

**CENTRO UNIVERSITÁRIO
ANTÔNIO EUFRÁSIO DE TOLEDO DE
PRESIDENTE PRUDENTE**

FACULDADE DE DIREITO DE PRESIDENTE PRUDENTE

**NORMAS CONSTITUCIONAIS INVÁLIDAS:
UMA ANÁLISE À LUZ DOS DIREITOS NATURAIS**

João Vitor Conti Parron

Presidente Prudente/SP
2018

**CENTRO UNIVERSITÁRIO
“ANTÔNIO EUFRÁSIO DE TOLEDO” DE
PRESIDENTE PRUDENTE**

FACULDADE DE DIREITO DE PRESIDENTE PRUDENTE

**NORMAS CONSTITUCIONAIS INVÁLIDAS:
UMA ANÁLISE À LUZ DOS DIREITOS NATURAIS**

João Vitor Conti Parron

Monografia apresentada como requisito parcial de Conclusão de Curso para obtenção do Grau de Bacharel em Direito, sob orientação do Professor Doutor Sérgio Tibiriçá Amaral.

Presidente Prudente/SP
2018

NORMAS CONSTITUCIONAIS INVÁLIDAS: UMA ANÁLISE À LUZ DOS DIREITOS NATURAIS

Trabalho de Conclusão de Curso aprovado como requisito parcial para obtenção do Grau de Bacharel em Direito.

Sérgio Tibiriçá Amaral
Orientador

Daniel Gustavo de Oliveira Colnago Rodrigues
1º Examinador

Atis de Araújo Oliveira
2º Examinador

Presidente Prudente/SP, 26 de novembro de 2018.

*Quis custodiet ipsos custodes?*¹

¹ Brocardo romano atribuído ao poeta Juvenal, traduzido de várias maneiras, como: “Quem vigia os vigilantes?” “Quem guardará os guardiões?” “Quem nos protege dos protetores?”. Eis a máxima do presente ensaio.

AGRADECIMENTOS

Agradecer, neste momento, mais do que cumprir um requisito de forma, é, antes de tudo, cumprir com valores importantes da vida, como humildade e reconhecimento. O grato encoraja o solidário, enobrece sua existência, atrai pra si sempre novos auxílios e, assim que pode, dá continuidade a esta corrente do bem.

Assim aprendi com meus pais, motivo pelo qual os registro em primeiro lugar. Mãe, Kely Roberta Fiel Conti Parron, e pai, Nilson Paulo Parron Aranda, não importa quantas palavras eu redija em nome de vocês, tenho certeza que seriam insuficientes, ante todos os cuidados despendidos comigo até hoje. Assim, o maior agradecimento que posso lhes dar não é com palavras, mas com atitudes, sobretudo, resultados, a exemplo deste singelo trabalho que hoje defendo. Saibam que, por toda minha existência, trabalharei para que se orgulhem de mim, pois tenho certeza que é o maior agradecimento que posso lhes dar.

Agradeço, ainda, minha irmã, Mariana Conti Parron, pela companhia e lealdade divida comigo desde cedo, pois são valores que tenho certeza não encontrarei facilmente em outro lugar.

Ao Professor Dr. Sérgio Tibiriçá Amaral, por quem tive a grande honra de ser orientado, agradeço imensamente pela prontidão que sempre lhe foi ímpar e pelo absoluto zelo com que me auxiliou, não só no desenvolvimento deste trabalho, mas por toda minha trajetória acadêmica. Se mostrou um homem de palavra, pois guardo na memória quando anunciou que “nunca diria não a alguém, se o interesse fosse acadêmico” e, de fato, nunca disse.

Ao meu amigo e professor, hoje na qualidade de examinador deste trabalho, Daniel Colnago Rodrigues, por quem nutro profunda admiração, agradeço por aceitar este convite e, especialmente, por sua marcante participação em minha trajetória como aluno, afinal, foi quem despertou em mim o interesse pela vida acadêmica, a qual me dedicarei pelo resto de minha vida, lembrando-me de você.

Ao Dr. Atis de Araújo Oliveira, também examinador deste trabalho, registro que minhas poucas palavras de gratidão são diametralmente opostas à importância que teve em minha vida. Em um momento de muitas incertezas, seus ensinamentos abriram um novo horizonte em minha vida, seja para minha trajetória acadêmica, profissional ou pessoal, sendo que, em razão disso, hoje sou muito satisfeito pela certeza do caminho que trilharei. Terá minha gratidão eterna.

Não poderia deixar de reservar um espaço especial à minha namorada, Letícia Achilles Shigematsu, uma das maiores recompensas que esta graduação me trouxe, para agradecê-la por todo o apoio, paciência e dedicação destinados a mim neste período. Minha convivência com você faz com que a busca por meus objetivos se torne sempre mais agradável e as recompensa muito mais satisfatórias. Este foi só mais um deles.

Agradeço, por fim, a todos os amigos que me incentivaram na busca por estes estudos e, junto de mim, sempre estiveram dispostos a discutir as ideias sobre liberdade. Estes valores, a propósito, busquei inserir, ao máximo que pude, no presente trabalho, como forma de retribuição.

RESUMO

A proposta deste trabalho monográfico é realizar uma abordagem do Direito Constitucional à luz dos direitos naturais, especialmente em relação às Constituições. O objetivo é, por meio de uma metodologia de pesquisa bibliográfica, de caráter explicativo, realizar um panorama histórico, regatando-se as precípuas funções constitucionais, estabelecidas desde os primeiros eventos históricos que a desencadearam, realizando-se um comparativo com os modelos de constituição vistos atualmente. A partir de então, o estudo terá por base uma análise sobre as mudanças pelas quais os conceitos, conteúdos e finalidades das Constituições passaram ao longo do tempo, analisando-se a existência de eventuais incompatibilidades observadas em função destes fenômenos. O passo seguinte, será discorrer acerca do Poder Constituinte, especialmente o originário, uma vez que é o responsável por dar início a uma Constituição e, conseqüentemente, exerce grande influência no conteúdo destes documentos. Avançando o trabalho, pretende-se realizar uma abordagem jusnaturalista minuciosa sobre a existência (ou não) de direitos naturais, destacando-se quais seriam eles, se o caso, e os fundamentos destas conclusões. Superadas estas etapas, almeja-se, com os elementos já angariados ao longo do trabalho, promover uma análise crítica sobre eventuais incongruências existentes dentro de um texto constitucional, seja pela incompatibilidade entre algumas disposições ou pelo desvio de sua finalidade. Para tanto, serão utilizadas, para fins de comparação, as Constituições Liberais e Dirigentes, apresentando-se as distinções entre elas, bem como as conseqüências da adoção de cada modelo. Por fim, propõe-se, em razão de todas as premissas fixadas ao longo do estudo, que algumas normas constitucionais sejam consideradas inválidas, utilizando-se, principalmente, a teoria das “Normas Constitucionais Inconstitucionais” do jurista alemão Otto Bachof, como respaldo à proposição.

Palavras-chaves: Constituição. Poder Constituinte. Direitos Naturais. Limitações. Normas Constitucionais Inválidas.

ABSTRACT

A proposal of this work is monographed in Constitutions Law in the light of the natural rights, especially in relation to the Constitutions. The goal is, through a methodology of bibliographical research, to make a historical overview, define the predefined functions, highlight the main historical events that triggered, making a comparison with the models of structure currently seen. From this, the study is based on an analysis of the changes in the concepts, indexes and conclusions of the Constitutions over time, analyzing the existence of possible incompatibilities observed in its operation. The following, will disagreement about the constituency, in which not important, which and the part in the content by a member of constitutional, in the case of the implementation of the case of the implementation of the case of the may be used in the construction of which is the case. The objective is the working, proposes-to-one approach to minority justification in the existence (or not) of natural rights, highlighting where they are, if any, and the financing of generations. The superstructures, instead of with the elements already collected during the exercise, and since the inconsistencies are included in a constitutional text, that is, by the incompatibility between some options or the deviation of their purpose. In order to do so, they will be used, for purposes of comparison, as Liberal Constitutions and Director's Constitution, presenting themselves as distinctions between them, as well as those contained in the application of each model. Finally, it is proposed, using mainly the theory of the "Constitutional Unconstitutional Standards" of the German jurist Otto Bachof, in support of the proposition.

Keywords: Constitution. Constituent Power. Natural Rights. Limitations. Invalid Constitutional Norms.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	10
2 NOÇÕES INICIAIS SOBRE CONSTITUIÇÃO	12
2.1 Mutações dos Conceitos de Constituição	14
2.2 Organização do Estado.....	14
2.3 Hierarquização Normativa.....	15
2.4 Novas Gerações de Direitos	15
2.5 Atuais Conceitos de Constituição.....	16
2.6 Surgimento: A Elementar Magna Carta de João Sem-Terra.....	18
2.7 O Progresso dos Fenômenos Constitucionais	20
3. ACEPÇÕES DE CONSTITUIÇÃO	22
3.1 Sentido Sociológico.....	22
3.2 Sentido Político	23
3.3 Sentido Material e Formal	24
3.4 Sentido Jurídico	25
3.5 Sentido Simbólico	26
4 O PODER CONSTITUINTE	27
4.1 Do Poder Constituinte Originário.....	28
4.2.1 Limitações ao poder constituinte originário	28
5 DOS DIREITOS NATURAIS: A TRAGÉDIA DE ANTÍGONA.....	31
6 A ORIGEM DOS DIREITOS.....	34
7 O DIREITO E A LEI	37
8 DIREITOS NATURAIS EM ESPÉCIES.....	41
8.1 Direito à Vida.....	41
8.2 Direito à Liberdade	42
8.3 Direito à Propriedade	43
8.4 Direitos Naturais e a Contradição Performativa.....	44
9 DIREITOS NATURAIS E SUA FUNÇÃO LIMITADORA	46
10 A INCOMPATIBILIDADE ENTRE NORMAS CONSTITUCIONAIS.....	49
10.1 Constituição Liberal ou Negativa.....	49
10.2 Constituições Dirigentes.....	50
10.3 Impropriedades do Dirigismo Constitucional	51
10.3.1 A incompatibilidade entre direitos naturais e de legislação	51
10.3.2 Os direitos de bem-estar	53
10.3.3 O aumento do poder estatal.....	54
11 NORMAS CONSTITUCIONAIS INVÁLIDAS: O JUSNATURALISMO EM OTTO BACHOF	57

12 CONCLUSÃO	62
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	64

1 INTRODUÇÃO

Desde o domínio da escrita as pessoas buscam se organizar por meio da posituação de determinadas regras, geralmente de anuência comum, de modo a contribuir para a melhor convivência dos membros de um grupo.

Com o progresso da humanidade, também as normas jurídicas foram se modernizando, sendo que, atualmente, o principal documento que representa estas regras gerais de convivência de é o que chamamos de Constituição.

As Constituições foram idealizadas sob duas premissas: combater poderosos absolutistas, limitando seus poderes e conclamando a abstenção do Estado da vida dos particulares; e defender os direitos individuais de ataques arbitrários destes governantes e dos próprios membros do respectivo grupo.

Elas figuram no topo de um ordenamento jurídico, irradiando valores para todas as demais normas posteriormente elaboradas, extraindo-se daí sua máxima importância. Assim, uma Constituição com eventuais erros, dissemina estes fundamentos equivocados para todo o ordenamento jurídico, merecendo, pois, especial atenção.

Percebe-se, contudo, que, atualmente, as Constituições apresentam não só a forma distinta, mas profunda modificação em relação às matérias tuteladas. Diante deste cenário, o presente estudo busca analisar estas mudanças sofridas pelos modelos constitucionais, avaliando-se as consequências trazidas aos indivíduos em cada caso. Em complemento, busca-se determinar quais seriam os elementos que deveriam, ou não, compor uma Constituição, reservando-se estudos sobre os direitos naturais, de modo a auxiliarem neste ponto.

Neste sentido, buscando a adequada ambientação do leitor com os temas que seriam abordados, a primeira etapa do trabalho se dedicou a tecer algumas noções introdutórias sobre o tema Constituição de maneira ampla.

Inicialmente, após definidos alguns conceitos, foram analisadas as mutações sofridas pelos modelos constitucionais, estabelecendo-se as principais justificativas para tanto. Após, realizou-se um panorama histórico, passando pelo surgimento das constituições e o progresso dos fenômenos constitucionais.

Superadas as noções iniciais sobre constituição, reservou-se um capítulo à análise do chamado Poder Constituinte, uma vez que se trata da força que

dá início a uma Constituição. Ademais, é relevante ao presente estudo a aferição sobre as diretrizes utilizadas para criação de normas constitucionais.

Em razão disso, o trabalho teve por sequência uma seção destinada a estudos jusnaturalistas em que se buscou provar a existência de alguns direitos oriundos da natureza humana e que estes direitos seriam fundamentais à proteção dos indivíduos da coerção estatal.

Os capítulos seguintes cuidaram de demonstrar a relação existente entre o Poder Constituinte e os direitos naturais, evidenciando a serventia destes últimos em proteger os indivíduos, especialmente em limitar os poderes dos legisladores constituintes.

Por fim, a derradeira etapa do trabalho tratou de unir todos elementos já estudados para propor uma abordagem jurídica peculiar ao dispor que as normas tendentes à proteção de direitos naturais seriam superiores às demais, que deveriam ser desaplicadas em função desta invalidade.

2 NOÇÕES INICIAIS SOBRE CONSTITUIÇÃO

À guisa de introdução, antes que sejam abordados os componentes históricos e o surgimento da ideia de uma constituição, faz-se necessário tecer algumas considerações sobre o tema, apresentando-se conceitos importantes, de modo a viabilizar o prosseguimento do presente trabalho, dentro de um recorte previamente estabelecido nesta apreciação.

Neste ponto, tem-se que é incidível do conceito de Constituição a ideia de “organização” de uma sociedade por meio de um documento escrito com algumas características especiais. Em linhas gerais, trata-se do documento que busca estabelecer um arranjo social em determinado espaço geográfico durante um determinado lapso temporal.

Conforme será exposto adiante, a ideia de Constituição, consubstanciada em um documento formal destinado a fins específicos, remonta apenas ao século XVIII. O constitucionalismo começa nos Estados Unidos da América do Norte, mas há antecedentes importantes nos chamados “Bills da Inglaterra” e outros ainda na Antiguidade.

Neste sentido, é cediço que a noção básica por ela exprimida pelo o que é hoje conhecida por Constituição é muito mais antiga, sendo que já era tratada pelos filósofos da Grécia Antiga, ainda que com uma abordagem amplamente distinta da atual. A propósito, nas palavras de Aristóteles, uma Constituição seria “a ordem da vida em comum, naturalmente exercida entre os homens de uma cidade ou território”².

Embora simplista, o conceito do filósofo é pertinente e expõe algumas das considerações iniciais acima descritas, como a ideia de “organização” e de “território”.

Entretanto, como à época de Aristóteles não havia uma organização social regida por poderes absolutos, uma importante palavra-chave ficou ausente em sua conceituação: “limitação”.

Depois de seguidas ingerências dos poderosos absolutistas sobre os seus governados, a Constituição surgiu com a clara missão de limitar os poderes do soberano. Apontando neste sentido, John Watson propõe outro conceito para

² RAMOS, C. R. **Origem, Conceito, Tipos de Constituição, Poder Constituinte e História das Constituições Brasileiras**. Revista de Informação Legislativa, v. 24, n. 93, p. 67. 1987.

Constituição, como sendo “um instrumento escrito que discrimina os poderes e suas limitações, separa as funções e define a autoridade de cada ramo do governo”³.

Ao se dissecar o conceito acima, percebe-se, claramente, que, para o autor, a principal função de um texto constitucional seria a de limitar os poderes dos soberanos.

