

# **Normas constitucionais inconstitucionais: limitações ao poder constituinte derivado e ao poder constituinte originário ante a teoria dos direitos humanos<sup>1</sup>**

Marina Trindade Leão\*  
Paulo Ricardo Opuszka\*\*

## **Introdução**

As constituições, como documento jurídico supremos dos Estados, foram criadas como forma de impor limites à atuação estatal. A positivação do direito garante inúmeras seguranças aos particulares perante o Estado.

Todos os homens são iguais e livres por natureza, assim, possuem direitos que existem independentemente do Estado. São direitos inalienáveis, invioláveis, irrevogáveis e imprescritíveis, decorrentes da própria natureza humana. Dessa forma, o Estado não cria esses direitos, mas apenas os reconhece, ao assegurar a sua proteção. Assim, o Estado não

---

<sup>1</sup> O presente artigo é fruto de projeto de pesquisa junto ao Grupo Transdisciplinar de Pesquisa Jurídica para Sustentabilidade – GTJUS, da Universidade Federal do Rio Grande – FURG, sob a orientação e co-autoria do Prof. Dr. Paulo Ricardo Opuszka.

\* Bacharel em Direito pela Universidade Federal do Rio Grande e Especialista em Direito Público pela Universidade Anhanguera-Uniderp.

\*\* Paulo Ricardo Opuszka é Mestre e Doutor em Direito pela UFPR. Professor do Departamento de Direito da Universidade Federal de Santa Maria/RS. Professor convidado do Programa de Mestrado em Direito Empresarial e Cidadania do Centro Universitário Curitiba.

pode legislar de encontro a essas normas fundamentais, deve, ao contrário, favorecer a sua efetividade e conservação, declarando expressamente a sua existência.

No entanto, através de uma contextualização histórica das constituições, em nível internacional, constata-se que já houve ordenamentos jurídicos de países que desrespeitaram esses Direitos Fundamentais, inerentes aos seres humanos; como ocorrido em alguns regimes ditatoriais, prévios à formação do Estado de Direito, e até, em alguns casos, explicitamente, como o exemplo da Alemanha ao tempo do regime de exceção, quando foram consagradas e efetivadas normas arbitrárias e contrárias aos Direitos Humanos Universais.

Assim, torna-se necessário determinar a posição hierárquica da constituição, em face do Direito “pré-estadual”<sup>2</sup>, e a possibilidade de controle da constitucionalidade ou legitimidade das próprias normas que compõem a Norma Fundamental, para casos em que esse Direito “supralegal”<sup>3</sup> seja contrariado pela Constituição Federal.

Nesse contexto, importante se faz a análise acerca do Poder Constituinte e das limitações opostas a essa força criativa, ao elaborar a Lei superior de um Estado, justamente em face desse ordenamento superior, do qual fazem parte os Direitos Humanos. Do mesmo modo, relevante é a apreciação da questão que ocorre quando norma pertencente a esse universo superior é contrariada por norma constitucional de determinado país.

Por outro lado, é interessante ressaltar que a

---

<sup>2</sup> Terminologia utilizada pelo doutrinador alemão Otto Bachof em referência a um direito fundamental, inerente a todos os seres humanos e que está acima do direito positivo do Estado. O autor utiliza como sinônimos dessa terminologia, as expressões “direito suprapositivo”, “direito supralegal” e “direito supra-constitucional”.

<sup>3</sup> *Idem.*

Constituição Federal não pode apenas regular o estado de forma abstrata e teórica, mas deve levar em conta, não somente a história, como também as leis culturais, sociais, políticas, em respeito à força social.

Algumas constituições não surgem a partir de um grande consenso, pois não há como existir uma harmonia de pensamentos em sociedades democráticas pluralísticas. Assim, diferentes grupos de ideologias tentam chegar a um acordo, fazendo certas concessões para que a Norma Fundamental possa ser consolidada. Não obstante isso, eventualmente surgem certos conflitos entre normas constitucionais quando aplicadas ao caso concreto, a que alguns doutrinadores chamam de antinomias.

Sobre a afirmação acima, o ordenamento jurídico brasileiro consagra dois princípios fundamentais de hermenêutica constitucional: O princípio da Supremacia da Constituição e o princípio da Unidade Constitucional. Os mesmos preceituam o valor superior das leis constitucionais em face do resto do sistema jurídico, e o dever de harmonia entre suas normas, sendo que não existiria hierarquia entre elas.

Ainda, segundo o professor Otto Bachof, o Poder Constituinte Originário encontra limites na elaboração da norma superior no Direito Natural, um direito inerente a todo ser humano, o qual está acima da Constituição; os valores fundamentais da justiça. Assim, em havendo uma ruptura com esses valores essenciais, que não pudesse ser resolvida por critérios de interpretação do Direito e averiguação dos valores de cada interesse, imprescindível se faria a averiguação da legitimidade da norma constitucional.

O presente artigo abordará a Teoria dos Direitos Humanos como limite ao Poder Constituinte Originário, e a Teoria das normas constitucionais inconstitucionais elaborada pelo doutrinador alemão Otto Bachof, bem como será analisada a aplicação dessa teoria ao ordenamento jurídico brasileiro, sob

a ótica do Supremo Tribunal Federal, no que tange à possibilidade de existência de normas constitucionais inconstitucionais derivadas do Poder Constituinte Originário e Derivado.

## **1 Normas constitucionais inconstitucionais, um paradoxo: a teoria dos direitos humanos e os limites ao poder constituinte originário**

O Direito Internacional dos Direitos Humanos é um movimento que ganhou força em consequência das ações do nazi-fascismo após a Segunda Guerra Mundial. O Governo, sob a condução de Adolf Hitler, tornou o Estado Alemão um grande violador dos Direitos Humanos, descartando e disseminando indivíduos como se não fossem titulares de direito algum.

