito Natural para esta ilimitação, ora utilizado como forma de prover o conteúdo garantístico da Constituição, não se mostra adequado à justificativa desta conclusão. As teorias clássicas do jusnaturalismo foram reveladas em ambientes políticos e históricos diverso do atual, não sendo mais compatíveis com o novo milênio e o pós-positivismo, em virtude não somente de sua superação histórica<sup>105</sup>, mas também considerando que os conceitos da soberania nacional de Sieyès, relacionada com uma lógica *teológico-política*, não conceitua a Nação sob o conceito de Povo adotado nas democracias atuais. Ou seja, ao se referir à “vontade geral da nação”, o faz no sentido de bloco de “cidadãos ativos”, a saber, a facção revolucionária capaz de levar a revolução até o fim. Ora, atualmente considera-se que o princípio democrático não envolve tão somente a manifestação da vontade da maioria, não sendo portanto outro o sentido de Povo nas democracias atuais senão o de grandeza pluralística e em seu sentido político, segundo o qual integrado de pessoas que agem segundo ideias, interesses e aspirações de justiça.

---

<sup>103</sup> Ressalte-se, nesta oportunidade, os diferentes sentidos adotados pela doutrina à Constituição: o sentido material e institucional, descritos no Capítulo I deste trabalho.

<sup>104</sup> SILVA, Reinaldo Pereira e. *A Dignidade da Pessoa Humana como Condição de Possibilidade de Sentido*. In: Revista de Direito Privado, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais v. 06, n. 24 (dez., 2005) p. 236.

<sup>105</sup> BARROSO, Luís Roberto. *A Nova Interpretação Constitucional: Ponderação, direitos fundamentais e relações privadas*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 26.

Neste sentido entende Canotilho, afastando-se do conceito jusnaturalista do titular do Poder Constituinte:

Ao falar de povo político como titular do poder constituinte e de povo como “grandeza pluralística” pretende-se também insinuar o abandono de um mito que acompanhou quase sempre a teoria da titularidade do poder constituinte: o moti da subjectividade originária (povo, nação, Estado). Se se quiser encontrar um sujeito para este poder termos de o localizar naquele complexo de forças políticas plurais – e daí a plurisubjectividade do poder constituinte – capazes de definir, propor e defender ideias, padrões de conduta e modelos organizativos, susceptíveis de servir de base à Constituição jurídico-formal.<sup>106</sup>

A moderna teoria do Direito Constitucional, portanto, não admite o atributo de ilimitabilidade do Poder Constituinte Originário, à medida que rejeita as justificativas apresentadas tanto pelas teorias clássicas jusnaturalistas quanto as associadas ao positivismo jurídico para a aludida amplitude dispositiva. Como se verificou, os diferentes posicionamentos cumpriram uma função específica à sua época. No constitucionalismo clássico, os seus teóricos aspiravam a limitar o direito divino dos reis e, pra isso rejeitando quaisquer limites à matéria constitucional, senão aqueles que estivessem de acordo com a ideologia revolucionária. Já o positivismo acrítico foi utilizado como pretexto legitimador da desconsideração dos mais prementes direitos fundamentais de determinadas camadas da sociedade, como instrumento do projeto de poder das ditaduras nazifacistas.

Entretanto, tais conjunturas históricas não mais permanecem, sendo necessária a busca de um fundamento político-jurídico para a limitação do poder estatal, em prol da máxima eficácia dos direitos fundamentais. As atuais perspectivas do neoconstitucionalismo não admitem, assim, o absolutismo dogmático do poder constituinte, identificando limites materiais à atuação deste Poder, assentando-se na teoria democrática do poder.

A direção que tem tomado a controvérsia doutrinária, que ainda persiste acerca da existência destas limitações jurídico-valorativas à manifestação constitucional originária tem reconhecido, tende cada vez mais, ao reconhecimento da existência destes limites. Da superioridade e anterioridade da sua manifestação originária sobre os poderes constituídos não decorre que seja absoluto, capaz de inserir na Constituição qualquer conteúdo, sem atender a condições principiológico-valorativas.

---

<sup>106</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7ª ed. Coimbra: Almedina, 2003. pgs. 75 – 76.

Embora a unanimidade dos autores considere a existência de limites materiais ao poder de revisão constitucional (o poder constituinte derivado), ainda se identificam tendências na doutrina jurídica nacional e na estrangeira à estreiteza dos limites nos moldes kelsenianos, em especial quanto à limitabilidade do conteúdo material da Constituição. De fato, tal não poderia ser diferente, considerando que a conjuntura política brasileira foi marcada até a instalação da Assembleia Constituinte de 1987 por períodos de exceção, em que a redução do âmbito da legalidade culminou em verdadeira crise de legitimação Direito Constitucional<sup>107</sup>. Importa, portanto, indicar aos fundamentos da admissão da limitabilidade material também ao Poder constituinte verdadeiro e próprio<sup>108</sup>.