“Discriminar poderes e suas limitações” evidencia a necessidade de se especificar as prerrogativas dos governantes, promovendo maior segurança aos governados contra eventuais arbitrariedades; “separar as funções” pode ser associada à separação dos poderes, consagrada por Montesquieu, cuja finalidade é desmembrar o exercício do poder absoluto; “definir a autoridade de cada ramo do governo” reforça as duas acepções anteriores, preocupando-se com o alcance da autoridade de cada esfera de governo.

No mesmo sentido, Pedro Calmon conceitua Constituição como “o corpo de leis que rege o Estado, limitando o poder do governo e determinando sua realização”⁴. Observa-se, de igual maneira, importante enfoque na ideia de limitação de poderes. Destaca-se, ainda, o emprego dado ao verbo “reger” em relação à Constituição, no sentido de controlar os poderes do Estado.

Em outras palavras, na visão do autor, Constituição seria o conjunto de disposições que “regeriam”, ou seja, orientariam, controlariam, comandariam o Estado, vislumbrando-se, assim, o objetivo maior de se conceituar este documento como verdadeiro limitador do monopólio da força.

Adianta-se que as noções tratadas até aqui, no que concerne ao conceito de uma constituição, são as que mais serão utilizadas como base para o desenvolvimento do presente estudo, conforme será detalhado adiante. Todavia, importa, ainda, mencionar os modernos conceitos de Constituição formulados pela doutrina atual, especialmente em razão das mudanças que o direito sofreu, acrescentando-se, assim, novos elementos às definições de uma Lei Maior.

³ RAMOS, C. R. **Origem, Conceito, Tipos de Constituição, Poder Constituinte e História das Constituições Brasileiras**. Revista de Informação Legislativa, v. 24, n. 93, p. 67. 1987.

⁴ Op. Cit. p. 68.

2.1 Mutação dos Conceitos de Constituição

Conforme mencionado,   medida que se atribuiu outras finalidades ao texto constitucional, sua conceituação também se alterou. Reforça-se, pois, que os principais atributos deste instrumento que se pretende analisar neste trabalho foram anteriormente descritos, contudo, faz-se necessário tecer alguns comentários sobre este processo de mudanç a enfrentado, destacando-se, resumidamente, os principais fatores elencados como responsáveis por este fen meno. São eles: a maior complexidade da organização estatal; a hierarquização normativa; e a previsão de novas espécies de direitos.

2.2 Organização do Estado

Ainda visando limitar os poderes dos governantes, as Constituições passaram a ser desenvolvidas com mais dispositivos voltados para este fim, especialmente após a consagração das ideias de Charles Montesquieu de tripartição dos poderes, que buscava a limitação do Estado por meio da separação de suas funções, que seriam ocupadas por pessoas e órgãos distintos.

Ao se dividir o poder (antes uno e soberano) em três forç as distintas, que se complementariam e fiscalizariam umas às outras, foram inseridas nas Constituições dispositivos tendentes a possibilitar que isso ocorresse, disciplinando-se sobre o escopo de atuação de cada um dos poderes. Ainda, fez-se necessária a inserção de normas estruturais de cada uma destas forç as, o que se conhece atualmente como "Organização dos Poderes", visando-se promover uma independência funcional (os norte-americanos, por exemplo, criaram um sistema de freios e contrapesos, com funções típicas e at picas para cada um deles).

Neste sentido, o conceito de Constituição também incorporou a ideia de organização de um Estado, bem como de seus poderes, complementando a ideia de limitação da forç a dos governantes, reforçada pela tripartição dos poderes e estruturação dos órgãos do poder público.

Por estas razões, naturalmente as Constituições ganharam dispositivos extras, bem como finalidades mais específicas, sendo um dos motivos de, hodiernamente, seu conceito ter ganhado novos elementos.

2.3 Hierarquização Normativa

Outro fator que fez crescer o conceito atribuído às Constituições foi a estrutura hierárquica observada entre as normas de um mesmo ordenamento jurídico. Isso porque após a edição de uma Constituição, foram, naturalmente, formuladas outras normas adicionais, sem o mesmo grau de importância, porém, com a finalidade de complementar o Texto Maior ou abordar situações específicas.

O idealizador desta estrutura normativa escalonada foi o jurista austríaco Hans Kelsen, por meio da “Teoria Pura do Direito”. Embora não seja o objetivo do presente estudo apresentar minúcias da teoria da Kelsen, cabe mencionar seus próprios conceitos sobre o tema:

A ordem jurídica não é um sistema de normas jurídicas ordenadas no mesmo plano, situadas umas ao lado das outras, mas é uma construção escalonada de diferentes camadas ou níveis de normas jurídicas. A sua unidade é produto da conexão de dependência que resulta do fato de a validade de uma norma, que foi produzida de acordo com outra norma, se apoiar sobre essa outra norma, cuja produção, por sua vez, é determinada por outra; e assim por diante, até abicar finalmente na norma fundamental - pressuposta. A norma fundamental - hipotética, nestes termos - é, portanto, o fundamento de validade último que constitui a unidade desta interconexão criadora⁵.

Deste modo, tratando-se as Constituições de verdadeiros sustentáculos de um ordenamento jurídico, especialmente em relação à ideia de normas hierárquicas acima descrita, evidente que a doutrina passou a incluir em seu conceito definições no sentido de que a Lei Maior guarda a importância de estabelecer diretrizes e irradiar fundamentos para todas as demais disposições infraconstitucionais que vierem a ser criadas, acrescentando-se, estes fundamentos às definições de Constituição.

2.4 Novas Gerações de Direitos

As primeiras disposições dos textos constitucionais, referentes, principalmente, à proteção da vida e liberdade, foram intituladas de liberdades públicas e marcaram o que ficou conhecida como primeira geração de direitos. Sua

⁵ KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. Martins Fontes, São Paulo, 1987, p. 240

principal característica foi a abstenção do Estado da vida dos particulares⁶, ou seja, defender as pessoas da ingerência do Estado em suas liberdades individuais, com de expressão e circulação, por exemplo.

Todavia, logrado êxito na promoção da liberdade dos indivíduos, concluiu-se que, assim como em relação à tutela da liberdade, bastaria inserir na Constituição outras demandas sociais que o mesmo sucesso seria alcançado. Com base neste pensamento, a etapa subsequente foi olhar para a sociedade e identificar eventuais problemas para, posteriormente, buscar-se a solução por meio de uma tutela constitucional.

Assim, as principais mazelas identificadas foram as relacionadas às desigualdades existentes entre os povos. É neste sentido que surgem os chamados “direitos sociais, culturais e econômicos”, que marcaram a chamada segunda geração de direitos.

Entretanto, de maneira oposta aos direitos negativos⁷, esta nova categoria de direitos exprime uma titularidade coletiva de caráter positivo, uma vez que não buscar a abstenção do Estado, mas pugna por sua forte atuação, na tentativa de se efetivar tais valores⁸.

Observa-se, pois, aparente contradição entre as gerações de direitos acima descritas, todavia, não se adentrará, neste momento, ao mérito desta questão, destinando-se tópico específico para a respectiva análise. Neste momento, importa destacar que, à medida que foram inseridos novos “direitos” no texto Constitucional, também cresceram suas finalidades.

Ao contínuo, os conceitos formulados pela doutrina tiveram de ser adequados, razão pela qual as definições de Constituição ganharam novos elementos, chegando-se, finalmente, aos conceitos atuais fornecidos pela doutrina.

2.5 Atuais Conceitos de Constituição

Esmiuçadas as mutações sofridas pelos conceitos de Constituição, bem como detalhadas as razões deste processo, passa-se a fixar alguns conceitos atuais

⁶NOVELINO, Marcelo. **Direito Constitucional**. São Paulo: Editora Método, 2009, 3 ed., p. 362.

⁷ Expressão utilizada para retratar os direitos de primeira geração, uma vez que buscam uma “negação” da participação do Estado na sociedade.

⁸ NOVELINO, Marcelo. **Direito Constitucional**. São Paulo: Editora Método, 2009, 3 ed., p. 363.

da doutrina, de modo realizar um contraste com os elementos descritos nos tópicos anteriores, atinentes às finalidades constitucionais.

Passando pela origem etimológica do termo e evidenciando as causas citadas anteriormente (organização do estado, hierarquia entre normas e direitos sociais), Rosah Russomado⁹ define Constituição da seguinte forma:

O termo constituição vem do latim *constitutio* e significa compor, instituir ou criar algo. Em termos jurídicos, a Constituição é um sistema normativo que regula uma sociedade em determinado tempo e espaço, criando direitos e ditando deveres. Tal complexo de regras estrutura o Estado de Direito e determina com primazia os preceitos que devem ser observados no âmbito do direito interno. É seu dever, ainda, estabelecer a forma de Estado, a forma e o regime de governo, além de definir a estrutura dos órgãos do poder público, delimitando seu funcionamento, suas limitações e declarando os direitos e garantias fundamentais e sociais.

No mesmo sentido, porém, destacando o caráter de norma superior do texto constitucional, Joaquim Taveira Bernardes e Ferreira Biachini¹⁰, assim definiram uma Constituição:

Constituição deve ser entendida como a lei mais importante de um Estado ou a sua "Norma Fundamental". Representa o conjunto de regras e princípios referentes à estrutura fundamental do Estado, à formação dos Poderes Públicos, à forma de governo e de aquisição de poder, à distribuição de competências, bem como aos direitos, garantias e deveres dos cidadãos.

No mesmo sentido, preceitua Wolfgang¹¹, em obra recentemente publicada:

(...) uma verdadeira Constituição não é apenas um documento assim designado, mas um corpo de normas jurídicas (regras e princípios) qualificado pelo seu conteúdo e por sua função, as quais, estando ou não corporificadas em um documento (ou conjunto de documentos) assumem uma posição diferenciada e privilegiada em relação às demais normas jurídicas, portanto, às normas que não são constitucionais.

Como se vê, os conceitos acima elencados, em relação aos fixados nos tópicos anteriores, trazem como inovação, justamente, os elementos que ampliaram o escopo das Constituições, de modo que se chegasse a tais definições mais complexas. Assim, estabelecida uma compreensão mínima sobre o tema, oportuno, ainda, tecer comentários sobre seu panorama histórico.

⁹ RUSSOMANO, Rosah. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Saraiva, 1970. p. 22.

¹⁰ Bernardes, Taveira, J., Ferreira, Bianchini, (. A., Gom, L. F. (02/2012). **Col. Saberes do Direito 2 - Direito Constitucional I - Direito Constitucional e Constituição**, 1ª edição. [Minha Biblioteca]. Retirado de <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788502174191/>

¹¹ SARLET, Wolfgang, I. (2017). **Curso de direito constitucional**. 6ª edição. p. 96. [Minha Biblioteca]. Retirado de <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788547217082/>

2.6 Surgimento: A Elementar Magna Carta de João Sem-Terra

Sedimentada a base de compreensão sobre a temática, destrinchando-se os conceitos e Constituição, passa-se abordar o contexto histórico de sua origem e desenvolvimento, com o primeiro documento colocou limites ao poder real e reconheceu direitos de tempos imemoriais.

Tratando-se da história das Constituições, impossível não destacar a Inglaterra como cerne das primeiras reflexões sobre liberdades públicas e insurgência contra o poder absoluto dos soberanos.

Neste sentido, oportuno delinear o panorama histórico daquilo que ficou conhecido como a primeira manifestação de uma Constituição em nossa história: A Magna Carta do Rei João sem-terra.

No início do século XIII a Europa se encontrava no período feudal, pós Cruzadas, período histórico em que se observava a existência de diversas autoridades absolutistas pelas sociedades, como príncipes, senhores feudais e reis.

Com o falecimento de Ricardo Coração de Leão¹², assumiu o trono seu irmão, João sem-terra, cujo governo desagradou profundamente seus súditos, especialmente a nobreza. Logo que assumiu o poder, João sem-terra empreendeu diversas expedições militares, que acabaram se revelando em verdadeiras catástrofes e culminaram em grandes prejuízos ao povo inglês¹³. Para evitar que fosse deposto, João sem-terra, optou por acatar as exigências impostas¹⁴ por aquele documento que futuramente viria a ser conhecido como “Magna Carta Libertatum seu Concordiam inter regem Johannem et Barones pro concessione libertatum ecclesiae et regni Angliae”¹⁵.

A insatisfação generalizada perdurou e, encurralado por reivindicações generalizadas de seus comandados, João sem Terra se viu sem alternativas e, em 10

¹² Soberano Inglês, combatente nas Cruzadas, que comandou a nação até o fim do século XII.

¹³ CARDOSO, A. M. B. (1986). **Como se processou a assinatura da Magna Carta e fatos subsequentes - Considerações sobre a Carta de Runnymede**. Brasília: Senado Federal, Subsecretaria de Edições Técnicas, 1986, p.135.

¹⁴ Em realidade, João nunca teve a intenção de respeitá-la, indo, então, recorrer ao Papa, com quem, recentemente, havia se reconciliado. João aceitou a exigência do Papa de que seu reino seria um feudo de Roma e, em contrapartida, Inocêncio III declarou o documento nulo pelo fato de ter sido obtido mediante coação, sendo declarada, posteriormente por ele, como um documento rebelde.

¹⁵ COMPARATO, Fabio Konder. **A afirmação histórica dos Direitos Humanos**. 6ª edição. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 71.

de junho de 1.215, após ouvir as 63 cláusulas do documento, assinou o que ficou conhecido como Magna Carta.

Em 19 de outubro de 1219, o Rei João sem-terra morre, subindo ao trono inglês, seu filho de apenas 9 anos, Henrique III, que é obrigado pelos barões a reafirmar o compromisso firmado pelo seu pai.

A grande Charte teve por finalidade reduzir significativamente os poderes do soberano e sua possibilidade de influência na vida dos súditos, objetivo este que fora alcançado, pois, nas próprias palavras de João Sem Terra “lhe deram vinte e cinco super reis” – se referindo aos antigos barões e membros do clero que, a partir de então, fiscalizariam seus atos¹⁶.

Para atestar a alegação acima, importante citar alguns trechos do documento, pois marcou a primeira vez na história em que se vislumbraram estas espécies de previsões acerca de liberdades políticas e civis:

12. Nenhuma “ajuda” ou “tributo de isenção militar” será estabelecida em nosso reino sem o consentimento geral, a não ser para o resgate de nossa pessoa, para fazer cavaleiro nosso filho primogênito, e para casar nossa filha primogênita. Para estes propósitos, somente poderá ser estabelecida uma ajuda razoável. De igual maneira se procederá quanto às ajudas da cidade de Londres¹⁷.

39. Nenhum homem livre será detido ou aprisionado, ou privado de seus direitos ou bens, ou declarado fora da lei, ou exilado, ou despojado, de algum modo, de sua condição; nem procederemos com força contra ele, ou mandaremos outros fazê-lo, a não ser mediante o legítimo julgamento de seus iguais e de acordo com a lei da terra¹⁸.

O primeiro item mencionado, diz respeito ao que conhecemos, atualmente, como princípio da legalidade, no caso, referente à seara tributária. O segundo, por sua vez, expõe a atual acepção de ampla defesa e devido processo legal, consagrados em nossa atual Constituição Federal no art. 5º, incisos LIV e LV.

Eis os porquês de a Magna Carta ser notadamente considerada como a primeira manifestação constitucional de nossa história. Nas palavras do professor Pinto Ferreira “A Magna Carta encerra uma época histórica e reabre outra, devendo ser entendida como a crisálida ou o modelo imperfeito das Constituições posteriores”.

¹⁶ Cardoso, A. M. B. (1986). **Como se processou a assinatura da Magna Carta e fatos subsequentes - Considerações sobre a Carta de Runnymede**. Senado Federal: Brasília, 1986. p. 137.