Os seres humanos possuem direitos protegidos não só pelo seu Estado de origem, mas, primeiramente, pelo Direito Internacional, e a violação desses direitos tem como consequência a responsabilidade internacional dos Estados. Cada indivíduo tem *status* de “sujeito de direito internacional”, assim, todas as nações do mundo têm direito de exigir que um Estado resguarde os Direitos Humanos de seus nacionais em caso de violação desses direitos, como, por exemplo, o direito à vida, à liberdade, à segurança, à propriedade e à resistência à opressão.

Cabe ressaltar que, segundo Flávia Piovesan, o Direito Internacional dos Direitos Humanos tem seu fundamento no valor da dignidade humana e visa protegê-la. Para a doutrinadora, o Direito Humanitário, a Liga das Nações e a Organização Internacional do Trabalho são marcos desse processo de universalização dos Direitos Humanos, que remontam à época do primeiro pós-guerra, ocasião em que se fez necessária a redefinição do alcance da clássica definição de soberania estatal em face dos Direitos Humanos.

Com efeito, o Direito Humanitário fixa limites ao poder dos Estados no advento de guerra, para que não infrinjam Direitos Fundamentais dos indivíduos, principalmente no que diz respeito às populações civis, a militares feridos ou prisioneiros, por exemplo.

Assim, segundo Piovesan, o Direito Humanitário denota a existência de limites à autonomia dos Estados. Da mesma forma, a Liga das Nações, criada após a Primeira Guerra Mundial apresentava limites à soberania estatal irrestrita, relativizando tal conceito, na medida em que continha previsões acerca dos Direitos Humanos e condenava invasões territoriais injustificadas contra os seus membros. Além disso, impunha aos Estados a obrigação de garantia de condições justas de trabalho aos seus nacionais. Conforme elucida Piovesan:

Esses dispositivos representavam um limite à concepção de soberania estatal absoluta, na medida em que a Convenção da Liga estabelecia sanções econômicas e militares a serem impostas pela comunidade internacional contra os Estados que violassem suas obrigações. **Redefinia-se, desse modo, a noção de soberania absoluta do Estado**, que passava a incorporar em seu conceito compromissos e obrigações de alcance internacional no que diz respeito aos direitos humanos<sup>4</sup> [grifo].

Por fim, a Organização Internacional do Trabalho também cooperou para a internacionalização dos Direitos Humanos, à medida que promulgou inúmeras convenções internacionais com vistas a assegurar dignidade nas condições de trabalho, a partir da fixação de padrões internacionais nesse sentido.

Já no segundo pós-guerra, segundo Piovesan<sup>5</sup>, o processo de internacionalização dos Direitos Humanos ganhou

---

<sup>4</sup> PIOVESAN, Flávia. Direitos humanos e o direito constitucional internacional. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 111.

<sup>5</sup> Id, 2006, p. 116.

força como uma necessária resposta a “Era Hitler”, “marcada pela lógica da destruição e da descartabilidade da pessoa humana, o que resultou no extermínio de onze milhões de pessoas” e que conferia apenas à raça ariana, o *status* de titulares de Direitos Fundamentais.

Nesse período, teve origem a ideia de que os Direitos Humanos não deveriam ser relegados apenas à jurisdição doméstica dos Estados, uma vez que são interesse de toda a comunidade internacional e a noção de soberania estatal passou a ser relativizada por parte da doutrina internacional, na visão de Richard Pierre Claude e Burns H. Weston:

A doutrina em defesa de uma soberania ilimitada passou a ser crescentemente atacada, durante o século XX, em especial em face das consequências da revelação dos horrores e das atrocidades cometidas pelos nazistas contra os judeus durante a Segunda Guerra, o que fez com que muitos doutrinadores concluíssem **que a soberania estatal não é um princípio absoluto, mas deve estar sujeita a certas limitações em prol dos direitos humanos**. Os direitos humanos tornam-se uma legítima preocupação internacional com o fim da Segunda Guerra Mundial, com a criação das Nações Unidas, com a adoção da Declaração Universal dos direitos Humanos pela Assembleia Geral da ONU, em 1948 e, como consequência, passam a ocupar um espaço central na agenda das instituições internacionais. [...] **Não mais poder-se-ia afirmar, no fim do século XX, que o Estado pode tratar dos seus cidadãos da forma que quiser**, não sofrendo qualquer responsabilização na arena internacional <sup>6</sup> [grifo].

Nesse sentido, Paul Sieghart bem exemplifica:

As atrocidades perpetradas contra os cidadãos pelos regimes de Hitler e Stálin não significaram apenas uma violência moral que chocou a consciência da humanidade; elas foram uma real ameaça à paz e à estabilidade internacional. E assim, implicaram em uma verdadeira revolução no direito internacional: em uma única geração, um novo código

---

<sup>6</sup> Richard Pierre Claude e Burns H. Weston, 1989, apud PIOVESAN, 2006, p. 117-118.

internacional foi desenvolvido, enumerando e definindo direitos humanos e liberdades fundamentais para todos os seres humanos, em qualquer parte do mundo, e, a partir de então, esses direitos não mais puderam ser concebidos como generosidade dos Estados soberanos, mas passaram a ser ‘inerentes’ ou ‘inalienáveis’, e portanto não poderiam ser reduzidos ou negados por qualquer motivo<sup>7</sup>.