### **3.1 Limites decorrentes do sentimento jurídico coletivo**

Como foi demonstrado no capítulo referente à titularidade do Poder Constituinte, o exercício deste Poder envolve, ainda, o problema da legitimidade para o seu exercício. De fato, a autoridade dos *agentes* a quem é atribuída a competência constituinte é questionável à medida que devem obediência à vontade política do titular daquele Poder – o povo, titular de vontades políticas supremas e valores, que justificam o comando e a obediência dos agentes do poder político estatal, sob pena de carecerem de legitimidade. São nestes valores, produto das ideologias e do meio social, denominados por parte da doutrina de *sentimento jurídico coletivo*<sup>109</sup>, que se cristaliza nas ideias de direito de determinada ordem social, que esta manifestação e o conteúdo material do seu produto, a Constituição, encontra seus primeiros limites.

Considerando que o Poder Constituinte é a genuína e original expressão da soberania do povo e da sua vontade política, não se pode considerar sua manifestação de forma desvinculada deste mesmo sistema de valores, como explicita Bonavides:

---

<sup>107</sup> BARBOSA, Ana Paula Costa. *A Legitimação dos Princípios Constitucionais Fundamentais*. São Paulo: Renovar, 2002. p. 1.

<sup>108</sup> MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional*. 6ª ed. Coimbra: Limitada, 1997. Tomo II. p. 107.

<sup>109</sup> CAETANO, Marcello. *Manual de Ciência Política e Direito Constitucional*. Tomo I. 6ª ed. Coimbra: Almedina, 1996.

(...) O poder constituinte deixa de ser visto como um fato, como o poder que é ou que foi, para ser visto como um fato acrescido de um valor; como o poder que deve ser, conforme o título de legitimidade que lhe sirva de raiz ou respaldo na consciência dos governados. (...) <sup>110</sup>

De fato, como prova-o a história, nem todos os Estados podem ser considerados democráticos. As Constituições, sob um prisma político, podem ser democráticas ou autocráticas. Mas entre estas duas categorias, a nota distintiva é a genuidade da vontade política do povo nela expressa, sendo que só se consideram entre as primeiras aquelas emanadas mediante participação livre dos cidadãos, e não impostas pelos governantes <sup>111</sup>. No que diz respeito à legitimidade, não é o suficiente que se reúna uma Assembleia Constituinte que aprove determinado documento por meio de um procedimento livre e soberano em que se estabeleçam políticas fundamentais.

O critério de legitimidade contido na conformidade com este sistema de valores intrínseco ao titular do Poder Constituinte não há de ser considerado um simples nome, desvinculado de conteúdos de justiça e igualdade contidos na consciência jurídica do povo, sob pena e converter-se em instrumento de falsificação da realidade política, e de que os representantes do povo em Assembleia Constituinte acabem por trair o seu mandato. <sup>112</sup> Não se admite conceber como a “vontade da Constituição” poderia deixar de condicionar a vontade do criador, através de verdadeiros princípios *suprapositivos* e *supralegais*, mas também *intra-jurídicos* <sup>113</sup>. A conformidade com esta *cosmovisão* é condição de validade material e de estabilidade do ordenamento jurídico à medida que influencia não somente a edição do texto constitucional, mas também a sua permanência com o passar do tempo.

Hesse analisa o assunto da seguinte forma:

A norma constitucional não tem existência autônoma em face da realidade. A sua essência reside na sua *vigência*, ou seja, a situação por ela regulada pretende ser concretizada na realidade. Essa pretensão de eficácia (*Geltungsanspruch*) não pode ser retirada das condições históricas de sua realização, que estão, de diferentes formas, numa relação de interdependência, criando regras próprias que não podem ser

---

<sup>110</sup> BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 22ª ed. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 160.

<sup>111</sup> MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional*. Tomo II. 4ª ed. Coimbra: Limitada, 2000. p. 98.

<sup>112</sup> SILVA, José Afonso da. *Poder constituinte e poder popular: Estudos sobre a Constituição*. 1ª ed. São Paulo: Malheiros, 2000. p. 69.