¹⁷ Magna Carta (Magna Charta Libertatum). Disponível em: <http://www4.policiamilitar.sp.gov.br/unidades/dpcdh/Normas_Direitos_Humanos/MAGNA%20CARTA%20-%20PORTUGU%C3%8AS.pdf> Acesso em 18/09/2018. P. 4

¹⁸ Op. Cit. p. 5.

2.7. O Progresso dos Fenômenos Constitucionais

Após a elaboração das várias versões da Magna Carta, os textos tendentes a mitigar os poderes dos governantes e promover maior liberdade aos governados somente cresceu, porém, com outros nomes. O mais notável desde o século XIII foi o Bill of Rights, produzido sob grande influência das ideias liberais de John Locke, aproximando-se do atual sentido de Constituição.

O processo, ao longo do tempo, foi, basicamente, a atuação do parlamento no sentido de: (i) limitar as influências exercidas pelos soberanos; (ii) proibir que estes revogassem unilateralmente textos vigentes (iii) ampliar as liberdades dos cidadãos; (iv) proibir penas excessivas ou cruéis, criando-se parâmetros de fixação de penas, visando mitigar arbitrariedades¹⁹.

Para Anna Mucci Pelúzio²⁰, a primeira Constituição escrita foi a da Suécia, datada de 1722, durante o Reinado do Rei Gustavo, entretanto, o mais aceito, atualmente, pela doutrina, é que tenha sido a Constituição Americana, de 1787.

Em 1791 foi a vez dos franceses redigirem sua própria Constituição, que incorporou a Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão, diretamente influenciada pela Grande Revolução por eles empenhada no fim da década anterior.

A propósito, em virtude de sua maior complexidade, previsão de garantias e forma solene, a Constituição Francesa alcançou maior popularidade elevada à condição de referência entre textos constitucionais até os dias de hoje²¹.

Seguindo a influência, principalmente francesa, os demais países da Europa também desenvolveram suas Constituições, sob os mesmos moldes e características muito semelhantes, pois, de maneira geral, as nações nutriam os mesmos interesses em promover um absentismo do Estado em suas vidas. No caso do Brasil, a primeira Constituição datou de 1824, após outorga do texto por D. Pedro I.

Todavia, as Constituições passaram a enfrentar mudanças no sentido de buscar promover, cada vez mais, a igualdade social entre os membros da

¹⁹ RAMOS, C. R. **Origem, Conceito, Tipos de Constituição, Poder Constituinte e História das Constituições Brasileiras**. Revista de Informação Legislativa, v. 24, n. 93, 1987, p. 65.

²⁰ Op. Cit. p. 66.

²¹ Op. Cit. p. 66.

sociedade, motivo pelo qual passou a trazer extensas disposições visando atingir este fim.

Sobre este ponto, o texto constitucional que ficou marcado na história como referência na busca da liberdade material foi a Constituição Alemã, chamada Constituição de Weimar, que entrou em vigor em 1919.

Entretanto, estes fenômenos históricos de mudança de escopo constitucional serão estudados em detalhes adiante, sendo suficiente, para esta etapa, o presente panorama.

3. ACEPÇÕES DE CONSTITUIÇÃO

Concluindo a ambientação necessária sobre o tema Constituição, impende, ainda, ressaltar que elas podem ser analisadas sob diversos sentidos, ou seja, sob mais de um prisma de observação. Dentre os principais sentidos atribuídos a uma Constituição para suas interpretações, destacam-se os sentidos sociológico, político, material, formal, jurídico e simbólico, como principais perspectivas de abordagem.

No entanto, embora sejam destacados, em síntese, as acepções acima mencionadas, será feito um recorde especial, ao longo deste trabalho, a respeito dos sentidos material e formal de constituição, bem como o seu sentido simbólico.

3.1 Sentido Sociológico

Ao longo da história, as pessoas que possuíam algum tipo de limitação, seja ela física, intelectual ou sensorial, foram tratadas com indiferença e marginalização pelas mais diversas sociedades e culturas. Principalmente no Brasil, era possível identificar a chamada “política de exclusão ou rejeição” das pessoas com algum tipo de deficiência.

Extrai-se deste prisma que a legitimidade do texto constitucional vem da sua capacidade de refletir as forças sociais que constituem o poder. Representante desta visão acerca da Constituição, Fernand Lassale apresenta como sendo os verdadeiros elementos constitutivos de um texto Magno a tríade: realidade social, forças sociais e momento histórico²². Assim, se o resultado do texto constitucional subsumir a realidade social de seu povo, de modo a contemplar as forças sociais da nação naquele momento histórico, teríamos, para o autor, uma Constituição real ou efetiva.

De outra sorte, à medida que a consequência dos valores constitucionais não correspondesse a esses três elementos, estar-se-ia diante de mera Constituição escrita, figurando, apenas, como mera “folha de papel” e, conseqüentemente, eivada pela ilegitimidade.

²² LASSALE, Ferdinand. **O que é uma Constituição?** Editora Líder. Belo Horizonte, 2002. P. 48.

Nesse sentido, disciplina Ferdinand Lassale²³:

Os problemas constitucionais não são problemas de direito, mas do poder; a verdadeira Constituição de um país somente tem por base os fatores reais e efetivos do poder que naquele país regem, e as Constituições escritas não têm valor nem são duráveis a não ser que exprimam fielmente os fatores do poder que imperam na realidade social: eis os critérios fundamentais que devemos sempre lembrar

Assim, a visão apresentada figura notadamente como uma perspectiva finalística de cunho eminentemente social. Atribui-se à Constituição o imperativo de representar as identidades sociais de um povo, de maneira fidedigna à suas forças sociais atuantes no respectivo momento histórico, sob pena de tornar-se mera disposição textual inócua caso não atenda tal objetivo.

3.2 Sentido Político

Para a presente visão, uma Constituição não representa a rigor as normas legais inseridas em seu texto, mas, sim, as decisões políticas pretéritas à confecção da Lei Constitucional e erigidas para fundamentar suas disposições. Tais decisões utilizadas para embasar o texto Constitucional são tratadas por Carl Schmitt como “decisões políticas fundamentais”²⁴.

Seria, portanto, a Constituição, fruto de uma decisão política, por meio da qual se fundaria e passaria a organizar um Estado.

Tal acepção traz implicações, ainda, no que tange a eventuais reformas desse texto constitucional, pois atribui o significado de Constituição apenas às citadas normas advindas de uma tomada de decisão política, tendentes a estruturar um Estado, sendo que não poderiam ser modificadas. Assim, as demais disciplinas que não alocadas nesta caracterização, mas que também figurassem no corpo Constitucional, receberiam o tratamento de leis constitucionais, haja vista a matéria adstrita à legislação e, conseqüentemente, suscetíveis a reformulações.

Ao que assevera Carl Schmitt²⁵:

A essência da Constituição não está contida numa lei ou numa norma. No fundo de toda normatização reside uma decisão política do titular do poder

²³ LASSALLE, Ferdinand. **A Essência da Constituição**. 6ªed. Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2001. p. 40.

²⁴ SCHMITT, Carl. **Teoría de la Constitución**. Tradução de Alfredo Gallego Anabitarte. Madrid: Revista de Drecho Privado, 1932. p. 50.

²⁵ Op. Cit..p. 27.

constituente, quer dizer, do Povo na Democracia e do Monarca na Monarquia autêntica.

Como se vê, o pilar da acepção política de Constituição é a decisão política fundamental, que será responsável por o exercício do poder sobre uma sociedade e, sendo a autoridade do Poder Constituinte reconhecido em tal decisão, se estará legitimada a Constituição.

3.3 Sentido Material e Formal

Uma constituição também pode ser observada sob o ponto de vista da matéria. Neste contexto, identificar-se-ia as normas consideradas constitucionais por meio de um olhar sobre o seu conteúdo. Assim, seriam materialmente constitucionais as disposições que tratassem a respeito das normas estruturais e fundamentais de uma sociedade, como definições acerca da forma de Estado e de governo e quais órgãos irão compor este Estado, por exemplo. Nas palavras de Jorge Miranda²⁶:

(...) a Constituição em sentido material concretiza-se em tantas Constituições materiais quanto os regimes vigentes no mesmo país ao longo dos tempos ou em diversos países ao mesmo tempo. E são importantíssimas, mas em múltiplos aspectos, as implicações desta noção de Constituição material conexa com a de forma política

Pelo que se extrai da citação acima, constata-se que a acepção material de uma Constituição possui forte relação com seu sentido político, pois, como exposto, as consequências da noção de Constituição avaliada por sua matéria, repercute, principalmente, no campo político, sendo mais um fator de destaque e importante consideração quando deste tipo de análise.

A respeito do sentido formal de uma Constituição, este passou ser observado a partir da declaração dos direitos dos cidadãos e deveres dos governantes em documentos escritos. Atualmente, é mais associado a ritualística e procedimentos específicos de elaboração de um texto constitucional. Para o professor Celso Ribeiro Bastos²⁷:

²⁶ MIRANDA, Jorge. **Teoria do Estado e da Constituição**. Editora Forense. Rio de Janeiro, 2002, p. 322.

²⁷ BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de Direito Constitucional**. Ed. 20. Editora Saraiva. São Paulo, 1999, p. 46

A Constituição formal não procura apanhar a realidade do comportamento da sociedade, como vimos anteriormente com a material, mas leva em conta tão-somente a existência de um texto aprovado pela força soberana do Estado e que lhe confere a estrutura e define os direitos fundamentais dos cidadãos.

Para Canotilho, o poder constituinte democraticamente legitimado seria imprescindível à existência de uma Constituição formal válida, pois, se oriunda de poderes não democráticos, sequer obedeceria a seus requisitos básicos. É o que com as Constituições outorgadas²⁸, as quais, para o autor, jamais poderiam ser atribuídos, validamente, o sentido formal de uma Constituição.

3.4 Sentido Jurídico

Quanto ao sentido jurídico da Constituição, evidencia-se uma das mais consagradas teorias do Direito, qual seja, a “Teoria Pura do Direito”, do filósofo e jurista austríaco Hans Kelsen.

Por meio dela, avalia-se a Constituição como uma norma pura, ou seja, imune a influências sociais ou políticas, contrapondo as afirmações trazidas por Lassale. Neste sentido, discorre Kelsen: que “desenvolver uma teoria jurídica pura, isto é, purificada de toda a ideologia política e de todos os elementos de ciência natural, uma teoria jurídica consciente da sua especificidade porque consciente da legalidade específica do seu objeto”²⁹.

Assim, entende o autor, portanto, que demais questões que escapam à natureza “pura” do conteúdo da norma, a exemplo de reflexões éticas de caráter individual, não seriam objeto de estudo da ciência jurídica e explica: “por isso, todo e qualquer conteúdo pode ser Direito. Não há qualquer conduta humana que, como tal, por força do seu conteúdo, esteja excluída de ser conteúdo de uma norma jurídica”³⁰.

Como se vê, o autor sugere uma análise apartada em relação aquilo que configuram valores individuais comparado à norma positivada. Isto, pois, considerava

²⁸ *Tuvieron su origen en Francia (Corte Octroi). Su nacimiento se produce a través de un acto unilateral del Monarca, el cual se desprende espontáneamente de determinadas prerrogativas, que hasta esse momento habían sido absolutas. De este modo, el rey, normalmente debido a la presión popular, otorga una Constitución el la cual reconoce su propia autolimitación de su poder en favor del Parlamento.* (CONDE, Enrique Álvarez. **El Estado Constitucional el Sistema de Fuentes los Derechos y Libertades**. In: Curso de Derecho Constitucional. 2. ed. Madrid: Tecnos, v.1, 1996, p. 168).

²⁹ KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito. Tradução de João Baptista Machado**. 8. ed. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2009. p 221.

³⁰ Op. cit. p. 11.

anticientífico tal análise quanto a questões éticas, por seu grande valor subjetivo, à medida que o mesmo não ocorria com as normas desde que fossem adstritas à conteúdos de ordem jurídica objetiva, tão somente. Daí a nomenclatura “teoria pura” do Direito.

3.5 Sentido Simbólico

A análise crítica a respeito das finalidades das Constituições, especialmente as mais recentes, o presente conceito, que será melhor explorado adiante, foi desenvolvido pelo professor Marcelo Neves³¹, ao abordar as normas constitucionais sob o vértice de sua eficácia.

Para o autor, a norma seria, predominantemente, mero símbolo. Isso porque muitas delas não teriam sido criadas para, de fato, serem concretizadas. Em outras palavras, valoriza-se mais a construção legislativa, em si, independentemente da efetividade, do que se propicia que esta venha a se concretizar.

Em pontual análise, Daniel Sarmento e Cláudio Pereira de Souza Neto³² trataram do tema:

Trata-se de Constituição que não corresponde minimamente à realidade, não logrando subordinar as relações políticas e sociais subjacentes. Ela não é tomada como norma jurídica verdadeira, não gerando, na sociedade, expectativas de que seja cumprida. Neste ponto, ela se assemelha à categoria da Constituição nominal, de Lowenstein. Porém, a apreciação de Marcelo Neves é mais negativa do que a do autor alemão. Para Neves, as constituições simbólicas tendem a servir como álibi para manutenção do status quo.

Em certo ponto, provocativa, a abordagem feita pelo professor Neves é especialmente oportuna ao presente trabalho, uma vez que será questionada a extensão das matérias abrangidas pelos atuais textos constitucionais, especialmente sob a ótica de sua efetividade, em relação ao almejado quando de sua confecção, dando-se especial destaque à presente acepção de Constituição, verificada, sobremaneira, nos ordenamentos jurídicos atuais.

³¹O conceito de Constituição simbólica, influenciado por constitucionalistas alemães como Horald Kindermann e Niklas Luhmann, foi elaborado por Marcelo Neves em um estudo desenvolvido no ano 1992, quando pleiteava o ingresso no cargo de professor titular da Universidade de Pernambuco.

³²SARMENTO, Daniel e NETO, Cláudio Pereira de Souza. **Direito Constitucional. Teoria, Tópicos e Métodos de Trabalho**. 2ª ed. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2016, p. 65.

4 O PODER CONSTITUINTE

Realizada a ambientação com o instrumento jurídico que é a Constituição e bem compreendidos seus fundamentos e contexto histórico, passa-se a dispor sobre a força que legitima sua origem e norteia os seus fundamentos, especialmente em se tratando de um documento formal escrito, tal qual conhecemos atualmente. Tal força leva o nome de Poder Constituinte.

A origem do Poder Constituinte nos remete ao evento histórico chamado de Convenção de Filadélfia, também conhecida por Grande Convenção, Convenção Federal ou Convenção Constitucional, em que foram realizadas reuniões nos dias 25 de maio e 17 de setembro de 1787, tendentes a resolver os problemas suscitados nos Estados Unidos da América após sua declaração de Independência do Reino Unido e da Grã-Bretanha.

A princípio, em função da brusca mudança do cenário político do local, buscou-se a agremiação para efetuar mudanças nos Artigos da Confederação (espécie de direito positivo vigente à época), contudo, o resultado dos encontros foi a própria Constituição dos Estados Unidos da América, ficando marcado como um dos principais eventos históricos da nação³³.

Em linhas gerais, o conceito mais aceito pela doutrina acerca do Poder Constituinte é a ideia de um “poder de produção das normas constitucionais, por meio do processo de elaboração e/ou reforma da Constituição, com o fim de atribuir legitimidade ao ordenamento jurídico do Estado³⁴.

Ainda, a noção de poder constituinte estaria fortemente atrelada à positivação da norma jurídica motriz, estando atrelado ao seu conceito o fato de que o poder constituinte tem por finalidade estabelecer uma Constituição escrita³⁵.

Neste sentido, em que pese haja outras espécies de poder constituinte, o de maior relevância para este trabalho é aquele que inaugura o texto constitucional, qual seja: o Poder Constituinte Originário, motivo pelo qual será detalhado a seguir.