Ocorreu, assim, no período pós-guerra, uma forte reação a esses regimes totalitários, tendo as constituições ficado mais abertas a princípios, o que também culminou em uma evolução do Direito Internacional dos Direitos Humanos. Os princípios ganharam normatividade, houve a reaproximação da ética e do direito, e consolidou-se a ideia de que a interpretação constitucional deve ser feita de acordo com esses valores, com destaque para o princípio da dignidade da pessoa humana:

Sustenta-se que é no princípio da dignidade humana que a ordem jurídica encontra o próprio sentido, sendo seu ponto de partida e seu ponto de chegada, para a hermenêutica constitucional contemporânea. **Consagra-se, assim, a dignidade humana como verdadeiro superprincípio, a orientar tanto o direito internacional como o direito interno.** [...]

Assim, seja no âmbito internacional, seja no âmbito interno (à luz do direito constitucional ocidental), a dignidade da pessoa humana é princípio que unifica e centraliza todo o sistema normativo, assumindo especial prioridade. **A dignidade humana simboliza, desse modo, verdadeiro superprincípio constitucional, a norma maior a orientar o constitucionalismo contemporâneo, nas esferas local e global,** dotando-lhe de especial racionalidade, unidade e sentido<sup>8</sup> [grifo].

Segundo PIOVESAN<sup>9</sup>, o Direito Internacional dos Direitos Humanos busca, dessa forma, garantir o exercício dos

---

<sup>7</sup> Paul Sieghart, 1983, apud FLÁVIA PIOVESAN, 2006, p. 7.

<sup>8</sup> PIOVESAN, Flávia. Direitos humanos e o direito constitucional internacional. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 31.

<sup>9</sup> Id, 2006, p. 15.

direitos da pessoa humana, distinguindo-se, portanto, do Direito Internacional Público em geral que visa equilibrar as relações de reciprocidades entre os Estados mundiais através de acordos e negociações referentes aos próprios interesses dos Estados partes.

Diante desse quadro, foi concebida a ideia de internacionalização desses Direitos Humanos, uma vez que são interesse da comunidade internacional como um todo. Isso possibilitou a responsabilização internacional do Estado que os descumprir ou que não os conseguir assegurar aos seus nacionais. Esse paradigma implicou, segundo alguns autores, o reconhecimento da limitação da soberania estatal em prol dos Direitos Humanos.

A Carta das Nações Unidas de 1945 relativizou o conceito de soberania. Esse documento, assinado por 51 países, originalmente, criou a Organização das Nações Unidas, que hoje possui 192 países membros, os quais reconhecem a supremacia internacional dos Direitos Humanos, e que esses direitos não constituem apenas objeto de regulamentação doméstica de cada Estado.

Sendo a Organização das Nações Unidas a principal entidade internacional e fórum de relações supranacionais, seus objetivos principais são a garantia da paz e segurança mundiais; a proteção dos Direitos Humanos; o auxílio à busca pela autonomia dos povos e o estímulo ao desenvolvimento social e econômico de todas as nações.

Além da assinatura da Carta da ONU de 1945, outros dois eventos são considerados significantes marcos de universalização dos Direitos Humanos: a carta de fundação do Tribunal de Nuremberg (1945-1946) e a Declaração Universal dos Direitos Humanos (1948).

O Estatuto da Corte Internacional de Justiça de 1945 estabelece, no seu artigo 38, as fontes do Direito Internacional: as convenções internacionais; o costume internacional; os princípios gerais de Direito e as decisões judiciais e a

doutrina dos juristas mais qualificados das diferentes nações.

Entende-se que, para ser considerado costume internacional, a prática tem que ser geral e comum, ou seja, deve ser reconhecida por diversos Estados continuamente ao longo do tempo e aceita como lei, sendo que o costume internacional se aplica a todos os Estados existentes, ao contrário dos tratados. Pode-se aqui citar o exemplo do Tribunal de Nuremberg, criado pelo Acordo de Londres de 1945.

Este tribunal foi criado a fim de julgar os crimes de guerra, crimes contra a paz e contra a humanidade, cometidos no período da Segunda Guerra Mundial principalmente na Alemanha, pelo regime nazista. Esses crimes deveriam ser julgados com base nos costumes internacionais “independente se em violação ou não ao direito doméstico de determinado país em que foi perpetrado” conforme explana Flávia Piovesan<sup>10</sup>. Nesse contexto:

Sob o prisma histórico, a primazia jurídica do valor da dignidade humana é resposta à profunda crise sofrida pelo positivismo jurídico, associada à derrota do fascismo na Itália e do nazismo na Alemanha. Esses movimentos políticos e militares ascenderam ao poder dentro do quadro da legalidade e promoveram a barbárie em nome da lei, como leciona Luís Roberto Barroso. Basta lembrar que **os principais acusados em Nuremberg invocaram o cumprimento da lei e a obediência a ordens emanadas de autoridade competente como justificativa para os crimes cometidos**. A respeito, destaca-se o julgamento de Eichmann em Jerusalém, em relação ao qual Hannah Arendt desenvolve a idéia da “banalidade do mal”, ao ver em Eichmann um ser esvaziado de pensamento incapaz de atribuir juízos éticos às suas ações. Nesse contexto, ao final da segunda Guerra Mundial, emerge a grande crítica e o repúdio à concepção positivista de um ordenamento jurídico indiferente a valores éticos, confinado à ótica meramente formal<sup>11</sup> [grifo].

---

<sup>10</sup> Id, 2006, p. 120.

<sup>11</sup> Id, 2006, p. 28.