<sup>113</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7ª ed. Coimbra: Almedina, 2003. p. 81.

desconsideradas. Devem ser contempladas aqui as condições naturais, técnicas, econômicas e sociais. A pretensão de eficácia da norma jurídica somente será realizada se levar em conta essas condições. Há de ser, igualmente, contemplado o substrato espiritual que se consubstancia num determinado povo, isto é, as concepções sociais e concretas e o baldrame axiológico que influenciam decisivamente a conformação, o entendimento e a autoridade das proposições normativas.<sup>114</sup>

Assim sendo, apesar da teorização do constitucionalismo liberal, que considera o Poder Constituinte um ato soberano tirado “do nada” e que cria todo o direito, e das teorias juspositivas que consideram a Constituição um mero documento em que se funda o Estado, como defendia Lassale, não se pode desconsiderar a existência prévia do povo, elemento do próprio Estado, e a partir do qual provém esta manifestação política. Isto visando a mitigar a ilimitabilidade do poder constituinte originário, a fim de impedir possíveis retrocessos sociais e insurgências contra os direitos fundamentais. Supondo que determinada parcela dos Constituintes pretenda, por exemplo, editar uma nova Constituição brasileira criando distinções entre homens e mulheres, ou impusessem desigualdades raciais. A norma formal assim editada, apesar de que poderia reputar-se formalmente válida, careceria de aplicabilidade, considerando que séculos de evolução do *consensus* político conduziu à rejeição de tais distinções. A evolução histórica dos direitos fundamentais, que conduziu ao reconhecimento de variadas dimensões a estes direitos se deu paralelamente à evolução dessas ideias coletivas de justiça, de forma que não se pode conceber, sob uma perspectiva pós-positivista, a negação do valor histórico-político dos direitos fundamentais como critério de legitimidade da ordem jurídica.

É nesta medida que os valores comandam a norma. Valores econômicos, sociais e políticos estes que não são inventados pela Constituição, mas o antecedem e permeiam toda a sua vigência. Não se cuida, portanto, de especificar limites formais à manifestação constituinte, os quais se referem ao modo de convocação, composição e funcionamento da Assembleia constituinte. Mas, antes, de limites materiais que se colocam a esta convocação, contidos nas aspirações jurídicas que transcendem o Estado, daí a sua denominação, por parte da doutrina, de limites *transcendentes*, os quais impõem-se à vontade do Estado e, em Estados democráticos, à vontade do povo,

---

<sup>114</sup> HESSE, Konrad. *A Força Normativa da Constituição*. Trad. de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1991. pgs. 14 – 15.

demarcando sua esfera de intervenção através de valores éticos superiores e uma consciência jurídica coletiva<sup>115</sup>.

Barroso demonstra com precisão esta tese, seguindo o entendimento de Burdeau:

Se a teoria democrática do poder constituinte se assenta na sua legitimidade, não há como imaginá-lo como um poder ilimitado. O poder constituinte estará sempre condicionado pelos valores sociais e políticos que levaram à sua deflagração e pela ideia de Direito que traz de si. Não se trata de um poder exercido em um vácuo histórico, nem existe norma constitucional autônoma em relação à realidade. O poder constituinte, portanto, também é um poder de Direito. Ele está fora e acima do Direito posto preexistente, mas

é limitado pela cosmovisão da sociedade – suas concepções sobre ética, dignidade humana, justiça, igualdade, liberdade – e pelas instituições jurídicas necessárias à sua positivação. Fora daí pode haver dominação e outorga, mas não constitucionalismo democrático.<sup>116</sup>

### 3.2 Limites decorrentes do direito internacional

O poder político do Estado não se apresenta isolado. No contexto contemporâneo, de um mundo globalizado e cosmopolita, cada ente estatal deve necessariamente coexistir com outros. Pressupõe-se a existência do Estado e a sua soberania não somente na ordem interna, mas também numa ordem externa, na qual se insere<sup>117</sup>. Todos os Estados estão conectados, seja econômica, social ou culturalmente, culminando em última instância numa relação de interdependência entre as nações. Anteriormente, os movimentos constitucionalistas e de proteção dos direitos fundamentais se restringiam ao plano interno, cabendo a cada Estado soberano garantir e restringir livremente os direitos de forma independente. Contudo, inexoravelmente esta proteção meramente por parte dos órgãos internos do Estado representa riscos de que os abusos cometidos em nome daqueles estatutos de direito interno, em especial verificados na segunda metade do século XX, venham a se repetir<sup>118</sup>. A reação à

---

<sup>115</sup> MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional*. Tomo II. 4ª ed. Coimbra: Limitada, 2000. pgs. 108 - 109.