³³ TAVARES, Ramos, A. (2017). **Curso de direito constitucional**. 15ª edição. p.131. [Minha Biblioteca]. Retirado de <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788547216962/>.

³⁴ FRANCO, Afonso Arinos de Melo. **Curso de Direito Constitucional Brasileiro**. v. I. Rio de Janeiro: Forense, 1958, p. 118.

³⁵ SARLET, Wolfgang, I. (2017). **Curso de direito constitucional**. 6ª edição. p. 100. [Minha Biblioteca]. Retirado de <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788547217082/>

4.1 Do Poder Constituinte Originário

A respeito do Poder Constituinte Originário, sua ideia central é de ser a força que precede a elaboração de uma nova Lei Maior. Nele, está todo o fundamento base de uma Constituição, pois representará os pilares da respectiva sociedade e irradiará seus preceitos a todo seu ordenamento jurídico.

É neste sentido que preceitua André Ramos Tavares³⁶:

É aceito que, por definição, não existe norma jurídica superior à constitucional. Esta, portanto, ocupa o patamar último do Direito. Nesse sentido, o fundamento da Constituição não poderá ser encontrado em nenhuma regra de matiz jurídico-positivo. O poder constituinte é o supremo fornecedor das diretrizes normativas que constarão desse documento supremo.

Para Alexandre de Moraes³⁷, o Poder Constituinte seria "a manifestação soberana da suprema vontade política de um povo, social e juridicamente organizado".

Em sentido semelhante, o professor José Afonso da Silva³⁸ preceitua que o Poder Constituinte é a "genuína e original expressão de soberania do povo. É o poder supremo que o povo tem de dar-se uma constituição (...)".

Logo, há um consenso entre as naturezas iniciais e incondicionada do Poder Constituinte Originário, todavia, o mesmo não ocorre em relação à sua definição como "ilimitado".

Deste modo, o poder constituinte não seria ilimitado, mas, apenas, autônomo, pois, em que pese pudesse inovar a ordem jurídica sem vinculações de forma, especialmente, não poderia fazê-lo sem respeitar qualquer parâmetro material.

Daí a importância de se investigar, especialmente para os fins que se destina o presente ensaio, as minúcias que envolvem esse instituto, notadamente sobre suas eventuais limitações.

4.2.1 Limitações ao poder constituinte originário

Em razão da forte influência do positivismo nos sistemas jurídicos atuais, o entendimento mais comum acerca do poder constituinte originário é de que ele seria

³⁶TAVARES, Ramos, A. (2017). **Curso de direito constitucional**, 15ª edição. p.131. [Minha Biblioteca]. Retirado de <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788547216962/>.

³⁷ MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 25. Ed. São Paulo: Atlas, 2010. p. 26.

³⁸ SILVA, José Afonso da. **O Poder Constituinte e poder popular**. São Paulo: Malheiros, 2000. p. 68.

ilimitado, não devendo se subordinar a qualquer ordem jurídica anterior, de modo a se prestigiar o princípio da Supremacia da Constituição³⁹.

Todavia, deve ser afastada tal visão meramente formal, preferindo-se uma análise puramente material do fundamento das normas constitucionais, haja vista que, prendendo-se a formalidade, a chance de serem cometido equívocos ou desrespeitos a garantias fundamentais se torna muito grande. Isso acontece porque o conteúdo das normas (aspecto material) apenas é medido por meio de uma análise consequencial. Em outras palavras: apenas sendo colocadas em prática é que terão seus valores completamente vislumbrados.

Após tantos eventos históricos voltados à proteção de garantias fundamentais, não faria sentido que uma Constituição previsse em seu texto violações a estes direitos, ainda que usando como subterfúgio um eventual caráter ilimitado do Poder Constituinte Originário.

A propósito, a doutrina indica que os tratados internacionais funcionam como limitadores do poder constituinte originário⁴⁰, uma vez que, embora uma nova Constituição venha a substituir o texto constitucional vigente, os tratados continuariam existindo.

Assim, para alguns autores, estes documentos transnacionais deveriam servir de diretrizes à formulação de novas constituintes, estabelecendo valores que não poderiam ser ofendidos, especialmente por seu caráter histórico⁴¹.

Há, ainda, estudiosos que defendem que o Poder Constituinte Originário estaria limitado pelos direitos naturais, devendo observá-los para a composição das novas diretrizes constitucionais. É o chamado limite transcendente⁴²

É evidente, pois, que alguns valores são anteriores à inauguração de um Estado, sobrepondo-se a seus interesses e devendo ser respeitados. Deste modo, entende-se como mais adequada a corrente que advoga pela limitação do Poder Constituinte Originário pelos direitos naturais, pretendendo-se explorar melhor este conceito ao longo do presente trabalho.

³⁹ FERREIRA FILHO, Manoel G. **Curso de Direito Constitucional** Ed. 27. Editora Saraiva São Paulo, 2001 p. 3.

⁴⁰ PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e o direito constitucional internacional**. Ed. 7. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 45.

⁴¹ PINTO, Luzia Marques. **Os limites do Poder Constituinte e a legitimidade material da Constituição**. Coimbra: Coimbra, 1994.

⁴² MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito Constitucional**. Ed. 3. Coimbra Editora. Coimbra, 1996. p. 106.

Adianta-se que o entendimento adotado é de que o Poder Constituinte Originário, de forma alguma pode ser ilimitado e que suas limitações consistem, justamente, na observância dos direitos naturais. Todavia, a defesa destes argumentos será realizada de forma mais ampla ao longo deste ensaio, pois se acredita que não só o poder constituinte, mas as próprias constituições (mesmo as já existentes) devem se ater, exclusivamente, à defesa dos direitos naturais.

Para tanto, é preciso, antes de tudo, provar que tais direitos, realmente, existem. Após, pretende-se destacar quais seriam estes direitos, para, por fim, poder provar que, de fato, eles deveriam balizar, rigorosamente, todo o Direito Constitucional.

5 DOS DIREITOS NATURAIS: A TRAGÉDIA DE ANTÍGONA

Nesta oportunidade, buscar-se-á comprovar não só a existência, mas a relevância de um estudo profundo acerca dos direitos naturais para composição de nosso ordenamento jurídico, especialmente sob à ótica constitucional, tendo em vista seu posicionamento hierárquico superior, iniciando-se por um panorama histórico, até a demonstração prática de cada espécie destes direitos.

Pertinente ao tema, a peça grega Antígona, do dramaturgo Sófocles, explora muitos dos conceitos aqui abordados e, agregando valioso caráter histórico aos argumentos expostos, merece posição de destaque.

Em síntese, o mito trata da história de Antígona, filha de Édipo e irmã de Etéocles, Polinice e Ismênia. A narrativa se inicia após a ida de Édipo para o exílio, deixando seus filhos, que se revezariam no comando do trono.

Etéocles foi o primeiro deles a comandar o reino de Tebas, entretanto, encerrado o primeiro ano de poder, ele se negou a deixar o trono, que deveria ser cedido ao seu irmão, Polinice, fazendo com que este se insurgisse contra ele e se mudasse para um vilarejo aduaneiro, inimigo de Tebas.

Lá, Polinice formou um poderoso exército e, imbuído do espírito de vingança contra seu irmão, promoveu um ataque contra a cidade de Tebas, objetivando a conquista do trono. Todavia, de maneira trágica, ambos morreram no confronto.

Ficando vaga a coroa, esta foi assumida por Creonte, tio de Antígona. Em um de seus primeiros atos como governante, Creonte determinou que o corpo de Polinice não receberia as solenidades típicas de um funeral, segundo os costumes locais, pois, em sua concepção, ele teria lutado contra sua própria pátria, o que seria inaceitável sob qualquer circunstância.

Etéocles, por sua vez, recebeu todas as honrarias para o sepultamento de seu corpo. De modo a exibir sua autoridade, sempre flagrante, Creonte ainda determinou que fosse punido com a própria vida aquele que ousasse desobedecer tais ordens.

Essa decisão provocou a ira de Antígona, uma vez que a crença histórica era de que, enquanto não realizado o devido sepultamento, a alma daquele corpo vagaria *ad eternum*, sem qualquer destino e descanso.

Acreditava-se que isto só poderia ser evitado mediante a realização do ritual de passagem. Assim sendo, Antígona passou a lutar para o direito de que seu irmão fosse sepultado.

Entendeu, ainda, como arbitrárias e infundadas as ordens emanadas pelo seu tio, Creonte, porém, este em nada cedeu e ordenou que, em nome da soberania do Estado de Tebas, preponderasse sua decisão, ainda que isso custasse a execução de sua própria sobrinha, Antígona.

E assim foi determinado. Desrespeitando as imposições de Creonte, Antígona se viu condenada à morte, sendo que a execução caberia a seu próprio noivo, Hemon, filho de Creonte.

Hemon, contudo, estarecido com as ordens de seu pai, casou-se com Antígona em segredo, fugindo de Tebas em sua companhia. Todavia, intolerante com a desobediência às suas ordens, Creonte perseguiu seu filho e insistiu para que, em nome do Estado de Tebas, ele cumprisse a determinação que lhe foi dada.

Se vendo sem alternativas, Hemon cumpriu as ordens do pai, executou sua própria esposa, Antígona, e, em seguida, também ceifou a própria vida. A mulher de Creonte, mãe de Hemon, obtendo notícia da morte de seu filho, também se suicidou, dando fim à tragédia grega.

Como se vê, o dilema sobre a origem dos direitos, bem como sobre a solução jurídica diante de normas conflitantes, não é algo novo, mas remonta desde os tempos da antiguidade, conforme descrito no mito acima⁴³

Na visão de Vicente de Paula Barreto⁴⁴:

O argumento de Antígona aponta para uma concepção da ordem jurídica, e de sua aplicação, como um sistema de normas obediente a um entendimento cosmopolita da humanidade. Ao proclamar que, frente à morte, comum a todos os homens, um homem é um homem e, como tal, detentor de direitos e de uma dignidade própria, Sófocles estava sublinhando, assim, uma concepção de pessoa humana e de sociedade, que possibilita a fundamentação moral da sociedade democrática, e de uma forma específica de regime, o estado democrático de direito

Antígona ostentou o papel de defensora dos direitos individuais (àquele tempo ainda mais associados a leis divinas), representando os direitos de origem natural, atribuídos a todos enquanto seres humanos. Creonte, por sua vez,

⁴³ ROSENFELD, Kathrin Holzermayr. **Sófocles & Antígona**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2002, p. 45.

⁴⁴ BARRETTO, Vicente de Paulo. **O fetiche dos direitos humanos e outros temas**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 91.

representou as leis do Estado, não de origem natural ou divina, mas criadas pelo próprio homem.

Neste sentido, a grande celeuma disse respeito a qual das “leis” deveria se sobrepor, sendo que, no caso, aquele provido de força (Creonte) fez com que prevalecesse sua vontade.

Temente que Antígona pudesse evidenciar uma diminuição de seu poder caso acatasse seu pedido, Creonte se fez sobressair, manifestando a preponderância de sua autoridade, bem como das “leis da terra”, usando como subterfúgio a proteção do reino de Tebas⁴⁵.

De forma semelhante, o mesmo fenômeno ainda ocorre atualmente. Tamanhas são as ingerências dos atuais governantes em nossa vida, que cada vez mais as “leis da terra” se sobressaem às leis da natureza humana.

Conforme citado anteriormente, o direito positivado deveria tão somente se servir a atender à defesa dos direitos naturais de cada pessoa, ou seja, nele estaria estampada a subjetividade moral de uma sociedade, se observando, assim, sua plena validade.

Todavia, certamente não é o que ocorre. Aqueles que ocupam, hoje, os postos de Creonte, assim como na mitologia, fazem uso da coerção que lhes foi atribuída para fazer valer as leis por eles mesmos positivadas. Mais: usam desta mesma força para silenciarem outros sujeitos pacíficos que, simplesmente, não querem sofrer com tais arbitrariedades.

Antígona foi valente e se insurgiu contra as leis terrenas em defesa do seu irmão, com base nos direitos inerentes à natureza humana. De imediato, foi censurada pela autoridade vigente e teve a vida ceifada em nome do reino, o que não está nada distante das censuras suportadas por aqueles que tentaram fazer valer seus direitos em períodos ditatoriais.

Deste modo, clama-se por mais “Antígonas” em nosso meio. Busca-se por aqueles corajosos o suficiente para enfrentar as arbitrariedades terrenas em prol dos direitos naturais, afinal, toda e qualquer governança foi criada para servir as pessoas e defender seus direitos, e não o inverso⁴⁶. É o que se pretende provar.

⁴⁵ SÓFOCLES. *Antígona*. trad. Millôr Fernandes. Ed. 7. Editora Paz e Terra. São Paulo, 2003. p. 49.

6 A ORIGEM DOS DIREITOS

Em dado momento, surge o questionamento de se os direitos dos quais desfrutamos somente assim existem em razão de uma disposição legal, ou seja, se os seres humanos apenas possuem aqueles direitos positivados em seu sistema jurídico.

Indaga-se, pois, se o homem não possui direitos senão aqueles emanados da lei ou se, ao acaso, existem, de fato, direitos naturais à espécie humana. Ainda, questiona-se, se os direitos decorrem estritamente de um sistema legal ou se esses sistemas apenas os codificam. Estas são algumas das questões que se pretende enfrentar neste momento, tendo-se em conta, especialmente, que a maioria dos operadores do direito em nosso país, são reticentes à aceitação dos denominados direitos naturais, preferindo-se, quase sempre, uma abordagem positivista, tão somente.

Cabe, portanto, ao presente trabalho, investigar as motivações que levam a este tipo de pensamento, antes de se enfrentar suas eventuais inconsistências e críticas doutrinárias.

Deste modo, uma primeira justificativa aponta para a linha corrente que defende não haver direitos fora do mundo positivo, especialmente, em razão da impossibilidade do pleno exercício de um direito sem que haja um instrumental garantidor. É fato que à medida que queremos exercer determinadas faculdades, necessitados gozar de uma ferramenta que a viabilize, isto para evitar a interferência de terceiros. Ou seja, aduz-se que a lei proporciona a existência de um direito, uma vez que passa a protegê-lo e melhor garantir seu exercício.

Outro fator que aqui se entende como motivador de tal pensamento diz respeito à trivialidade com a qual é tratado o assunto em nosso sistema jurídico. A concepção dada a um direito é extremamente ampla, sendo ela estendida a serviços, dirigismos contratuais e até mesmo tentativas de vedações a dissabores cotidianos. Neste cenário, eventuais direitos inatos aos seres humanos são completamente esquecidos e misturados a estas artificialidades, de modo a banalizar o sentido real do termo. Assim, acaba por vigorar a impressão de que os direitos decorrem sim da lei, afinal, são tantos, abrangem tantas disciplinas e são tão complexos, que não poderiam emanar de uma ordem natural, mas tão somente de um arranjo artificial destinado a este fim.

Por fim, outra justificativa passível de arguição quanto ao tema em tela, é aquela baseada nas chamadas Teorias Contratualistas, especialmente a Rousseauiana. Esta aduz, em suma, uma união entre pessoas de modo a realizar um pacto de associação. Neste suposto pacto, os indivíduos renunciariam às suas vontades individuais em prol de uma vontade coletiva e dessa renúncia surgiria a legitimação de um ente central para, por nós, legislar. Destarte, justifica-se também a derivação dos direitos por meios das leis, justamente pela legitimação advinda de tal “contrato”. Legitimado pela dita renúncia individual, criam-se leis de modo a atender à coletividade, inclusive fazendo surgir “novos direitos”, desde que entendido como necessário para tanto.