Houve muitas críticas acerca de esse tribunal ter condenado indivíduos por crimes, que não eram sujeitos à punição ao tempo em que foram perpetrados, em desrespeito ao princípio da legalidade do Direito Penal. No entanto, Hans Kelsen<sup>12</sup>, em resposta a essa polêmica gerada, afirmou que “este princípio da irretroatividade da lei não é válido no plano do direito internacional, mas é válido apenas no plano do direito interno, com importantes exceções”.

O argumento era que a Alemanha poderia estar acobertando as atrocidades cometidas contra os Judeus através do manto da legalidade, no entanto, o costume do Direito Internacional já era reconhecido pelos povos desde muito tempo antes da segunda Guerra Mundial, e esse costume internacional, de eficácia *erga omnes*, está acima do direito de cada Estado, e de sua soberania, mormente quando esta soberania é utilizada para abrigar a prática de crimes contra a humanidade. Assim, conclui-se que não foi desrespeitado o princípio da legalidade com o Tribunal de Nuremberg, uma vez que os crimes cometidos durante a 2º Guerra Mundial pelos nazistas poderiam estar acobertados pela legalidade, no entanto, infringiram costume internacional. A respeito:

O significado do Tribunal de Nuremberg para o processo de internacionalização dos direitos humanos é duplo: não apenas consolida a idéia da **necessária limitação da soberania nacional** como reconhece que os **indivíduos têm direitos protegidos pelo direito internacional**. Testemunha-se, desse modo, mudança significativa nas relações interestatais, o que vem a sinalizar transformações na compreensão dos direitos humanos, que, a partir daí não mais poderiam ficar confinados à exclusiva jurisdição doméstica. São lançados, assim, os mais decisivos passos para a internacionalização dos direitos humanos<sup>13</sup> [grifo].

---

<sup>12</sup> Hans Kelsen, 1947, apud PIOVESAN, 2006, p. 122.

<sup>13</sup> Id, 2006, p. 123.

Em 1948, a Organização das Nações Unidas consagrou inúmeros direitos e garantias fundamentais indivisíveis, de ordem civil, política, econômica, social e cultural, combinando o discurso liberal com o discurso social da cidadania, ao elaborar a Declaração Universal de Direitos do Homem. Esses Direitos Universais são aplicáveis a qualquer indivíduo; independente de raça, religião, sexo ou regime político do país no qual reside.

Quanto à imperatividade dessa declaração de direitos, Flávia Piovesan<sup>14</sup> explica que há dois pensamentos doutrinários; uma corrente interpreta-a apenas como parâmetro para o estabelecimento do que constitui, exatamente, os “Direitos Humanos”, sem força de lei, uma vez que não assume a forma de tratado internacional e outra corrente que a considera dotada de força jurídica vinculante.

Segundo Rossana Rocha Reis<sup>15</sup>, a efetividade da política internacional de proteção aos Direitos Humanos é bastante questionada, tendo em vista que esses instrumentos de proteção internacional são considerados *soft Law*, uma vez que dotados de poucos mecanismos eficazes de execução.

Por outro lado, a segunda corrente entende que a referida declaração é dotada de força jurídica vinculante, uma vez que faz parte do Direito Costumeiro Internacional, aplicando-se à universalidade de Estados em vez de somente àqueles que aderiram à declaração. Para esta última corrente, há dois argumentos importantes: o primeiro é que a declaração traduz exatamente o que significam os “Direitos Humanos” mencionados de maneira imprecisa na Carta das Nações Unidas, na qual os Estados se comprometeram a respeitar e garantir a observância; o segundo é que, durante os mais de

---

<sup>14</sup> Id, 2006, p. 138.

<sup>15</sup> Professora do Departamento de Ciência Política da Universidade de São Paulo (USP) e pesquisadora do Núcleo de Apoio aos Estudos de Democratização e Desenvolvimento da mesma universidade (NADD-USP).

cinquenta anos de sua existência, esses direitos assegurados na declaração transformaram-se em verdadeiros costumes internacionais e princípios gerais de Direito, por isso são dotados de imperatividade.

Assim, cabe mencionar a questão das correntes universalistas e relativistas acerca dessa noção de universalização dos Direitos Humanos. A doutrina relativista relaciona a noção de Direitos Humanos com o sistema político, histórico, econômico, cultural, social e moral de cada Estado, fazendo referência principalmente às distintas ideias de Direitos Fundamentais no ocidente e nos países islâmicos, hindus e na China. Já a corrente universalista defende a imposição do Direito Internacional dos Direitos Humanos igualmente a todos os Estados, independente da diversidade cultural ou histórica entre eles, uma vez que considera esses direitos universais, indivisíveis, interdependentes e inter-relacionados.

Em face do imenso abismo cultural entre algumas nações do mundo, alguns relativistas alegam que a doutrina universalista deseja impor a noção de moral e de valores considerados significantes por determinadas culturas à globalidade de países existentes, desrespeitando o pensamento de outras civilizações. Assim, defendem a não universalização da ideia de Direitos Humanos e conseqüentemente a não submissão do controle desses direitos à comunidade internacional, mas sim a possibilidade de que cada cultura possua suas próprias noções de Direitos Fundamentais. Em resposta, Flávia Piovesan esclarece que o princípio da dignidade humana como Direito Humano Fundamental tem uma hierarquia superior a qualquer outro princípio, inclusive o do respeito à cultura de determinados povos, o qual jamais pode servir de justificativa para a violação de Direitos Humanos:

[...] ainda que a prerrogativa de exercer a própria cultura seja um direito fundamental (inclusive previsto na Declaração Universal), **nenhuma concessão é feita às “peculiaridades culturais” quando houver risco de violação a direitos humanos fundamentais.** Isto é, para os universalistas o fundamento dos direitos humanos é a dignidade humana, como valor intrínseco à própria condição humana. Nesse sentido, **qualquer afronta ao chamado “mínimo ético irreduzível” que comprometa a dignidade humana, ainda que em nome da cultura, importará em violação a direitos humanos**<sup>16</sup>. [grifo].