<sup>116</sup> BARROSO, Luís Roberto. *A Nova Interpretação Constitucional: Ponderação, direitos fundamentais e relações privadas*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

<sup>117</sup> MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional*. Tomo III. 4ª ed. Coimbra: Limitada, 2000. pgs. 170 – 171.

<sup>118</sup> PINHEIRO, Carla. *Direito Internacional e Direitos Fundamentais*. 1ª ed. São Paulo: Atlas, 2001. p. 57.



possibilidade de calamidades futuras fez com que a comunidade internacional, em nome da segurança dos direitos considerados inerentes ao homem, desenvolvesse um processo de restrição jurídica do paradigma da soberania estatal.

Num movimento eminentemente humanizante, inicia-se assim a internacionalização dos direitos humanos – aqueles direitos que, considerados além da esfera do direito interno, são considerados de validade universal e inalienáveis, dignos, portanto, da máxima proteção quanto à sua efetividade, inclusive por meio de órgãos e entidades criados pela comunidade internacional para este fim. Nisto consiste o valorativo de uma nova perspectiva do direito internacional, com o surgimento de um direito *supranacional*. A partir da pré-compreensão da dignidade da pessoa humana, sua vigência independe de sua positivação dentro de determinado ordenamento<sup>119</sup>, fundando uma verdadeira ética universal<sup>120</sup>.

A terminologia dos direitos fundamentais recebe, sob esta perspectiva internacional, a denominação de direitos humanos. Majoritariamente, a distinção semântica entre esses termos se refere ao grau de concretização positiva dessas categorias, levando em conta que aos direitos fundamentais corresponde um conceito preciso e estrito, enquanto aos direitos humanos não se impõe uma delimitação espacial ou temporal. Pode-se dizer que os direitos fundamentais entendem-se como os direitos humanos reconhecidos e garantidos, no plano interno, pela Constituição. Os direitos humanos constituiriam, portanto, uma categoria prévia, legitimadora e informadora dos direitos fundamentais, incidindo além da ordem jurídica nacional respectiva, adquirindo validade universal.<sup>121</sup>

Estes novos direitos tidos como inerentes e inalienáveis não poderiam ser restringidos ou negados, delegando aos indivíduos não somente a titularidade de direitos fundamentais positivados nacionalmente, mas também direitos humanos previstos e protegidos por uma ampla normatividade principiológica internacionalmente proclamada e protegida:

---

<sup>119</sup> ALEXY, Robert. *Colisão de Direitos Fundamentais e Realização de Direitos Fundamentais no Estado de Direito Democrático*. Trad. Virgílio Afonso da Silva. In: Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, n. 217, 1999. p. 67.

<sup>120</sup> BARROSO, Luís Roberto. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: Os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010. pgs. 115 - 116

<sup>121</sup> MORAES, Guilherme Braga Peña. *Dos Direitos Fundamentais: Contribuição para uma Teoria*. 1ª ed. São Paulo: LTR.

O reconhecimento de que os seres humanos têm direitos sob o plano internacional implica na noção de que a negação desses mesmos direitos impõe, como resposta, a responsabilização internacional do Estado violador. Isto é, emerge a necessidade de delinear limites à noção tradicional de soberania estatal, introduzindo formas de responsabilização do Estado na arena internacional, quando as instituições nacionais se mostram omissas ou falhas na tarefa de proteção dos direitos humanos internacionalmente assegurados. Verificar-se-á como, na ordem contemporânea, reforça-se, cada vez mais, este complexo sistema de “concorrência internacional”, pelo qual a ausência ou insuficiência de respostas às violações de direitos humanos, no âmbito nacional, justifica o controle, a vigilância e o monitoramento desses direitos pela comunidade internacional. (...) <sup>122</sup>

Assim sendo, o esforço de reconstrução dos direitos humanos, como paradigma e referencial ético a orientar a ordem internacional contemporânea, é introduzido pela Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948. Este representou o maior marco até então da concepção contemporânea dos direitos humanos, considerados a partir de então universais e indivisíveis. Sua universalidade, que consiste na crença de que a condição humana é o único requisito para que o indivíduo seja digno e titular de direitos. Por sua vez, a garantia dos direitos civis e políticos mostra-se condição para a observância de outros, como os sociais, econômicos e culturais, sendo verdadeira a recíproca e daí a sua indivisibilidade e interdependência <sup>123</sup>.

O Tribunal de Nuremberg é também considerado importante impulso no movimento de internacionalização dos direitos humanos. Consolidando a ideia de necessária limitação da soberania nacional, foi-lhe deferida entre 1945 e 1948 a competência para julgar e aplicar punições dos fundadores e operadores dos abusos cometidos pelos Estados nazifascistas. Com efeito, o julgamento de tais violações por cortes nacionais não seria compatível com a escala dos crimes cometidos. Observe-se que, atualmente, o órgão responsável pela tarefa jurisdicional nas Nações Unidas é a Corte Internacional de Justiça, que iniciou suas atividades em abril de 1946.