Acerca do aludido “contrato social”, discorre Jean Jacques Rousseau⁴⁷:

(...) só a vontade geral pode dirigir as forças do Estado de acordo com a finalidade de sua instituição, que é o bem comum, porque, se a oposição dos interesses particulares tornou necessário o estabelecimento das sociedades, foi o acordo desses mesmos interesses que o possibilitou. O que existe de comum nesses vários interesses forma o liame social e, se não houvesse um ponto em que todos os interesses concordassem, nenhuma sociedade poderia existir. Ora, somente com base nesse interesse comum é que a sociedade deve ser governada. Afirmo, pois, que a soberania, não sendo senão o exercício da vontade geral, jamais pode alienar-se, e que o soberano, que nada é senão um ser coletivo, só pode ser representado por si mesmo. O poder pode transmitir-se; não, porém, a vontade. A soberania é indivisível pela mesma razão por que é inalienável, pois a vontade ou é geral, ou não o é; ou é a do copo do povo, ou somente de uma parte. No primeiro caso, essa vontade declarada é um ato de soberania e faz lei; no segundo, não passa de uma vontade particular ou de um ato de magistratura, quando muito, de um decreto.

Também visando justificar a necessidade de tal associação, bem como a legitimação legislativa, conceitua Marilena Chauí⁴⁸:

No estado de natureza, os indivíduos vivem isolados pelas florestas, sobrevivendo com o que a natureza lhes dá, desconhecendo lutas e comunicando-se pelo gesto, pelo grito e pelo canto, numa língua generosa e benevolente. Esse estado de felicidade original, no qual os humanos existem sob a forma do bom selvagem inocente, termina quando alguém cerca um terreno e diz: “É meu”. A divisão entre o meu e o teu, isto é, a propriedade privada, dá origem ao estado de sociedade, que corresponde, agora, ao estado de natureza hobbesiano da guerra de todos contra todos.

À vista disso, percebe-se a tentativa de fundamentação de uma ordem que preze pelo coletivo em detrimento do individual, devendo ela ser aplicada a todos

⁴⁷ ROUSSEAU, Jean Jacques. **Do Contrato Social Ou Princípios Do Direito Político**. Ed.3. Editora Martin Claret. São Paulo, 1991.

⁴⁸ CHAUI, Marilena. **Filosofia**. Ed. 1. Editora Ática. São Paulo, 2008, p. 220.

desde que simples maioria lhe preste anuência. Contudo, o que se observa atualmente é a invocação dessas premissas para, na tentativa de organizar a sociedade, legislar acerca de diversas disciplinas, inclusive criando matérias que recebem o rótulo de direitos. O principal problema é que este fenômeno gera a sensação de que os verdadeiros direitos, conforme serão posteriormente expostos, também tem como fonte a via legislativa – o que não é verdade.

7 O DIREITO E A LEI

Estabelecidas tais premissas, cujo escopo foi demonstrar os argumentos no sentido de que os direitos decorrem da lei, bem como que esta é legitimada a criá-los e delimitá-los, passa-se a discorrer acerca da validade de tais argumentos, de modo a apresentar uma visão distinta sobre tais acepções.

Inicialmente, no que tange à assertiva de os direitos decorrerem da lei pelo fato de este ser o instrumento hábil a protegê-los, vislumbra-se uma confusão de conceitos. Direito e lei são coisas distintas. A justificativa real da confecção de leis subsiste no fato de, por já existirem direitos, ela se prestar a defendê-los de eventuais usuras.

Não é razoável que se fale que ela seria criada para proteger algo não existe. Protege-se, necessariamente, algo que preexiste. Assim, por dedução óbvia, as leis não criam direitos por se destinarem a defendê-los, mas, por eles já existirem, observa-se a necessidade de uma ordem para seu melhor exercício, sendo, então, dado ensejo à sua confecção.

Nessa mesma linha, expõe Friedrich Hayek⁴⁹:

Para o homem moderno, por outro lado, a ideia de que toda lei que governa a ação humana é produto de legislação parece tão óbvia, que a afirmação de que o direito é mais antigo que a legislação se lhe afigura quase paradoxal. No entanto, não pode haver dúvida de que existiam leis séculos antes de ocorrer ao homem que ele podia fazê-las ou alterá-las. A ideia de que era capaz disso praticamente não surgiu antes da era clássica grega; posteriormente desapareceu, ressurgindo no final da Idade Média, quando gradualmente obteve aceitação mais geral. Porém, na forma em que é hoje amplamente aceita, a saber, que toda lei é, pode e deve ser produto da livre invenção de um legislador, essa ideia é factualmente falsa, um produto errôneo daquele racionalismo (...).

Assim, tem-se que o direito é anterior à lei e, somente por assim ser, permite que ela exista em exerça sua função. Só passamos a criar leis por possuímos direitos. Organizamo-nos, coletivamente, para confecção de um instrumento protetor de nossos direitos fundamentais.

Neste sentido, assevera Frederic Bastiat⁵⁰ a respeito do conceito de lei, sua justificativa e destinação:

⁴⁹ HAYEK, Friedrich A. **Direito, Legislação e Liberdade**. Vol. 1. Normas e Ordem. p. 180.

⁵⁰ BASTIAT, Frédéric. **A Lei**. Ed. 3. Editora Instituto Ludwig Von Mises Brasil. São Paulo, 2010, 11.

O que é então a lei? É a organização coletiva do direito individual de legítima defesa.

(...)

Se cada homem tem o direito de defender — até mesmo pela força — sua pessoa, sua liberdade e sua propriedade, então os demais homens têm o direito de se concertarem, de se entenderem e de organizarem uma força comum para proteger constantemente esse direito.

O direito coletivo tem, pois, seu princípio, sua razão de ser, sua legitimidade, no direito individual. E a força comum, racionalmente, não pode ter outra finalidade, outra missão que não a de proteger as forças isoladas que ela substitui.

No que diz respeito à trivialidade com que são tratados os direitos em nosso ordenamento jurídico, consignou-se que daí se extrai a impressão de que os reais direitos derivam da lei (especialmente por termos nos acostumado com uma inflação legislativa), sendo prejudicada a distinção de eventuais direitos inatos em relação a demais inovações legais a que são atribuídas mesmo tratamento.

Desvirtuada, a lei passa a se rogar na proibidade de não mais proteger direitos pretéritos, mas a criar ulteriores matérias, dando-lhes, também, tal atribuição. Daí a banalização hoje encontrada em relação aos direitos tutelados por nosso ordenamento.

A respeito desse simbolismo jurídico, descreve Marcelo Neves⁵¹:

Em sentido mais abrangente, pode-se dizer que uma quantidade considerável de leis desempenha funções sociais latentes em contradição com sua eficácia normativo-jurídica, ou seja, em oposição ao seu sentido jurídico manifesto [...] pode-se definir a legislação simbólica como produção de textos cuja referência manifesta à realidade é normativo-jurídica, mas que serve, primária e hipertroficadamente, a finalidades políticas de caráter não especificamente normativo-jurídico.

(...)

O legislador, muitas vezes sob pressão direta do público, elabora diplomas normativos para satisfazer as expectativas dos cidadãos, sem que com isso haja o mínimo de condições de efetivação das respectivas normas. A essa atitude referiu-se Kindermann com a expressão “legislação-álibi”. Através dela, o legislador procura descarregar-se de pressões políticas ou apresentar o Estado como sensível às exigências e expectativas dos cidadãos.

Dessa forma, atribui-se uma preocupação exagerada com assuntos secundários, de modo a estarmos, hoje, fadados à trivialidade no que diz respeito às nossas garantias fundamentais. Assim, chega-se ao ponto de que nossas reais

⁵¹ NEVES, Marcelo. **A constitucionalização simbólica**. Ed. 2. Editora WMF Martins Fontes. São Paulo, 2007, p. 30 e 37.

garantias, quais sejam, nossos direitos naturais enquanto seres humanos, estarem sujeitas ao mesmo tratamento de invenções legais completamente inócuas.

Por derradeiro, evoca-se o “Contrato Social”, para que se justifique a legitimidade em se “criar” direitos e, em razão disso, aumenta-se, ainda mais, a impressão de que eles decorrem de uma ordem central, tão somente. Entretanto, ainda que haja uma inclinação coletiva no sentido de criar leis para melhor organização social, isto não permite os membros do Estado legislem acerca de qualquer assunto, especialmente de modo a “criar direitos” ou imposições que violem nossos direitos naturais enquanto seres humanos.

Ao evocar tal apelo coletivista, os defensores de um “Contrato Social” mais abrangente, advogam no sentido de que aquilo que emanar do órgão central será legítimo, uma vez que representa a vontade coletiva, afinal, não mais o anseio individual sobressai, mas somente aquilo que importa ao arbítrio comum.

Deste modo, dissemina-se a ideia de que as ações do Estado não evidenciam um ente apartado da sociedade ou uma abstração como, de fato, é, mas, sim, o próprio indivíduo, estando-se diante de uma confusão entre estes dois conceitos, frequentemente comum ao justificar o império prolixo de nossas leis. Murray Rothbard⁵² assim abordou o tema:

O termo coletivo útil “nós” permite lançar uma camuflagem ideológica sobre a realidade da vida política. Se “nós somos o estado”, então qualquer coisa que o estado faça a um indivíduo é não somente justo e não tirânico, como também “voluntário” da parte do respectivo indivíduo. Se o estado incorre numa dívida pública que tem de ser paga através da cobrança de impostos sobre um grupo para benefício de outro, a realidade deste fardo é obscurecida pela afirmação de que “devemos a nós mesmos” (ou “a nossa dívida tem de ser paga”); se o estado recruta um homem, ou o põe na prisão por opinião dissidente, então ele está “fazendo isso a si mesmo” — e, como tal, não ocorreu nada de lamentável.

Nesta mesma linha de raciocínio, os judeus assassinados pelo governo nazista não foram mortos; pelo contrário, devem ter “cometido suicídio”, uma vez que eles eram o governo (que foi eleito democraticamente) e, como tal, qualquer coisa que o governo lhes tenha feito foi voluntário da sua parte. Não seria necessário insistir mais neste ponto; no entanto, a esmagadora maioria das pessoas aceita esta ideia enganosa em maior ou menor grau.

Ademais, outra distinção importante diz respeito à própria conceituação de lei trazida pelo modelo contratualista *Rousseauiano*. Por ele, a lei representaria

⁵²ROTHBARD, Murray N. **A Anatomia do Estado**. Editora Instituto Ludwig von Mises. São Paulo, 2012, p. 7-8.

uma subsunção na vontade coletiva, um imperativo necessário ao bem comum, à medida que ao que preceitua Frederic Bastiat, por exemplo, esta seria tão somente uma organização destinada a exercer coletivamente aquilo que poderia ser feito em legítima defesa individual.

Ao se ter em mente estas duas formas de se enxergar a atribuição legislativa, observa-se que a primeira conceituação se mostra mais subjetiva, atuando de maneira abrangente, enquanto que a segunda restringe, sobremaneira, o escopo legal.

Nesse ponto, vale ressaltar que tal distinção possui severa implicância na influência das leis na vida dos indivíduos.

Ao se limitar o escopo legislativo àquilo que seria mera legítima defesa individual, resume-se a finalidade da lei à proteção de direitos naturais, porém, se entendida como válida toda criação legislativa que simplesmente represente um conceito como a “vontade comum”, está se criando um permissivo legal para legislar sobre questões secundárias, dando-lhes, contudo, a mesma importância que a proteção de garantias fundamentais, pois advêm da mesma premissa.

Entretanto, não é porque fora criado um ente central legitimado a organizar a sociedade, que ele pode disciplinar sobre qualquer matéria, bastando evocar a “vontade comum”.

Deste modo, subsiste nesta característica grande parte da razão de nosso sistema jurídico atual não ser baseado em direitos naturais, mas em uma aferição abstrata de “bem comum” quando da confecção de leis, uma vez que é dada grande margem ao legislador ao ser realizada este tipo de interpretação.

Desta maneira, além de extremamente perigosa, tal conclusão transmite a muitos a impressão de que nossos verdadeiros direitos decorrem da lei, justamente pela suposta legitimação advinda do “contrato social”, invocado constantemente.

Logo, por ser tentada uma organização social regada de intervenções, gera-se a impressão que a criação de direitos “organiza” a sociedade e, como são criados inúmeros imperativos, tem-se que estes são criadores de direitos, logo, o direito derivaria da lei - o que, conforme demonstrado, em nada procede.

8 DIREITOS NATURAIS EM ESPÉCIES

Cada elemento de nosso universo é substanciado por uma composição própria que o caracteriza. Cada matéria existente se vale de particularidades que as fazem diferenciar das demais. Em outras palavras, cada composto traz consigo, por sua simples existência, propriedades intrínsecas que os acompanham, não por terceira determinação, mas por sua própria natureza.

Com o ser humano não ocorre de forma distinta. Parte integrante dessa mesma lógica, também ele possui propriedades que o identificam, que o compõe e que, sobretudo, dão sentido à sua própria existência.

Contudo, organismo diferenciado, o ser humano se distingue, também, pelo fato de, por meio do exercício de tais atributos, conferir a si próprio novas possibilidades, seja lhe proporcionando outras faculdades, ou criando restrições, modificando, assim, seu escopo de atuação. Deste modo, acaba por criar novos atributos, fazendo surgir propriedades ulteriores à sua caracterização primária. Ao instrumento utilizado para esse processo, comumente, dá-se o nome de “lei”.

Ocorre que, determinados atributos precedem a lei. Representam estes, espécies de propriedades da humanidade. São intrínsecos ao ser humano, preexistindo a qualquer prerrogativa artificial legalmente determinada. Configuram a essência de nossa espécie, ensejam sua evolução e permitem a criação de tudo que hoje conhecemos por legado de nossa existência. A estes atributos, dá-se o nome de “direitos naturais”.

Isto posto, surge a necessidade de que sejam especificados quais seriam tais direitos, de modo a diminuir a abstração destes conceitos. Resumem-se, pois, à vida, liberdade e propriedade, os quais se passa a detalhar.

8.1 Direito à Vida

De início e, por dedução óbvia, enquanto seres humanos todos temos direito à vida como fator primordial, haja vista ser pressuposto básico para o exercício dos demais direitos. Não é razoável dizer que não há um direito natural à vida, ou que esse direito deve, necessariamente, derivar da lei para existir, uma vez que, sem ele, sequer seria possível que estas argumentações fossem feitas.

Nas palavras do jusnaturalista John Finnis, a vida corresponde a “um impulso básico de autopreservação”, assim, configurando um valor básico da existência humana. Deste modo, tal conceito configura um direito natural básico do ser humano por sua simples existência. Todo ser humano possui um direito natural à vida e, com este, o direito de que ela não possa ser retirada.

Mesmo que não existisse qualquer governo ou uma organização normativa positivada, ainda assim as pessoas teriam tal direito, haja vista ser anterior e independente em relação a qualquer ente central. A própria continuidade da existência humana pressupõe a manutenção e preservação da vida para perpetuidade da espécie, lógica está observada desde os primórdios por todo e qualquer grupo de convivência.

Negar o direito natural à vida, ou dizer que este apenas existe por estar positivado em lei, significa concluir que antes de uma menção legal neste sentido, as pessoas poderiam ceifar a vida umas das outras, ou que não poderiam agir em defesa da manutenção de sua existência. Tal raciocínio é completamente ilógico, até porque as organizações sociais e observações de normas de conduta também precedem à lei, sendo esta uma mera declaração deste direito preexistente.

8.2 Direito à Liberdade

Todavia, como os direitos naturais fazem parte de uma lógica relacionada à própria natureza humana, não figura apenas a vida como um direito natural, pois há, ainda, desdobramentos que se complementam e dão sentido à natureza humana. Deste modo, não seria razoável a concepção da vida, exclusivamente, como único direito natural, afinal, esta pressupõe outras faculdades para sua complementação, também ínsitas à existência humana. Garantida a vida, pode-se usufruir das faculdades que ela permite, exercício este feito por meio da liberdade como virtude da existência humana.