De qualquer sorte, a questão de relativização da soberania dos Estados em face dos ideais de proteção aos Direitos Humanos, deve ser analisada com cautela e ponderação, justamente em virtude da vasta desigualdade cultural e social entre os países. Nunca se deve perder de vista o argumento de que essa possibilidade de interferência internacional com o objetivo de proteção aos Direitos Humanos em Estados, segundo Rossana Reis<sup>17</sup>, “pode minar o respeito e a confiança entre os países (que se sustentam sobre as premissas do sistema westfaliano), e nesse sentido, tornar a política internacional ainda mais instável”. Dessa forma, deve ser evitada a ideia imutável de prevalência absoluta dos Direitos Humanos Internacionais, tendo em vista que também merecem observância às peculiaridades culturais de cada Estado, em respeito à cultura dos diferentes povos, que, no entanto, nunca terão legitimidade se violarem os Direitos Humanos mais fundamentais.

A Carta das Nações Unidas e a Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948, juntamente com o Pacto Internacional dos Direitos Cívicos e Políticos e o Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, ambos de 1966, integram o denominado “Sistema Global de

---

<sup>16</sup> Id, 2006, p. 144.

<sup>17</sup> REIS, Rossana Chagas. Os direitos humanos e a política internacional. Revista de Sociologia e política, n. 27, p. 33-42, Nov. 2006, p. 37.

Proteção dos Direitos Humanos” que protege internacionalmente esses direitos, agindo subsidiariamente às instituições nacionais, por ventura, omissas, através da responsabilização dos Estados que eventualmente falharem na proteção dos Direitos Humanos.

Em 1993, os países membros da ONU realizaram uma conferência em Viena da qual resultou a criação do Alto Comissariado dos Direitos Humanos da ONU, cujo objetivo foi traçado no sentido de promover ações das agências pertencentes à Organização das Nações Unidas, para a proteção aos Direitos Humanos. Na conferência também foi discutida a ideia de criação de um Tribunal Penal Internacional para julgamento dos crimes contra os Direitos Humanos, o que se tornou realidade em 1998, com a assinatura do Tratado de Roma.

De acordo com Lindgren Alves<sup>18</sup>, essa conferência reafirmou as características de universalidade, indivisibilidade, interdependência e inter-relacionamento dos Direitos Humanos, superando “resistências derivadas do conflito de civilizações, aceitando a unidade do gênero humano no pluralismo das particularidades das nações e das regiões, e de seus antecedentes históricos, culturais e religiosos”. Dessa forma, foi afirmada, mais uma vez, a ideia de aquiescência desses direitos como “tema global”, de preocupação internacional.

Atualmente, a comunidade internacional dispõe ainda dos tratados firmados entre nações, para obrigar os Estados a garantir os direitos fundamentais dos seus indivíduos, melhorando sua qualidade de vida. Esses tratados nada mais fazem do que positivar o costume internacional que é universalmente reconhecido, precisando melhor os seus termos.

Os Tratados Internacionais são, desse modo, a principal

---

<sup>18</sup> Lindgren Alves, 2003, apud REIS, 2006, p. 36.

fonte de obrigação do Direito Internacional, eles constituem documentos que, à medida que são assinados e ratificados pelos Estados partes, tornam-se obrigatórios e vinculantes em relação a eles, e o descumprimento das disposições dos tratados acarreta a responsabilidade dos Estados.

A Convenção de Viena, sobre o Direito dos Tratados de 1969, prevê, em seus artigos 26 e 27, que todo tratado internacional em vigor obriga as partes integrantes e deve ser cumprido de boa fé, além disso, proíbe a invocação de Direito Interno do Estado signatário como justificativa para o não cumprimento de disposição existente em um tratado ratificado pelo Estado.

Assim, ao firmar um tratado internacional que visa à proteção dos Direitos Humanos, o Estado adquire responsabilidades de ordem internacional. Se o Estado Nacional que está tendo seus direitos violados falha nessa proteção, o indivíduo, como “sujeito de direito internacional”, pode invocar a proteção numa segunda instância, recorrendo à comunidade internacional.

Esses princípios encontram oposição no “princípio da soberania” de cada Estado e o “princípio de não interferência nos assuntos internos de cada país”. No entanto, como visto, esse conceito de supremacia tem sido muito discutido internacionalmente, numa tentativa de flexibilizar o conceito de soberania nacional em face de um ideal maior de proteção e desenvolvimento da pessoa humana. Nesse sentido:

Prenuncia-se o fim da era em que a forma pela qual o Estado tratava seus nacionais era concebida como um problema de jurisdição doméstica, restrito ao domínio reservado do Estado, decorrência de sua soberania, autonomia e liberdade. Aos poucos, emerge a idéia de que o indivíduo não é apenas objeto, mas também sujeito de direito Internacional<sup>19</sup>.

---

<sup>19</sup> PIOVESAN, Flávia. direitos humanos e o direito constitucional internacional. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2006, p.114-115.

Canotilho conclui:

Por isso, o Poder Constituinte dos Estados e, conseqüentemente, das respectivas Constituições nacionais, está hoje cada vez mais vinculado a princípios e regras de direito internacional. É como se o direito Internacional fosse transformado em parâmetro de validade das próprias constituições nacionais (cujas normas passam a ser consideradas nulas se violadoras das normas do *jus cogens* internacional). O poder constituinte soberano criador de constituições está hoje longe de ser um sistema autônomo que gravita em torno da soberania do Estado. [...] Nesse raciocínio, **a abertura à normação internacional passa a ser elemento caracterizador da ordem constitucional contemporânea**<sup>20</sup> [grifo].