Dentre a ampla rede de instrumentos garantidores dos direitos humanos, mostra-se relevante, também, o Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos, cuja entrada em vigor se deu em 1976, que em seu art. 7º, a vedação à tortura, a penas ou

---

<sup>122</sup> PIOVESAN, Flávia. *Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional*. 4ª ed. São Paulo: Max Limonad, 2000. pgs. 33 – 34.

<sup>123</sup> PIOVESAN, Flávia. *Direitos Humanos, Democracia e Integração Regional: Os desafios da globalização*. In: Revista de Direito Constitucional e Internacional, São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 37, out-dez 2001. p. 111.

tratamentos cruéis, desumanos ou degradantes e, sobretudo, a submissão de qualquer pessoa “sem seu livre consentimento, a experiências médias ou científicas”. Veda, ainda, a submissão de qualquer pessoa à servidão ou ao, trabalho escravo, em todas as suas formas. Ainda, seu artigo 40 impõe aos Estados a obrigação de “submeter relatórios sobre as medidas por eles adotadas para tornar efetivos os direitos reconhecidos no presente Pacto e sobre o processo alcançado no gozo desses direitos”.

Merece destaque também a Convenção Internacional sobre a Eliminação de todas as formas de Discriminação Racial, adotada pela ONU em 1965, que em seu art. 2º impõe aos Estados signatários o compromisso de “adotar, por todos os meios apropriados e sem dilações, uma política destinada a eliminar a discriminação racial em todas as suas formas e a encorajar a promoção de entendimento entre todas as raças (...)”.

Dentre as diversas normas, tratados e declarações de direitos humanos que vinculam a comunidade internacional, podem-se citar a Convenção sobre a Eliminação de todas as formas de Discriminação contra a Mulher, de 1979, a Convenção sobre os Direitos da Criança de 1989 e o Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais de 1996, dentre tantos outros, que sob o viés garantístico proclamam direitos e impõem obrigações aos Estados-partes.

Assim, como consequência da inevitável inserção dos Estados no plano internacional e na nova normatividade dos direitos humanos surge uma segunda limitação que a doutrina do direito constitucional reconhece à amplitude da disposição material do Poder Constituinte Originário, considerando que a Constituição material sofre limitações de conteúdo não somente quanto ao sentimento jurídico do povo constituinte, mas também de uma normatividade supraconstitucional externa, neste aspecto, fundada na contemporânea interdependência entre os Estados, e na obrigatoriedade da garantia dos direitos humanos internacionalmente consagrados.

Aquele poder inicialmente considerado ilimitado, ao passo que não surge num vácuo político, também não surge dissociado da comunidade internacional, diante da qual seus integrantes são reconhecidamente titulares de direitos pré-considerados a todos os homens. Estes direitos humanos servem, em última instância, de enquadramento razoável para o *constitucionalismo global*, compreendendo a elevação do pressuposto da dignidade da pessoa humana a fundamento inalienável de todos os

constitucionalismos. Hodiernamente, as normas cogentes (*jus cogens*<sup>124</sup>) do direito internacional passam a servir, ainda, como parâmetro de validade das Constituições nacionais, implicando até mesmo na nulidade das normas violadoras daqueles estatutos<sup>125</sup>.

Por fim, quanto ao reconhecimento do direito internacional como limite do Poder Constituinte Originário, posiciona-se Saldanha:

A intensificação da vida internacional, fundamentada sobre um dos mais emocionantes processos culturais da atualidade – a aglutinação cultural do mundo -, oferece à ação do poder constituinte de hoje uma série de dificuldades positivas. Com efeito, a vida constitucional se achando cada vez mais mergulhada na dimensão internacional das nações, dá-se o que se pode chamar, com Mirkin-Huétzévich, a “internacionalização do poder constituinte”. Por certo que uma ligação jurídica da vida nacional com a internacional constitui uma aventura singular e singularmente tentadora para a histórica cultural do direito; mas esta contingência, com ser um alargamento das possibilidades, apresenta uma limitação ao poder constituinte: o qual já terá de, ao atuar, levar em conta uma porção de conveniências jurídico-internacionais: respeito a tratados e pactos, a princípios do direito das gentes, etc.<sup>126</sup>

---

<sup>124</sup> PASOLD, Cesar; ESPÍRITO SANTO, Davi do. (orgs) *Reflexões sobre a teoria da Constituição e do Estado*. 1ª ed. São Paulo: Insular, 2013. p. 252.