Dispõe John Locke em seu Segundo Tratado Sobre o Governo Civil⁵³:

Por isso, aquele que tenta colocar outro homem sob seu poder absoluto entra em um estado de guerra com ele; esta atitude pode ser compreendida como a declaração de uma intenção contra sua vida. Assim sendo, tenho razão em concluir que aquele que me colocasse sob seu poder sem meu consentimento me usaria como lhe aprouvesse quando me visse naquela

⁵³ LOCKE, John. **Segundo Tratado Do Governo Civil**. Editora Vozes. Petrópolis, 1994. p. 39.

situação e prosseguiria até me destruir; pois ninguém pode desejar ter-me em seu poder absoluto, a não ser para me obrigar à força a algo que vem contra meu direito de liberdade, ou seja, fazer de mim um escravo. Escapar de tal violência é a única garantia de minha preservação; e a razão me leva a encará-lo como um inimigo à minha preservação, que me privaria daquela liberdade que a protege; de forma que aquele que tenta me escravizar coloca-se, por conseguinte em um estado de guerra comigo. Aquele que no estado de natureza retirasse a liberdade que pertence a qualquer um naquele estado, necessariamente se supõe que tem intenção de retirar tudo o mais, pois a liberdade é a base de todo o resto; assim como aquele que no estado de sociedade retirasse a liberdade pertencente aos membros daquela sociedade ou da comunidade política, seria suspeito de tencionar retirar deles tudo o mais, e portanto seria tratado como em estado de guerra.

Como se pode observar, o autor traduz a lógica aqui exposta ao mencionar que possui o direito natural à vida, sendo que contra esta ninguém pode atentar. Porém, usa para a mesma defesa o direito à liberdade ao afirmar que os homens não podem ser colocados como escravos, pois isto contrariaria a lógica da natureza. Coloca, ainda, que realizar tal defesa faz parte de sua preservação, também conforme exposto. Por fim, traduz na liberdade a base para todo o restante e, portanto, necessária ao exercício de demais faculdades.

8.3 Direito à Propriedade

Por derradeiro, complementa a lógica de uma vida humana livre a possibilidade de, por meio destes atributos, apropriar-se de bens, de modo, tanto a prover a própria subsistência, quanto evoluir de condição e melhorar o conforto com o qual se mantém no exercício de suas faculdades, razões pelas quais também figura a propriedade como um direito natural.

Neste sentido, discorre John Locke⁵⁴:

Cada homem possui a propriedade de sua própria pessoa. A esta ninguém tem direito algum, além dele mesmo. O trabalho de seu corpo e a obra de suas mãos, pode-se dizer, são propriamente seus. Qualquer coisa que então retire do estado que a natureza proveu e deixou, e misture com seu trabalho e adicione algo que é seu, se torna sua propriedade. Sendo por ele retirado do estado comum em que a natureza a deixou, a ela agregou, com esse trabalho, algo que exclui o direito comum dos demais homens. Por ser esse trabalho propriedade inquestionável do trabalhador, homem algum além de si pode ter direito àquilo ao qual tal trabalho tenha sido agregado.

Aquele que se alimenta das bolotas que apanha debaixo de um carvalho ou das maçãs que colhe das árvores do bosque com certeza delas apropriou-se para si mesmo. Ninguém pode negar que o alimento lhe pertença.

⁵⁴ LOCKE, John. **Segundo Tratado Do Governo Civil**. Editora Vozes. Petrópolis, 1994. p. 39. 8.

Pergunto então quando passou a pertencer-lhe? Fica claro que, se o fato de colher o alimento não o fez seu, nada mais o faria. Aquele trabalho imprimiu uma distinção entre aqueles frutos e os comuns, acrescentando-lhes algo mais do que a natureza, mãe comum a todos, fizera; desse modo, tornaram-se seu direito particular. E poderá alguém dizer que não tinha direito algum a essas bolotas ou maçãs de que se apropriou por não ter tido o consentimento de toda a humanidade para torná-las suas? Fosse tal consentimento necessário, o homem teria morrido de fome, não obstante a abundância com que Deus o proveu. Vemos nas terras comuns, que assim permanecem em virtude de um pacto, que a origem da propriedade advém da apropriação de algo comum e sua retirada do estado no qual a natureza o; sem isso, o comum não tem utilidade alguma.

Porquanto, observa-se que a noção de propriedade é fundamental para a existência humana. Outro arranjo que não esse para a alocação de bens, conduziria a humanidade à miséria.

Se nada é de propriedade de ninguém, então todos morreriam de fome. Se tudo pertencesse a todos, todas as pessoas deveriam prestar anuência umas às outras para o uso de qualquer propriedade, o que acarretaria no mesmo efeito.

Assim, conclui-se que a propriedade é um axioma natural da vida humana, também precedente a qualquer disposição legal, uma vez que mesmo antes de qualquer argumentação neste sentido, as pessoas já conduziam suas vidas sob a lógica aqui apresentada e possuíam este direito natural, tanto quanto em relação a seu próprio corpo, quanto em relação àquilo que a ele se mistura por meio de seu próprio trabalho.

8.4. Direitos Naturais e a Contradição Performativa

Ademais, não obstante todo o exposto, ao se tentar realizar uma defesa no sentido de argumentar contra a existência de direitos naturais, se estará fadado à contradição, pois, o conteúdo de tal argumentação irá diretamente contra seus próprios pressupostos.

Justamente tais virtudes da natureza humana (direitos naturais) é que permitem que haja algum tipo de argumentação a ser desenvolvida pelos indivíduos, ainda que em seu desfavor ou negando a sua própria existência.

Em outras palavras: a existência de direitos naturais é condição imprescindível à exposição de qualquer argumento, sendo impensável dizer que só é possível realizar uma argumentação desde que determinados direitos estejam declarados em um sistema jurídico.

Nessa ótica, suponha-se que seja realizada uma defesa no sentido de atestar que os seres humanos não possuem um direito natural à liberdade. Imediatamente, haverá uma incoerência com tal argumentação, haja vista que o autor da assertiva, só a proclamou, justamente, por ser um indivíduo livre, que possui tal atributo como virtude de sua própria existência e, por meio desta liberdade, exerceu uma de suas faculdades ao produzir tal tese, ainda que equivocada.

Deste, ao se tentar negar a existência de direitos naturais ou associá-los exclusivamente à origem legislativa, se está construindo uma argumentação autodestrutiva, contendo em si mesma, elementos que fazem sucumbir a própria conclusão. Assim, a própria tentativa de negação dos direitos naturais corrobora sua existência, uma vez que é verificada uma contradição performativa em tal arguição.

9 DIREITOS NATURAIS E SUA FUNÇÃO LIMITADORA

Isto posto, em primeira análise, extrai-se da importância dos direitos supramencionados que eles não podem ser tolhidos pelo instrumental de criação de faculdades artificiais (a lei). Em um segundo momento, percebe-se, ainda, que, diferentemente do que aduzido pela maioria de nossos juristas, não é por derivação legal os direitos surgem, mas, justamente por preexistirem, é que a lei pôde emergir.

Nesse sentido, preceitua Frederic Bastiat⁵⁵:

A vida, a liberdade e a propriedade não existem pelo simples fato de os homens terem feito leis. Ao contrário, foi pelo fato de a vida, a liberdade e a propriedade existirem antes que os homens foram levados a fazer as leis.

Com a assertiva, o autor busca atestar que o ser humano é anterior ao Estado. O indivíduo criou tal organização central para que pudesse servi-lo e, de alguma forma, melhorar a harmonização social, provendo-lhe segurança e facilitando a prosperidade, e não o contrário.

Deste modo, ressalta-se que a sociedade é apenas uma dedução das relações dos indivíduos, e não um ente personalizado de onde emergimos. Por este motivo, também, é importante a ideia de que os indivíduos possuem direitos naturais inerentes à sua existência e, a partir de então, podem optar à realização de uma organização destinada a protegê-los, mas nunca o caminho inverso, no sentido de haver uma ordem coletiva que arbitre a respeito de quais sejam os direitos que os indivíduos possuem e em que medida devem exercê-los.

Não é a coletividade que perfaz o indivíduo. Ter incutido um pensamento de que o coletivo vem antes do individual e usar disso para confecção de leis que supostamente “criam” direitos e melhoram o bem-estar geral é um pensamento bastante temerário. A ordem espontânea é inversa. Indivíduos pensam, indivíduos agem, são eles os protagonistas de um meio de convivência, não o senso coletivo. Porquanto, os direitos naturais precedem e preponderam sobre qualquer faculdade artificial da via legislativa.

Nas palavras de Friedrich Hayek⁵⁶:

⁵⁵ BASTIAT, Frédéric. **A Lei**. Ed. 3. Editora Instituto Ludwig VonMises. São Paulo, 2010, p. 11.

⁵⁶ HAYEK, Friedrich A. **Direito, Legislação e Liberdade**. Vol. 1 – Normas e Ordem. Editora Visão. São Paulo, 1979. p. 177.

A legislação a criação intencional de leis foi com justiça considerada, entre todas as invenções do homem, aquela plena das mais graves consequências, tendo seus efeitos alcance ainda maior que os do fogo e da pólvora¹. Ao contrário do próprio direito, que jamais foi 'inventado' no mesmo sentido, a legislação é um invento relativamente recente na história da humanidade. Ela proporcionou aos homens um instrumento extremamente poderoso, de que necessitavam para realizar algum bem, mas que ainda não aprenderam a controlar de tal modo que não gere grande mal.

Assim, além de intrínseco à virtude humana e pressuposto para seu desenvolvimento, os direitos naturais ainda prestam grandes serventia ao impor limitações a arbítrios governamentais que atentem contra esta ordem natural de convívio. Ao se ter firme em mente a existência de tais direitos, sua origem, desdobramentos e importância, fica obstado o legislador de disciplinar acerca de questões que fujam à mera declaração e proteção desses direitos e, especialmente, acerca daquelas desvirtuadas matérias que, pelas mais variadas justificativas, respaldadas em um abstrato “bem comum”, venham a violá-los.

Nas palavras de Rafael Saldanha: “o Direito não apenas é anterior ao estado, como também é uma ferramenta valiosa para se proteger do estado e de outros criminosos”. Assim, se os indivíduos não podem violar os direitos naturais uns dos outros, da mesma maneira, não pode a organização coletiva destinada a proteger estes direitos, violá-los, sob pena de ignorar sua própria origem e destinação.

Sob esse prisma, disciplina Frédéric Bastiat⁵⁷:

O direito coletivo tem, pois, seu princípio, sua razão de ser, sua legitimidade, no direito individual. E a força comum, racionalmente, não pode ter outra finalidade, outra missão que não a de proteger as forças isoladas que ela substitui. Assim, da mesma forma que a força de um indivíduo não pode, legitimamente, atentar contra a pessoa, a liberdade, a propriedade de outro indivíduo, pela mesma razão a força comum não pode ser legitimamente usada para destruir a pessoa, a liberdade, a propriedade dos indivíduos ou dos grupos.

Deste modo, observa-se a vital importância do reconhecimento dos direitos naturais em um ordenamento jurídico para que seja delineada uma legislação nele baseada, de modo a evitar o espólio legalizado em detrimento dos indivíduos e a legislação em benefício próprio por parte daqueles que possuem a prerrogativa de criá-la.

Fixando-se os direitos naturais como base para qualquer inovação legislativa, estar-se-á criando um rígido limitador a qualquer aludido “pacto social”, de

⁵⁷ BASTIAT, Frédéric. A Lei. Ed. 3. Editora Instituto Ludwig VonMises. São Paulo, 2010, p. 12.

modo a manter a lei em seu real sentido e atribuição, evitando-se que se desvirtue e passe a tolher aqueles que exclusivamente deveria proteger.

10 A INCOMPATIBILIDADE ENTRE NORMAS CONSTITUCIONAIS

Superados os estudos sobre Constituição e justificada a existência dos direitos naturais, bem como sua importância, passa-se dissecar a tese principal do presente estudo.

Em suma, o cerne do trabalho consiste na realização de uma análise crítica dos atuais modelos de Constituição, considerados prolixos e desvirtuados. Embora o fenômeno seja global, para fins de delimitação da análise, toma-se como objeto as Constituições latino-americanas, especialmente a atual Constituição brasileira.

O que estes modelos constitucionais têm em comum, principalmente, é a característica dirigente de seu texto. A respeito disto, algumas breves considerações devem ser feitas, realizando-se uma distinção entre dois modelos antagônicos de Constituição: as liberais (ou negativas) e as dirigentes.

10.1 Constituição Liberal ou Negativa

Diretamente influenciada por pensadores liberais, como descrito anteriormente, este modelo constitucional foi notável em prestigiar as liberdades individuais (direitos de primeira dimensão) e, sobretudo, limitar o escopo de atuação do Estado.

Seu principal objetivo sempre foi proteger os indivíduos frente aos ataques do Poder Público. Para tanto, dispunha sobre garantias individuais, especialmente, em relação aos direitos de liberdade.

No mais, não se observava disposições que indicassem uma postura ativa do Estado, sendo, portanto, mais concisas. A igualdade prestigiada neste tipo de Constituição é a denominada igualdade formal, uma vez que todos deveriam ser iguais perante a lei, todavia, sem que houvesse qualquer política no sentido de interferência em desigualdades sociais ou distribuições de renda⁵⁸.

58 NOVELINO, Marcelo. (02/2014). **Manual de Direito Constitucional – Volume Único**. Ed. 7. [Minha Biblioteca]. Retirado de <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/978-85-309-5496-3/>

Logo, inexistiam disposições econômicas ou interferências sociais como características das Constituições Liberais (Negavitas), sendo priorizada a liberdade e a busca pela limitação dos poderes dos governantes.

10.2 Constituições Dirigentes

Os modelos de Constituição Dirigente, por sua vez, são absolutamente distintos daqueles descritos no início deste trabalho, como as primeiras Constituições históricas ou os modelos baseados na primeira geração de direitos fundamentais.

Nestes modelos, há a composição de um plano de evolução para a sociedade, seja nos âmbitos político, social ou econômico. Há, nestes casos, a atuação positiva do Estado de maneira intensa, buscando-se, justamente, a realização destes ideais. Trata-se de disposições prospectivas, isto é: positivam ideais se serem concretizados⁵⁹.

A intensão é a centralização de muitas atividades por meio de um plano de ação. Diante de tal legitimidade, o Estado toma pra si diversas novas incumbências em detrimento dos agentes particulares.

Extrai-se destas normas um caráter de verticalização comportamental, pois buscam determinar comportamentos definidos pelo constituinte como importantes para o desenvolvimento da sociedade no respectivo momento histórico.

Nas palavras de André Ramos Tavares⁶⁰

As Constituições sociais correspondem a um momento posterior na evolução do constitucionalismo. Passa-se a consagrar a necessidade de que o Estado atue positivamente, corrigindo as desigualdades sociais e proporcionando, assim, efetivamente, a igualdade de todos. É o chamado Estado do Bem Comum. Parte-se do pressuposto de que a liberdade só pode florescer com o vigor sublimado quando se dê igualdade real (e não apenas formal) entre os cidadãos. É bastante comum, nesse tipo de Constituição, traçar expressamente os grandes objetivos que hão de nortear a atuação governamental, impondo-os (ao menos a longo prazo). Não por outro motivo tais Constituições são denominadas, com Canotilho, “dirigentes”.