### 1.1 Direitos Humanos e o ordenamento jurídico nacional

A Constituição Federal brasileira de 1988 foi a Constituição brasileira que consagrou os Direitos Humanos de forma mais abrangente e detalhada na história do país, estando, inclusive, entre as mais avançadas do mundo em relação a essa matéria.

O Brasil, ao assegurar no art. 4º de sua Norma Fundamental a prevalência dos Direitos Humanos como parâmetro para conduzir suas relações internacionais, provocou a abertura do ordenamento jurídico nacional à proteção internacional dos Direitos Humanos e está assim reconhecendo limites à sua soberania como membro da comunidade internacional, em prol de um ideal maior: assegurar as garantias fundamentais inerentes a todos os seres Humanos. Esse pensamento é confirmado por Flávia Piovesan:

Vale dizer, surge a necessidade de **interpretar os antigos conceitos de soberania estatal e não-intervenção, à luz de princípios inovadores da ordem constitucional. Dentre eles, destaque-se o princípio da prevalência dos direitos humanos.** Estes são os novos valores incorporados pelo

---

<sup>20</sup> CANOTILHO, 2006, apud PIOVESAN, p.54.

Texto de 1988, e que compõem a tônica do constitucionalismo contemporâneo<sup>21</sup> [grifo].

Os Direitos Humanos também estão previstos no preâmbulo da Constituição brasileira como valores que são o objetivo fundamental do Estado. A Constituição brasileira ainda confere aos Tratados Internacionais de Direitos Humanos natureza de norma constitucional conforme art. 5º, §2º desse documento. Assim, segundo a professora Flávia Piovesan, esses tratados, seja qual for o quorum de aprovação, fazem parte da constituição material, estando acima da legislação infraconstitucional do país, devendo ser observados na elaboração das normas jurídicas sob pena de inconstitucionalidade.

A Norma Fundamental brasileira eleva os direitos e garantias fundamentais à condição de cláusula pétrea (art. 60, IV), bem como confere a elas aplicabilidade imediata (art. 5º, §1º), revelando a vontade constitucional de proteger e resguardar essas garantias acima de tudo. Assim, tendo em vista que os Tratados Internacionais de Direitos Humanos resguardam justamente esses direitos e garantias mais fundamentais e tem natureza constitucional, segundo Piovesan, a matéria regulada pelos mesmos é dotada de imutabilidade e de aplicabilidade imediata.

Escreve a pesquisadora que, com a garantia do princípio da aplicabilidade imediata dos Direitos Humanos e o *status* de garantias fundamentais, conferidos aos tratados e convenções internacionais que versam sobre Direitos Humanos, é assegurada, aos nacionais brasileiros, a possibilidade de direta invocação desses tratados ratificados pelo Brasil, sem a necessidade de ato legislativo, a fim de tornar obrigatória a observância desses direitos no âmbito jurídico interno. Além de possibilitar o pleito direto de proteção com base nos direitos internacionalmente garantidos, também permite a invalidação

---

<sup>21</sup> Id, 2006, p. 41.

de ato que viole essas garantias, inclusive, com a sanção de seus responsáveis, *exempli gratia*, decisões judiciais que vão de encontro às prescrições convencionadas no tratado firmado.

Conforme Barroso<sup>22</sup>, existem duas correntes que tratam do conflito entre Direito Internacional e Direito Interno: a corrente dualista e a corrente monista. A primeira rejeita qualquer interseção entre o ordenamento jurídico interno e as normas internacionais, sendo que uma norma internacional não pode ser aplicada no ordenamento interno, a não ser se incorporada por lei do próprio país.

Já para a corrente monista, seguida pela doutrina majoritária no Brasil, tanto as normas internas quanto o Direito Internacional compõe um mesmo sistema, devendo integrar-se e harmonizar-se. Entretanto, a respeito do surgimento de conflito entre uma norma de um país com uma norma internacional, há divergência entre vários países acerca de qual ordenamento tem preferência sobre o outro.

Assim, Barroso<sup>23</sup> cita exemplos de entendimentos distintos quanto à questão: As constituições da Áustria, da Alemanha e da Itália consideram o Direito Internacional parte integrante do seu Direito Interno. Já a Norma Fundamental francesa e holandesa expressamente consagra a superioridade do Direito Internacional perante o ordenamento interno. No Brasil, reconhece-se, embora não expressamente, a prevalência do Direito Internacional, sendo que os Tratados Internacionais prevalecem sobre o ordenamento interno e revogam legislação anterior incompatível com eles, sem poderem ser revogados por lei superveniente contraditória.

Acerca da hierarquia dos Tratados Internacionais de

---

<sup>22</sup> BARROSO, Luís Roberto. Interpretação e aplicação da Constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

<sup>23</sup> Id, 2004.

Direitos Humanos há várias correntes em nível internacional. Uma parte da doutrina confere a esses tratados posição inferior às Constituições dos Estados, porém supralegal; outros atribuem a eles *status* de normas constitucionais; outra corrente considera esses tratados do mesmo nível da lei federal e uma última doutrina confere hierarquia supraconstitucional aos Tratados Internacionais sobre Direitos Humanos.