<sup>125</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7ª ed. Coimbra: Almedina, 2003. pgs. 1217 – 1218.

<sup>126</sup> SALDANHA, Nélon. *O Poder Constituinte*. 1ª ed. São Paulo: RT, 1986. p. 91.

## CONCLUSÃO

A inovação constitucional originária cumpre função central na resolução de crises institucionais, em momentos de ruptura e épocas de transição política dentro dos Estados. De fato, como é demonstrado pela história das constituições nacionais, assim que o Poder Constituinte Originário democraticamente regulado fixa, numa Lei Fundamental, os principais valores reclamados pelas forças constituintes, as instabilidades causadas pelas manifestações reivindicatórias de mudanças tendem a serenar. Assim, sob a condição de que a Constituição seja instaurada mediante procedimento justo e participativo, ela se mostra verdadeira técnica experimentada na resolução de crises.

Contudo, à luz dos acontecimentos históricos que marcaram a primeira metade do século XX, a moderna doutrina do direito constitucional alerta que, neste contexto de instabilidade, exige-se cautela. Afinal, de forma a usurpar o poder popular, não se ignora o risco de que determinado grupo ou personalidade, tomando para si o título de verdadeiro representante da vontade nacional, utilize a técnica constitucional para cercear certos direitos fundamentais, em especial das minorias que se inserem no povo e cuja voz ativa é restrita. Não obstante, que insira na Constituição caracteres ideológicos que retrocedam o alcance e efetividade dos direitos e liberdades adquiridos laboriosamente pelo povo no decorrer da história.

De fato, para que a ordem constitucional seja considerada legítima, deve ter sido insaturada democraticamente. Porém, o respeito ao princípio democrático não se limita à mera expressão da vontade da maioria, mas sim que envolva a participação do povo integralmente considerado, instaurador e destinatário da nova ordem jurídica. É imprescindível à verdadeira garantia do princípio democrático, portanto, que o povo todo, em sua pluralidade, seja beneficiado pelos valores consagrados constitucionalmente.

Como foi verificado, a manifestação originária do Poder Constituinte encontra limitações, primeiramente em função da vontade ou sentimento político coletivo da pluralidade popular, das ideias de direito e justiça contidas na ordem social. Encontra-se superada a noção de que o Poder Constituinte seria ato soberano e tirado “do nada”. O Poder Constituinte não se mostra mero fato, mas fato acrescido de um valor, servindo esta conformidade com os valores intrínsecos ao povo como verdadeiro título de legitimidade e condição de eficácia da Constituição. É nesta medida que os

valores comandam a norma, valores estes que antecedem a Constituição e permeiam toda a sua vigência. Ou seja, se a teoria democrática do poder constituinte se baseia na sua legitimidade, não se pode imaginá-lo como poder ilimitado. Em segundo lugar, num mundo globalizado e no qual os Estados necessariamente se inter-relacionam na comunidade internacional, impõem-se limites materiais à obra do Poder Constituinte Originário por meio da ampla normatividade e da variada rede de instrumentos decorrentes do Direito Internacional, em prol da proteção dos direitos humanos.

Assim sendo, a existência de limites materiais do Poder Constituinte Originário não apenas se mostra compatível com o sentido democrático, mas também é condição de garantia dos direitos fundamentais. Estes direitos, a partir da sua afirmação histórica, são contemporaneamente considerados o alicerce valorativo do Estado, não se podendo falar em verdadeira democracia sem direitos fundamentais. Transcendendo a criação das normas básicas do Estado-instituição, o conteúdo material da Constituição reflete a verdadeira natureza humanizante do Poder Constituinte Originário: prover a democracia e a efetiva garantia dos direitos fundamentais.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ACCIOLY, Hildebrando; SILVA, G. E. do Nascimento e; CASELLA, Paulo B. *Manual de direito internacional público*. 18ª ed. São Paulo, SP: Saraiva, 2010.

AGRA, Walber de Souza. *Curso de Direito Constitucional*. 8ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.

\_\_\_\_\_. *Direitos Fundamentais no Estado Constitucional Democrático*. Trad. Virgílio Afonso da Silva. In: Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, n. 217, jul./set.1999.

ARAÚJO, Luiz Alberto David; NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. *Curso de Direito Constitucional*. 16ª ed. São Paulo: Verbatim, 2011.

ARENDT, Hannah. *Eichmann em Jerusalém: um Relato sobre a Banalidade do Mal*. 1ª ed. São Paulo: Companhia das Letras.