Assim, o Estado prioriza, não a abstenção do Estado para que os indivíduos busquem ascender socialmente, mas uma colaboração intensa para ele

⁵⁹ MORAES, de, G. P. (02/2018). *Curso de Direito Constitucional, 10ª edição*. [Minha Biblioteca]. Retirado de <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788597015805/>

⁶⁰ TAVARES, Ramos, A. (2017). *Curso de direito constitucional, 15ª edição., 15th edição*. [Minha Biblioteca]. Retirado de <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788547216962.>

próprio promover esta melhoria social, sub-rogando-se em atividades antes promovidas por particulares.

10.3 Impropriedades do Dirigismo Constitucional

Todavia, entende-se que esta última escolha constitucional guarda algumas impropriedades em relação às próprias justificativas que levaram à confecção de Constituições, conforme se passa a detalhar.

10.3.1 A incompatibilidade entre direitos naturais e de legislação

Nesta etapa, algumas premissas devem ser estabelecidas. De início, a mais evidente: a incumbência do Estado em uma Constituição Dirigente é amplamente distinta da observada nas Constituições de cunho liberal. Mais do que isso, é oposta.

À medida que as primeiras Constituições (de caráter negativo) pregavam um “não fazer” por parte do Estado, ou seja, uma postura de abstenção, as Constituições Dirigentes postulam o contrário, ou seja, uma postura amplamente ativa na intenção de, com sua atuação, entregar todo o previsto no texto constitucional⁶¹.

Esta contradição traz, necessariamente, muitas implicâncias, pois a lógica de atuação (ou não atuação) é absolutamente distinta e, conseqüentemente, conduz a resultados diversos.

Embora as Constituições Dirigentes sejam consideradas um avanço em relação às Constituições Liberais (assim como toda a segunda geração de direitos)⁶², fato é que elas ostentam uma profunda contradição entre si. Vejamos.

As Constituições Liberais, basicamente, ao tutelarem os direitos naturais mencionados nos tópicos anteriores, fundam-se nas seguintes premissas: os indivíduos não podem tirar a vida uns dos outros, possuindo o direito de defendê-la de ataques arbitrários; não podem ter a sua liberdade restringida, podendo buscar o aprimoramento de sua existência, da forma melhor achar conveniente desde que não

⁶¹ OLIVEIRA, Fábio de. **A Constituição dirigente: morte e vida no pensamento do doutor Gomes Canotilho**. In: *Revista Brasileira de Direito Comparado*. Rio de Janeiro: Instituto de Direito Comparado Luso-Brasileiro, n.28, p.195-228.

⁶² TAVARES, André Ramos. **Curso de direito constitucional**. Ed. 15. [Minha Biblioteca]. Retirado de <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788547216962>.

prejudique terceiros; e não podem ter confiscadas as suas propriedades honestamente adquiridas.

Estas são as sólidas premissas de uma Constituição Negativa.

Ocorre que com o advento dos modelos de Constituição Dirigente, mesmo que estes tivessem uma maior quantidade de dispositivos e objetivos distintos, não se partiu da premissa de supressão dos direitos de primeira geração, substituindo-os por novos. Em outras palavras: tais Constituições buscam cumular “novos direitos”, além dos de primeira geração.

Assim, percebe-se que, por meio destas Constituições, busca-se a inclusão de outros direitos além dos direitos naturais, almejando-se a coexistência entre eles dentro de um mesmo documento constitucional e sob o mesmo nível hierárquico.

Diante disso, chega-se a uma das principais celeumas objetos do presente trabalho: a perfeita convivência entre estas espécies de direitos em uma mesma Constituição é impossível, uma vez que a efetivação de um obrigatoriamente levará à infringência do outro.

Toda e qualquer inovação legal, ainda que por meio de um Texto Magno, que venha a fugir da defesa dos direitos naturais é, automaticamente, contraditório em relação a eles.

Isso porque, como argumentado anteriormente, os únicos direitos próprios do ser humano, são os direitos naturais. Em relação aos demais, denominados neste ensaio de “direitos de legislação”, foram criados pelo ser humano.

Deste modo, apenas os direitos naturais podem ser exercidos simultaneamente de maneira harmoniosa, sem qualquer contradição, sobretudo, por tratarem de posições de abstenção, de respeito aos direitos uns dos outros.

Nos ensinamentos de Murray Rothbard acerca do tema⁶³:

A natureza do homem é tal que cada indivíduo deve, ao agir, escolher seus próprios fins e utilizar-se de seus próprios meios para atingi-los. Como não possui instintos automáticos, cada homem deve aprender sobre si mesmo e sobre o mundo, utilizar sua mente para escolher valores, aprender sobre causa e consequência, e agir de uma maneira intencional para se manter e levar sua vida adiante. Como os homens podem pensar, sentir, avaliar e agir apenas como indivíduos, torna-se vitalmente necessário para a sobrevivência e a prosperidade de cada homem que ele tenha a liberdade de aprender, escolher e desenvolver suas faculdades, e aja a partir de seu conhecimento

⁶³ ROTHBARD, Murray. **Por Uma Nova Liberdade: Manifesto Libertário**. Editora Instituto Ludwig Von Mises Brasil. São Paulo, 2013. p. 42.

e seus valores. Este é o caminho necessário da natureza humana; interferir com este processo e danificá-lo através do uso da violência vai profundamente contra o que é necessário, na própria natureza humana, para a sua vida e prosperidade. A interferência violenta no aprendizado e nas escolhas de um homem é, portanto, profundamente “anti-humana”; ela viola a lei natural das necessidades do homem.

O exercício de qualquer destes direitos não infringe os demais, diferente do que ocorre em relação a direitos positivos, como os de segunda geração. A título de ilustração, discorrer-se-á, ainda que de forma abstrata, a respeito da lógica dos direitos de igualdade material (direitos de bem-estar), de modo a possibilitar uma melhor compreensão do tema.

10.3.2 Os direitos de bem-estar

Conforme explanado, toda e qualquer inovação jurídica intitulada de “direito” que fuja à defesa dos direitos naturais, se mostra contraditória. Entretanto, para fins de delimitação da análise, avaliam-se os direitos destinados à promoção do bem-estar pelo Estado, por serem os mais propícios a evidenciar esta antítese.

Neste sentido, diante das novas demandas sociais, o Estado passa a promover Políticas Públicas de acordo com as reivindicações populares para entregar os bens e serviços demandados.

Todavia, como o Estado não produz riqueza, apenas confisca dos particulares, é uma constatação natural que, quanto mais “direitos” se buscar entregar às pessoas, maior será a violação aos direitos naturais delas.

Isso porque tais reivindicações consistem, no geral, na entrega de bens e, principalmente, serviços, o que faz com que o Estado tenha que angariar recursos para efetivá-los.

Tendo em conta que tais recursos são conseguidos por meio da tributação, principalmente, é nítido que o processo de efetivação destes direitos sociais passa, necessariamente, pela ofensa ao direito natural de propriedade das outras pessoas.

Nas palavras de Frédéric Bastiat: “de fato, o Estado não é maneta e nem poderia sê-lo. Ele tem duas mãos: uma para receber e outra para dar, ou, melhor dizendo, a mão rude e a mão delicada. A ação da segunda subordina-se necessariamente à da primeira”. Ainda a respeito do poder de coação do Estado e

desrespeito às riquezas produzidas pelos indivíduos, Murray Rothbard pontua o pensamento do notável sociólogo alemão Franz Oppenheimer⁶⁴:

(...) existem duas formas mutuamente exclusivas de adquirir riqueza: a primeira, a forma referida acima, de produção e troca, ele chamou de “meio econômico”. A outra forma é mais simples, na medida em que não requer produtividade; é a forma em que se confisca os bens e serviços do outro através do uso da força e da violência. É o método do confisco unilateral, do roubo da propriedade dos outros. A este método Oppenheimer rotulou de “o meio político” de aquisição de riqueza. Deve estar claro que o uso pacífico da razão e da energia na produção é o caminho “natural” para o homem: são os meios para a sua sobrevivência e prosperidade nesta terra. Deve estar igualmente claro que o meio coercivo, explorador, é contrário à lei natural; é parasítico, pois em vez de adicionar à produção, apenas subtrai.

Não é só. Também com vistas a promover este bem-estar geral, o Estado se envereda a participar ativamente do cenário econômico, seja pela criação de empresas estatais ou pela regulação de serviços. Fato é que além dos tributos que pesam sobre os particulares, há, ainda, a criação de muitos monopólios, objetivando a prestação destes serviços com menor concorrência.

Deste modo, ao restringir o mercado e diminuir as opções dos indivíduos, o Estado promove grande ofensa ao à liberdade de consumo, evidenciando outra ofensa ao direito natural.

Certamente, a completa demonstração de ofensa à liberdade e propriedade dos indivíduos, em casos como os mencionados, passa por um abrangente estudo econômico, uma vez que, se há a entrega de bens e serviços pelo Estado, há uma alocação de recursos, o que não poderia fugir da lógica da escassez abordada pela Economia.

Todavia, até para fins de delimitação do escopo do presente trabalho, não é o que se pretende demonstrar. O objetivo principal é, após justificada a premissa de que os direitos naturais existem e são superiores aos demais direitos, evidenciar as contradições inerentes à tentativa de criação destes “novos direitos”.

10.3.3 O aumento do poder estatal

Há, ainda, outra impropriedade bastante relevante para a análise em questão: a de que as Constituições Dirigentes, ao buscarem atingir seus objetivos,

⁶⁴ Rothbard, Murray. **A Anatomia do Estado**. Editora Instituto Ludwig Von Mises Brasil. Ed. 1. São Paulo, 2013. P. 12.

aumentam consideravelmente o poder do Estado, caindo em evidente contradição em relação à precípua função constitucional: limitar o poder do governo.

Ao se discorrer neste ensaio acerca do surgimento e, principalmente, do propósito de uma Constituição, consignou-se que seu principal objetivo, junto à tutela dos direitos individuais, seria o de promover uma substancial limitação nos poderes dos governantes.

Contudo, ao se buscar os propósitos de uma Constituição Dirigente, inevitavelmente, delegam-se muitos outros atributos ao Estado, ampliando seu campo de atuação.

Naturalmente, adotando-se uma postura ativa no sentido de promover os progressos sociais almejados o Estado ganha um farto aumento em seu escopo, pois, agora, arrecada muito mais recursos (para a entrega de bens e serviços) e, conseqüentemente, passa atuar em diversas outras searas que antes era ausente, especialmente no campo econômico.

Esta simples constatação evidencia um paradoxo entre a precípua função constitucional e as conseqüências da adoção de um dirigismo constitucional.

Antes, primava-se pela utilização do Texto Magno para forçar a redução da influência do Estado sobre a vida dos particulares; atualmente, ainda que não se tenha abandonado o preceito anterior, concede-se um farto poder de influência ao mesmo Estado que se busca limitar – o que é notadamente contraditório.

A natureza humana não mudou de lá pra cá, logo, os motivos que levaram os cidadãos a se insurgirem contra o Estado em razão de suas ingerências ainda podem ser observados (e muito). Porém, há, agora, uma agravante: o Estado, em razão dos avanços pelos quais a sociedade passou, detém um número muito maior de recursos e instrumentos de influência, o que torna o cenário muito mais perigoso, em face da dificuldade de limitar seus poderes.

Nas palavras de Lord Acton “o poder corrompe e o poder absoluto corrompe absolutamente”, ou seja: aquilo que já era arriscado há séculos atrás, agora se torna ainda mais temerário.

Pensar que os novos governantes são mais virtuosos que os anteriores e que, no nosso tempo, o aumento do poder do Estado significará algo agradável (embora os eventos históricos registrem o contrário) é cometer um grandioso equívoco.

Neste sentido, fustiga James Madison⁶⁵ em sua assertiva:

If men were angels, no government would be necessary. If angels were to govern men, neither external nor internal controls on government would be necessary. In framing a government which is to be administered by men over men, the great difficulty lies in this: you must first enable the government to control the governed; and in the next place oblige it to control itself.

Conclui-se, portanto, ser absolutamente impróprio que uma Constituição guarde, simultaneamente, ambos os propósitos, sob pena de cair em profunda contradição, ante esta flagrante incompatibilidade, sugerindo-se, para os fins da presente análise, que seja prestigiada, restritamente, a defesa dos direitos naturais, consubstanciada na limitação dos poderes dos governantes.

⁶⁵ “Se os homens fossem anjos, nenhum governo seria necessário. Se os anjos governassem os homens, não seriam necessários controles externos nem internos ao governo. Ao configurar um governo que será administrado por homens sobre homens, a maior dificuldade consiste nisto: deve-se primeiro habilitar o governo a controlar os governados; e em seguida obrigá-lo a controlar a si mesmo” — The Federalist nº 51. Disponível em: < http://avalon.law.yale.edu/18th_century/fed51.asp> Acesso em: 14/10/2018.

11 NORMAS CONSTITUCIONAIS INVÁLIDAS: O JUSNATURALISMO EM OTTO BACHOF

Em que pese a argumentação apresentada até aqui, surge o natural questionamento acerca de como ficariam, então, as Constituições que tragam em seu bojo, simultaneamente, alguns dispositivos que defendam e outros que ataquem direitos naturais.

Oportuno, pois, mencionar a teoria desenvolvida pelo constitucionalista alemão Otto Bachof, até para que seja endossada a argumentação trazida até aqui, haja vista a robusta tese formulada pelo autor.

No caso, trata-se do livro *Vervassungswidrige vervassungsnormen?*, traduzido para o nosso idioma como “Normas Constitucionais Inconstitucionais”, escrito pelo autor no ano de 1951 em Heidelberg, Alemanha.

De início, percebe-se uma aparente contradição no título da obra, ainda que meramente terminológica. Em razão dele, indaga-se se seria possível existir normas inconstitucionais dentro de uma Constituição, ou se, só por estarem dentro de um texto constitucional, as normas já seriam, automaticamente, consideradas constitucionais.

Neste ponto, inclina-se a uma posição favorável à não utilização deste termo, pois, de fato, ainda que por questões terminológicas ou de forma, não é possível dizer que normas dentro de uma Constituição seriam propriamente inconstitucionais, uma vez que compõem a própria Lei Magna. A propósito, o atributo maior adquirido por uma norma ao ser inserida em uma constituição é seu caráter constitucional, ainda que se discuta outras questões, como sua validade ou eficiência.

Entretanto, embora seja difícil apartar o termo “constitucional” de uma norma prevista dentro de uma Constituição, isto não significa que todas as normas seriam adequadas ou pertinentes. Por estas razões é que, neste trabalho, foi adotado o termo “normas constitucionais inválidas”, como sugere o próprio título do ensaio, de modo a sinalizar que, embora sejam constitucionais (por comporem a Constituição), nem sempre seria válida a sua positivação, especialmente se observada à ótica dos direitos naturais.

Em uma contextualização histórica, destaca-se que o autor desenvolveu seus estudos no período pós-segunda Guerra Mundial, que evidenciou, especialmente no território alemão, uma série de impropérios contra a vida humana

amparados por seu ordenamento, inclusive em seu nível hierárquico mais alto (o de texto constitucional).

Conduzido por esta triste realidade e indignado pelo suporte legal dado à barbárie alemã na época, Bachof, de pronto, conclui que aquilo não se mostrava correto e que o Texto Magno teria sido desvirtuado, ainda que não estivesse munido de todas as justificativas jurídicas para sua indignação.

Conduzido pela certeza de que os direitos positivos não são suficientes para a defesa dos direitos humanos (fato cabalmente comprovado após as atrocidades cometidas em sua terra natal) Bachof manifestou uma conclusão idêntica à descrita neste ensaio, qual seja: independentemente da previsão legal vigente, haveria um direito “supralegal” decorrente das próprias virtudes dos seres humanos e que orientaria quaisquer direitos futuramente positivados.