O artigo 5º, § 2º da Constituição Federal brasileira, incluído pela Emenda Constitucional n. 45 de 2004, atribui, aos tratados e convenções internacionais sobre os Direitos Humanos, natureza de normas constitucionais. Esse artigo, conforme posição defendida por PEREIRA e QUADROS<sup>24</sup>, contém disposição semelhante ao art. 16 n.1 da Constituição portuguesa de 1976 que confere hierarquia supraconstitucional a esses tratados:

#### Artigo 16

##### (Âmbito e sentido dos direitos fundamentais)

1. Os direitos fundamentais consagrados na Constituição não excluem quaisquer outros constantes das leis e das regras aplicáveis de direito internacional.
2. Os preceitos constitucionais e legais relativos aos direitos fundamentais devem ser interpretados e integrados de harmonia com a Declaração Universal dos Direitos do Homem.

Segundo os doutrinadores, o art. 16 da Carta Fundamental portuguesa, ao reconhecer que os Direitos Fundamentais dispostos na Constituição não excluem outros constantes das regras aplicáveis ao Direito Internacional, estabelece um grau de supraconstitucionalidade aos Direitos Humanos, sendo que, em caso de eventual divergência entre as normas constitucionais e os Direitos Humanos internacionais, preponderam os Direitos Fundamentais regulados pelo Direito Internacional.

---

<sup>24</sup> PEREIRA e QUADROS, 1993, apud PIOVESAN, 2006 p. 68.

A maioria da jurisprudência, corroborando esse entendimento, e a doutrina internacionalista reconhece a supremacia das normas internacionais em relação à ordem interna. Para Augustín Gordillo, os Tratados Internacionais de Direitos Humanos possuem supremacia jurídica em face da Constituição dos países. Com efeito, o Direito Internacional apresenta-se como um verdadeiro limite jurídico ao Poder Constituinte estatal, conforme entendimento de Hildebrando Accioly<sup>25</sup>.

Como exemplo, Flávia Piovesan cita as constituições da Guatemala e da Colômbia, as quais atribuem aos Tratados Internacionais sobre Direitos Humanos uma hierarquia privilegiada, acima do ordenamento jurídico interno.

Já na Argentina, no Peru, na Venezuela e na Nicarágua, segundo a autora, os tratados de proteção aos Direitos Humanos são incorporados ao Direito Interno em nível de igualdade com as normas constitucionais, enquanto que os demais tratados internacionais têm hierarquia infraconstitucional, porém supralegal. No Brasil, segundo a doutrinadora, a corrente adotada, por interpretação literal do art. 5º, §3º da Constituição, é a corrente que atribui *status* de norma constitucional aos tratados de Direitos Humanos ratificados pelo país:

Art. 5º

[...]

§ 2º – **Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes** do regime e dos princípios por ela adotados, ou **dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.**

§ 3º Os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, **em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros**, serão equivalentes às emendas constitucionais. [grifo]

---

<sup>25</sup> ACCIOLY, 1976, apud PIOVESAN, 2006, p. 69.

Esses tratados, por serem comparados a emendas constitucionais, inclusive observando o mesmo *quorum* de aprovação, passam a integrar a Constituição permanentemente, uma vez que, por proteção do art. 60, IV, os Direitos e Garantias Individuais fazem parte do núcleo intangível da Norma Fundamental, não podendo ter o seu conteúdo contrariado por nova emenda à Constituição, ou, o próprio tratado ser objeto de denúncia pelo poder executivo.

O Congresso Nacional, em 9 de julho de 2008, ratificou, através do decreto legislativo n. 186/2008, o primeiro Tratado Internacional de Direitos Humanos aprovado pelo procedimento disposto no § 3º do art. 5º da Constituição: a Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e seu respectivo Protocolo Facultativo.

Piovesan<sup>26</sup> faz alusão a uma questão que surgiu com a inclusão do §3º do art. 5º na norma fundamental através da Emenda n. 45 de 2004, de que os Tratados Internacionais de Direitos Humanos anteriores à referida emenda não teriam natureza constitucional, uma vez que foram aprovados sem observância do procedimento indicado pelo novo dispositivo. De fato, mesmo tendo sido esses tratados aprovados por ampla maioria no congresso, inclusive ultrapassando, em alguns casos, o *quorum* de 3/5 de parlamentares, não observaram dois turnos de votação, o que não era exigido na época. A posição do Supremo Tribunal Federal ainda não é unânime acerca do assunto.

De fato, o entendimento antigo da Corte, acerca da hierarquia dos Tratados Internacionais aprovados pelo Brasil, era de que eles possuíam natureza de lei ordinária, tratassem eles acerca de Direitos Humanos ou não. Com o advento da Constituição de 1988, e a previsão do § 2º do art. 5º de que os

---

<sup>26</sup> PIOVESAN, Flávia. direitos humanos e o direito constitucional internacional. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2006, p.72.

direitos fundamentais, previstos na Constituição, não excluem outros decorrentes dos Tratados Internacionais, dos quais o Brasil faça parte, uma parcela da doutrina passou a sustentar que os Tratados Internacionais de Direitos Humanos teriam natureza de norma constitucional, enquanto que os Tratados Internacionais comuns teriam natureza de lei ordinária.

Não obstante, para o STF, todos os Tratados Internacionais continuavam tendo *status* de lei ordinária. E esse entendimento só mudou com o advento da Emenda Constitucional n. 45, que acrescentou o § 3º ao art. 5º da Constituição.

A partir desse momento, passou a ser defendida, pelo Ministro Gilmar Mendes, a hierarquia supralegal<sup>27</sup> dos Tratados Internacionais de Direitos Humanos, os quais tivessem sido aprovados antes da EC n. 45 – que posiciona os tratados acima da legislação ordinária de um país, mas abaixo da constituição – em divergência com o posicionamento do Ministro Celso de Mello, o qual confere a eles natureza de norma constitucional<sup>28</sup>, uma vez que teriam sido recepcionados pelo § 2º do art. 5º da Constituição, sendo materialmente constitucionais.