BARACHO, José Alfredo de Oliveira. *Teoria da Constituição*. São Paulo: Resenha Universitária, 1979.

BARBOSA, Ana Paula Costa. *A Legitimação dos Princípios Constitucionais Fundamentais*. 1ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

BARROSO, Luís Roberto. *A Nova Interpretação Constitucional: Ponderação, direitos fundamentais e relações privadas*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

\_\_\_\_\_. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

BERCOVICI, Gilberto. *Soberania e Constituição: Para uma Crítica ao constitucionalismo*. 1ª ed. São Paulo: Quartier Latin do Brasil, 2008.

BOBBIO, Norberto, MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. *Dicionário de Política*. Trad. Carmen C. Variale. 12ª Ed. Brasília: Universidade de Brasília, 2004.

BOBBIO, Norberto. *A Era dos Direitos*. 1ª ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004. Trad. Nelson Coutinho.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 22ª ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

CADEMARTORI, Sergio. *Estado de Direito e Legitimidade*. 2ª ed. Campinas: Millenium, 2007.

CADERMATORI, Sergio. *Estado de Direito e Legitimidade: uma Abordagem garantista*. 2ª ed. Campinas: Millenium, 2007.

CAETANO, Marcello. *Manual de Ciência Política e Direito Constitucional*. Tomo I. 6ª ed. Coimbra: Almedina, 1996.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7ª ed. Coimbra: Almedina, 2003.

CARVALHO, Kildare Gonçalves. *Direito Constitucional didático*. 3ª ed. Belo Horizonte: Del Rey, 1994.

- CAVALCANTI, Francisco Ivo Dantas. *Direito Constitucional e Instituições Políticas*. 1ª ed. Bauru: Javoli, 1986.
- CENEVIVA, Walter. *Direito Constitucional Brasileiro*. 1ª ed. São Paulo: Saraiva, 1989.
- CRETELLA JR., José. *Elementos de Direito Constitucional*. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.
- CRUZ, Paulo Márcio. *Fundamentos de Direito Constitucional*. 1ª ed. Curitiba: Juruá, 2002.
- DALLARI, Dalmo de Abreu. *Elementos de Teoria Geral do Estado*. 31ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012.
- DINIZ, Márcio Augusto de Vasconcelos. *Constituição e Hermenêutica Constitucional*. 1ª ed. Belo Horizonte: Andamentos, 1998.
- FARIAS, José Fernando de Castro. *Crítica à Noção tradicional de Poder Constituinte*. 1ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1998.
- FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Direitos humanos fundamentais*. 12ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010.
- \_\_\_\_\_. *Curso de Direito Constitucional*. 12ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010.
- \_\_\_\_\_. *O poder constituinte*. 5. Ed. Ver. São Paulo: Saraiva, 2007.
- FERREIRA, Pinto. *Princípios Gerais do Direito Constitucional Moderno*. 5ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1971.
- FERREIRA, Wolgran Junqueira. *Elementos de Direito Constitucional*. 2ª ed. São Paulo: Juriscredi, 1972.
- FRANCO, Afonso Arinos de Melo. *Direito Constitucional*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1981.
- HESPANHA, António Manuel. *Cultura Jurídica Européia: Síntese de um Milênio*. 1ª ed. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2009.
- HESSE, Konrad. *Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha*. Trad. de Luíz Afonso Heck. 20ª ed. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1998.
- \_\_\_\_\_. *A Força Normativa da Constituição*. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1991.
- JACQUES, Paulino. *Curso de Direito Constitucional*. 7ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1974.
- JEVEAUX, Geovany Cardoso. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 1ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008.
- KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. Trad. João Baptista Machado. 6ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 1999.
- KOMPARATO, Fábio Konder. *A Afirmação Histórica dos Direitos Humanos*. 7ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011.