Segue esta linha de pensamento o comentário do jurista alemão Gustav Radbruch⁶⁶:

Esta concepção da lei e sua validade, a que chamamos Positivismo, foi a que deixou sem defesa o povo e os juristas contra as leis mais arbitrárias, mais cruéis e mais criminosas. Torna equivalentes, em última análise, o direito e a força, levando a crer que só onde estiver a segunda estará também o primeiro.

(...)

Há também princípios fundamentais de direito que são mais fortes do que todo e qualquer preceito jurídico positivo, de tal modo que toda a lei que os contrarie não poderá deixar de ser privada de validade. Há quem lhes chame direito natural e quem lhes chame direito racional. Sem dúvida, tais princípios acham-se, no seu pormenor, envoltos em graves dúvidas. Contudo o esforço de séculos conseguiu extrair deles um núcleo seguro e fixo, que reuniu nas chamadas declarações dos direitos do homem e do cidadão, e fê-lo com um consentimento de tal modo universal que, com relação a muitos deles, só um sistemático cepticismo poderá ainda levantar quaisquer dúvidas.

Logo, assim como largamente defendido ao longo deste trabalho, o entendimento é que existe um direito “supralegal” e anterior ao Estado, que se vincula à sua existência, devendo ser utilizado como base para todos os atos legais, inclusive a positivação de normas constitucionais.

É neste sentido que complementa o próprio Otto Bachof⁶⁷:

⁶⁶ RADBRUCH, Gustav. **Anotações para Estudantes – 1945**. org.). Obras Reunidas de G. Radbruch. Heidelberg: 1990, pp.78-82.

⁶⁷ BACHOF, Otto. **Normas constitucionais inconstitucionais?** Editora Coimbra. Almedina, 1994. p.23.

Há princípios constitucionais tão elementares, e expressão tão evidentes de um direito anterior mesmo à Constituição, que obrigam o próprio legislador constitucional e que, por infracção deles, outras disposições da Constituição sem a mesma dignidade podem ser nulas

Percebe-se que o autor admite a hierarquização normativa dentro de uma constituição. Em outras palavras, considera que os direitos supralegais (leia-se: direitos naturais) possuem maior força se comparados com disposições que tratam de outros assuntos. Vejamos⁶⁸:

O direito constitucional supralegal positivado precede, em virtude de seu carácter incondicional, o direito constitucional que é apenas direito positivo, razão por que aqui - mas também só aqui - a ponderação da importância de normas constitucionais diferentes, em confronto umas com as outras, preconizada por Krüger e Giese, se mostra justificada.

Aduz, mais, que as normas que não possuam como fonte o direito natural, ou seja, tratem de questões distintas, se em confronto com eles devem sucumbir, fazendo com que prevaleçam, justamente em razão de sua supralegalidade.

Assim, a exemplo da abordagem proposta por Frederic Bastiat, percorrida ao longo deste ensaio, as Constituições se prestariam a uma positivação de direitos já existentes, ou seja, a mera declaração dos direitos naturais, de modo a robustecer sua defesa e conduzir a sociedade a um estado de maior segurança e liberdade.

Neste sentido, se uma norma se apresenta em confronto com estes valores maiores, deve ser tida como nula⁶⁹.

Por meio desta teoria constitucional, é possível que sejam afastadas todas as impropriedades e contradições descritas nos tópicos anteriores, mantendo-se a retidão esperada de todo texto constitucional.

Ainda, aumentar-se-ia, sobremaneira, as chances de o Texto Magno lograr êxito quanto aos objetivos de sua elaboração. Normas baseadas em direitos naturais são mais hábeis à redução e controle do poder arbitrário do Estado, pois

⁶⁸ BACHOF, Otto. **Normas constitucionais inconstitucionais?** Trad. José Manuel M. Cardoso da Costa. Coimbra: Almedina, 1994. p. 63.

⁶⁹ Ou “inconstitucional” como sugerido por Bachof no título de sua obra, mesmo que dentro de uma Constituição.

prezam pelo respeito aos indivíduos de maneira global, sem que o exercício do direito de um, macule os direitos de outrem.

De igual forma, ficam distantes os problemas levantados anteriormente em relação às Constituições Dirigentes, pois as Constituições deixariam de ser prolixas, ante à desnecessidade de se delegar diversas funções ao Estado; do mesmo modo, não serão desvirtuadas, uma vez que se manteriam firmes em promover a precípua função dos textos constitucionais (limitar os poderes do Estado, mantendo-o distante da esfera privada dos indivíduos).

Ainda, com relação ao Poder Constituinte, especialmente o poder constituinte originário, ambos apresentados neste ensaio, a presente teoria merece grande respaldo.

É que Bachof também se posiciona a respeito da limitação imposta ao legislador constituinte, muitas vezes tido como ilimitado. Argumenta que a supralegalidade de alguns direitos também o vincularia, sendo que, no ato de inauguração de uma Constituição, tais valores deveriam ser rigorosamente observados, evitando-se futuras contradições e conseqüentes declarações de normas constitucionais como “inconstitucionais” (inválidas):

A adoção do postulado segundo o qual o constituinte tudo pode significaria uma recaída na concepção intelectual de um positivismo despidido de valores, há muito superado pela doutrina e pela jurisprudência. Exatamente a experiência com o regime nazista ensinou-nos que o legislador é capaz de perpetrar injustiças graves, de modo que a prática do exercício do direito não pode ficar indiferente a esses desenvolvimentos históricos, sendo-lhe lícito, nos casos extremos, preservar a idéia de justiça material diante do princípio da segurança jurídica. Também o constituinte originário pode ultrapassar os limites da justiça.⁷⁰

Em verdade, este cenário seria o ideal para a efetivação desta teoria. Afinal, mais do que afirmar que existem normas constitucionais que devem ser suprimidas, preza pela dedução de que as normas constitucionais gozam de hierarquia umas em relação às outras. No caso, as normas oriundas do direito natural (supralegais) são normas precedentes a qualquer texto, sendo que foram tão somente positivadas, mantendo sua posição de destaque.

Havendo confronto entre uma disposição atinente à defesa dos direitos naturais e uma tipificação que venha a ofendê-la, deverá esta última ser desaplicada.

⁷⁰ MENDES, Gilmar Ferreira. **Jurisdição constitucional: o controle abstrato de normas no Brasil e na Alemanha**. Ed. 4. Editora Saraiva. São Paulo, 2004. p. 129.

O aceite a esta ideia e a rígida observância a estas premissas, especialmente em sede de Poder Constituinte Originário, pode conduzir a sociedade a um estado de maior pacificação e segurança, proporcionando-se, enfim, o verdadeiro desenvolvimento social que se busca.

Observa-se, portanto, que o enredo trazido pela teoria de Otto Bachof dá maior respaldo jurídico às teses desenvolvidas ao longo deste trabalho, reforçando os argumentos trazidos. Assim como o que se buscou realizar neste ensaio, o autor alemão se vale de conceitos extraídos da filosofia e da defesa aos direitos individuais aplicados ao direito constitucional.

Com isso, endossa as ideias apresentadas neste ensaio, demonstrando que, embora este tipo abordagem seja pouco comum em nosso meio jurídico, é perfeitamente possível que se faça uma robusta defesa aos direitos humanos sem que se clame por mais Estado em nossas vidas.

12 CONCLUSÃO

A ideia que se buscou comprovar ao longo deste ensaio foi de que uma Constituição deve se manter rigorosamente adstrita às prioridades de seu povo, não tratando (ou, ao menos, não devendo tratar) de trivialidades.

Aquele que, ao ser indagado sobre quais são suas prioridades na vida, lista trinta ou quarenta, provavelmente não possui prioridade alguma. Na melhor das hipóteses, supondo que, de fato, todos os itens elencados guardem a mesma importância, é certo que não conseguirá lidar com todos sob o mesmo grau de zelo.

Ao ampliar, sobremaneira, suas funções, as Constituições penderam a sua precípua função de disciplinar aquilo que é verdadeiramente necessário, desviando sua finalidade.

Não o bastante, além de não se ater àquilo que deveria (limitar o poder do Estado e defender os direitos individuais), o seu excesso de disposições faz com que sejam observadas diversas incongruências em seu texto, uma vez que não é possível a efetivação simultânea de todos valores.

Em suma: o instrumento criado para limitar os poderes do Estado, acabou por ampliar o seu nível de influência e possibilidade de interferência na vida dos particulares. Ainda, o mesmo instrumento, destinado a ser um escudo em favor das liberdades pessoais, criou diversos novos atributos legais, alcunhados de “direitos”, que ferem de morte os verdadeiros direitos dos indivíduos.

Em razão dessa incongruência é que foram estabelecidas premissas bem definidas, de modo a proporcionar uma resposta direta ao problema. Neste ponto, definiu-se como verdadeira bússola de uma Constituição os verdadeiros direitos, quais sejam, os direitos naturais.

Para tanto, buscou-se, ao longo deste trabalho, atestar a existência destes direitos e a importância de seu reconhecimento e aplicação em um sistema jurídico, apartando tal conceito da acepção de lei, esta que, por sua vez, possui como função, não criar direitos, mas se limitar a protegê-los.

Vida, liberdade e propriedade são atributos que caracterizam a espécie humana e a diferencia das demais, figurando como virtudes de nossa própria existência. Portanto, são os baluartes maiores a serem respeitados, tanto entre

indivíduos para com outros, quanto em relação a organizações coletivas em face de particulares.

Dessa maneira, deve o legislador se ater a tais atributos, não podendo disciplinar acerca de qualquer matéria, sob o risco de negligenciar a importância devida a tais virtudes, o que culminaria em um arranjo legislativo prolixo, desvirtuado e ineficiente, tal qual observamos atualmente.

Ademais, ao escapar à disposição de defesas a nossos direitos naturais, estar-se-á, automaticamente, desrespeitando algum deles, visto que, ao realizar qualquer criação de “novos direitos”, pressupõe-se a espoliação de terceiros para suas efetivações, o que por si só, geraria um óbice em tal inovação legislativa.

Nestes casos, as normas que venham a desrespeitar os direitos naturais devem ser consideradas inválidas, ainda que dispostas no texto constitucional. Valores que fujam à defesa de direitos naturais não devem ser considerados de mesma hierarquia que eles, ainda que ambos estejam previstos no Texto Maior. Os direitos naturais positivados são superiores às demais normas, fazendo-as sucumbir para sua efetiva proteção.

Por esses motivos é que os direitos naturais prestam grande serventia como escudo às garantias fundamentais dos seres humanos, impedindo que imposições legais sejam criadas em favor de quem as formula, bem como qualquer locupletamento em detrimento dos indivíduos, justificadas em abstrações como as de “bem comum” ou “anseio coletivo”.

No mais, apenas por meio de um arranjo baseado em direitos naturais, somado à eterna vigilância dos indivíduos, é que se pode conduzir a uma sociedade justa, pacífica e moralmente defensável, conforme o mínimo que se espera de qualquer organização coletiva.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BACHOF, Otto. **Normas constitucionais inconstitucionais?** Editora Coimbra. Almedina, 1994.

BARRETTO, Vicente de Paulo. **O fetiche dos direitos humanos e outros temas.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

BARROSO, Luís Roberto. **Fundamentos Teóricos e filosóficos do novo direito constitucional brasileiro (Pós-modernidade, teoria crítica e pós-positivismo).** Revista Forense, Rio de Janeiro, v. 358, Nov/Dez, 2001.

BASTIAT, Frédéric. **A Lei.** Ed. 3. Editora Instituto Ludwig Von Mises Brasil. São Paulo, 2010.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional.** 7. ed. São Paulo: Malheiros,

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional.** 6. ed. Coimbra: Almedina, 1993.

CARDOSO, A. M. B. **Como se processou a assinatura da Magna Carta e fatos subsequentes - Considerações sobre a Carta de Runnymede.** Senado Federal, Subsecretaria de Edições Técnicas. Brasília, 1986.

CHAUÍ, Marilena. **Filosofia.** Ed. 1. Editora Ática. São Paulo, 2008.

COMPARATO, Fabio Konder. **A afirmação histórica dos Direitos Humanos.** 6 edição. São Paulo: Saraiva, 2008.

CONDE, Enrique Álvarez. **El Estado Constitucional el Sistema de Fuentes los Derechos y Libertades.** In: Curso de Derecho Constitucional. 2. ed. Madrid: Tecnos, v.1, 1996.

CUNHA, Paulo Ferreira. **Constituição, Direito e Utopia.** In: Boletim da Faculdade de Direito da Coimbra: Universidade de Lisboa.

FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. **Introdução ao Estudo do Direito. Técnica, Decisão, Dominação.** Ed. 4. Editora Atlas. São Paulo, 2003.

FERREIRA FILHO, Manoel G. **“Curso de Direito Constitucional”.** Ed. 27. Editora Saraiva. São Paulo, 2001.

FINNIS, John Mitchell. **Lei Natural e Direitos Naturais.** Editora Unisinos. São Leopoldo, 2007.

HAYEK, Friedrich A. **Direito, Legislação e Liberdade.** Vol. 1 – Normas e Ordem. Editora Visão. São Paulo, 1979.

HESSE, Konrad. **A Força Normativa da Constituição**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabres, 1991.

KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. 6. ed. Trad. João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

LASSALLE, Ferdinand. **A Essência da Constituição**. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1998.

LOCKE, John. **O Segundo Tratado sobre o Governo Civil**. Editora Vozes. Petrópolis, 1994.

MIRANDA, Jorge. **Teoria do Estado e da Constituição**. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

_____, Jorge. **Manual de Direito Constitucional**. Ed. 3. Coimbra Editora. Coimbra, 1996.

NEVES, Marcelo. **A constitucionalização simbólica**. Ed. 2. Editora WMF Martins Fontes. São Paulo, 2007.

NOVELINO, Marcelo. **Direito Constitucional**. Ed. 3. Editora Método. São Paulo, 2009.

OLIVEIRA, Fábio de. **A Constituição dirigente: morte e vida no pensamento do doutor Gomes Canotilho**. Revista Brasileira de Direito Comparado. Instituto de Direito Comparado Luso-Braileiro. Rio de Janeiro. 2005.

PINTO, Luzia Marques. **Os Limites do Poder Constituinte e a Legitimidade Material da Constituição**. Editora Coimbra. Coimbra, 1994.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional**. Ed. 7. Editora Saraiva. São Paulo, 2006.

RADBRUCH, Gustav. **Anotações para Estudantes – 1945**. Obras Reunidas de G. Radbruch. Heidelberg, 1990.

RAMOS, C. R. **Origem, Conceito, Tipos de Constituição, Poder Constituinte e História das Constituições Brasileiras**. Revista de Informação Legislativa, vol. 24 Brasília, 1987.

ROSENFELD, Kathrin Holzermayr. **Sófocles & Antígona**. Jorge Zahar. Rio de Janeiro, 2002.

ROTHBARD, Murray N. **A Anatomia do Estado**. Editora Instituto Ludwig von Mises. São Paulo, 2012.

_____, Murray N. **Por Uma Nova Liberdade: Manifesto Libertário**. Editora Instituto Ludwig Von Mises Brasil. São Paulo, 2013.

ROUSSEAU, Jean Jacques. **Do Contrato Social Ou Princípios Do Direito Político**. Editora Martin Claret. Ed. 3. São Paulo, 2009.

RUSSOMANO, Rosah. **Curso de Direito Constitucional**. Editora Saraiva. São Paulo, 1970.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 8. ed. rev., atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 32-34.

SARMENTO, Daniel e NETO, Cláudio Pereira de Souza. **Direito Constitucional. Teoria, Tópicos e Métodos de Trabalho**. 2ª ed. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2016.

SCHIMITT, Carl. **Teoria de la Constitución**. Editora Nacional. México, 1973.

VIAMONTE, Carlos Sanchez. **Derecho Constitucional, Tomo I, Poder Constituyente**. Editorial Kapelusz & Cia. Buenos Aires, Argentina, 1945.