- LASSALE, Ferdinand. *A Essência da Constituição*. Trad. Walter Stonner. 9ª Ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.
- LOPES, José Reinaldo de Lima. *O Direito na História*. 3ª ed. São Paulo: Atlas, 2008.
- MALUF, Sahid. *Direito Constitucional*. 19ª ed. São Paulo: Sugestões Literárias, 1986.
- MARTINS NETO, João dos Passos. *Direitos fundamentais: conceito, função e tipos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.
- MARTINS, Cristiano Franco. *Princípio Federativo e Mudança Constitucional: Limites e Possibilidades na Constituição Brasileira de 1988*. 1ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris
- MBAYA, Etienne-Richard. *Gênese, Evolução e Universalidade dos Direitos Humanos frente à Diversidade de Culturas*. In: Revista Estudos Avançados, São Paulo, n. 30, mai./ago. 1997.
- MELLO, Cláudio Ari. *Democracia Constitucional e Direitos Fundamentais*. 1ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.
- MENDES, Gilmar Ferreira. *Direitos Fundamentais e Controle de Constitucionalidade: Estudos de Direito Constitucional*. 2ª ed. São Paulo: Celso Bastos Editor: Instituto Brasileiro de Direito Constitucional, 1999.
- MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 9ª ed. São Paulo: Saraiva, 2014.
- MEZZARROBA, Orides; MONTEIRO, Cláudia Servilha Monteiro. *Manual de Metodologia da Pesquisa no Direito*. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009.
- MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional*. Tomo I. 6ª ed. Coimbra: Limitada, 1997.
- \_\_\_\_\_. *Manual de Direito Constitucional*. Tomos II a IV. 4ª ed. Coimbra: Limitada, 2000.
- MONTESQUIEU, Charles de Secondat. *O Espírito das Leis*. Trad. Pedro Vieira Mota. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 1998.
- MORAES, Guilherme Braga Peña. *Dos Direitos Fundamentais: Contribuição para uma Teoria*. 1ª ed. São Paulo: LTR, 1997.
- MULLER, Friedrich. *Quem é o povo? A Questão Fundamental da Democracia*. Trad. Peter Naumann. 2ª ed. São Paulo: Max Limonad, 2000.
- NEGRI, Antônio. *O Poder Constituinte: Ensaio sobre as Alternativas da Modernidade*. Trad. Adriano Pilatti. 1ª ed. Rio de Janeiro: DP&A Editora, 2002.
- PASOLD, Cesar; ESPÍRITO SANTO, Davi do. (orgs) *Reflexões sobre a teoria da Constituição e do Estado*. 1ª ed. São Paulo: Insular, 2013.
- PINHEIRO, Carla. *Direito Internacional e Direitos Fundamentais*. 1ª ed. São Paulo: Atlas, 2001.
- PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e direito constitucional internacional*. 4ª ed. São Paulo: Max Limonad, 2000
- \_\_\_\_\_. *Direitos Humanos, Democracia e Integração Regional: Os desafios da globalização*. In: Revista de Direito Constitucional e Internacional, São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 37, out./dez. 2001.

- REALE, Miguel. *Teoria do Direito e do Estado*. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 2000.
- \_\_\_\_\_. *Horizontes do Direito e da História*. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2000.
- REZEK, Francisco. *Direito Público Internacional: Curso Elementar*. 12ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010.
- ROSA, Antônio José Miguel Feu. *Direito Constitucional*. 1ª ed. São Paulo: Saraiva, 1998.
- ROUSSEAU, Jean-Jacques. *O Contrato Social*. 15ª ed. São Paulo: Cultrix, 2005.
- RUSCHEL, Ruy Ruben. *Direito Constitucional em Tempos de Crise*. 1ª ed. Porto Alegre: Sagra Luzzatto Editores, 1997.
- RUSSOMANO, Rosah. *Curso de Direito Constitucional*. 5ª ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1997.
- SALDANHA, Nélon. *O Poder Constituinte*. 1ª ed. São Paulo: RT, 1986.
- SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais: uma Teoria geral dos Direitos Fundamentais na Perspectiva Constitucional*. 12ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015.
- SCHAFFER, Jairo Gilberto. *Direitos fundamentais: Proteção e restrições*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.
- SIEYÈS, Emmanuel Joseph. *A constituinte burguesa: que é o terceiro Estado?* Org. Aurélio Wander Bastos. Trad. Norma Azevedo. Rio de Janeiro: Juris, 1986.
- SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 35ª ed. São Paulo: Malheiros, 2011.
- \_\_\_\_\_. *Poder constituinte e poder popular: Estudos sobre a Constituição*. 1ª ed. São Paulo: Malheiros, 2000.
- SILVA, Reinaldo Pereira e. *A Dignidade da Pessoa Humana como Condição de Possibilidade de Sentido*. In: Revista de Direito Privado, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais v. 06, n. 24 (dez., 2005).
- TEMER, Michel. *Elementos de Direito Constitucional*. 22ª ed. São Paulo: Malheiros, 2008.
- TORRES, Ricardo Lobo (org.). *Teoria dos Direitos Fundamentais*. 1ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.
- WACHOWICZ, Marcos. *Poder Constituinte & transição constitucional: perspectiva histórico-constitucional*. 2ª ed. Curitiba: Juruá, 2008.
- WOLKMER, Antônio Carlos. *Síntese de uma História das Ideias Jurídicas: da Antiguidade Clássica à Modernidade*. 2ª ed. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2008.