A Teoria do Ministro Gilmar Mendes foi a vencedora no STF, do que se conclui que, para a referida Corte Constitucional, os Tratados Internacionais que versam acerca de Direitos Humanos aprovados antes da EC n. 45 tem natureza supralegal, enquanto que os que forem aprovados a partir de 2004, observando o disposto no § 3º do art. 5º, serão dotados da mesma hierarquia de Emenda Constitucional.

A autora referida firma entendimento de que mesmo os Tratados Internacionais aprovados antes da inclusão do § 3º do art. 5º na Constituição possuem natureza materialmente

---

<sup>27</sup> RE 466.343/SP

<sup>28</sup> HC 87.585/TO, HC 96772/SP, HC 91.361/SP, HC 91.361/RS

constitucional por força do § 2º do art. 5º. Todavia, para tornarem-se normas formalmente constitucionais e integrem a constituição definitivamente, deverão obedecer ao procedimento previsto no § 3º do aludido dispositivo.

Assim, conforme Piovesan<sup>29</sup>, a partir da Emenda Constitucional n. 45, passaram a existir duas espécies de tratados em matéria de Direitos Humanos no Brasil; os tratados materialmente constitucionais apenas, e os tratados material e formalmente constitucionais. E a única diferença entre eles seria que os primeiros poderiam ser objetos de denúncia pelo Brasil, enquanto que o segundo não, por constituir formalmente norma constitucional não passível de modificação. Sobre o assunto, exemplifica a doutrinadora:

Não seria razoável sustentar que os tratados de direitos humanos já ratificados fossem recepcionados como lei federal, enquanto os demais adquirissem hierarquia constitucional exclusivamente em virtude do seu *quorum* de aprovação. A título de exemplo, destaque-se que o Brasil é parte da Convenção contra a Tortura e outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes desde 1989, estando em vias de ratificar seu Protocolo Facultativo. Não haveria qualquer razoabilidade se a este último – um tratado complementar e subsidiário ao principal – fosse conferida hierarquia constitucional, e ao instrumento principal fosse conferida hierarquia meramente legal<sup>30</sup>.

No Direito brasileiro, por força do art. 5º, § 1º da Constituição Federal, os Tratados Internacionais, relativos à proteção dos Direitos Humanos, são incorporados automaticamente no ordenamento jurídico interno por ocasião de sua ratificação. Já os demais tratados de Direito Internacional necessitam de expedição de um ato normativo interno para tornarem-se obrigatórios e exigíveis no Direito Pátrio. Esse ato normativo trata-se de um decreto expedido

---

<sup>29</sup> PIOVESAN, Flávia. Direitos humanos e o direito constitucional internacional. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 74.

<sup>30</sup> Id, 2006, p. 73.

pelo Presidente da República para dar vigência ao tratado internacional no âmbito interno. Embora a Constituição Federal de 1988 silencie quanto à forma de integração desses últimos ao ordenamento jurídico brasileiro, o entendimento majoritário é de que se proceda de forma não automática, através de incorporação legislativa.

Esses Tratados Internacionais que não versam sobre questões de Direitos Humanos, por sua vez, possuem natureza de lei infraconstitucional, conforme o art. 102, III, b do Texto Fundamental, bem como não são dotados de aplicabilidade imediata.

Os Tratados Internacionais comuns são incorporados no Direito Pátrio com *status* de legislação ordinária. Assim, conforme aponta a doutrinadora, obedecem ao mesmo princípio de que norma posterior prevalece sobre norma anterior, no entanto o Estado deve extinguir, através de denúncia, o tratado, em face do qual, há lei posterior conflitante, sob pena de responsabilidade internacional.

Destarte, na visão de Flávia Piovesan<sup>31</sup>, que defende a natureza constitucional de todos os Tratados Internacionais de Direitos Humanos, todas as normas do ordenamento jurídico brasileiro elaboradas posteriormente à incorporação do Tratado sobre Direitos Humanos devem observar seus preceitos; bem como norma anterior, que vá de encontro aos Direitos Fundamentais assegurados pelo tratado internacional, perde automaticamente sua vigência.

Acerca da influência que esses acordos internacionais de Direitos Humanos incorporados podem ter no ordenamento jurídico de um Estado, Flávia Piovesan<sup>32</sup> esclarece que eles podem regular matérias já estabelecidas pela Constituição do Estado, reforçando, assim, a sua imperatividade jurídica, ou

---

<sup>31</sup> Id, 2006, p. 81.

<sup>32</sup> Id, 2006.

innovar; prevendo direitos ainda não assegurados pelo Texto Fundamental do Estado, e ampliando, assim, seu rol de direitos e garantias, ou ainda; seus preceitos podem ir de encontro à Carta Constitucional do Estado que as recepcionou, ocasionando um conflito entre o Direito Interno do Estado e o Direito Internacional dos Direitos Humanos.

Neste último caso, adota-se o “critério da prevalência da norma mais favorável à vítima”<sup>33</sup>, devendo prevalecer a norma que traga mais benefícios ao titular do direito e que mais eficazmente proteja os Direitos Humanos, no caso de conflito entre uma norma constitucional do Estado e uma norma de um tratado de Direitos Humanos por ele recepcionado. Dessa forma, percebe-se que o Direito Internacional dos Direitos Humanos só tem a acrescentar aos Estados; ou reforçando as normas que consagram direitos e garantias fundamentais, ou acrescentando essas normas, ou fazendo deixar de vigor norma que é menos favorável a essas garantias fundamentais.

Como exemplo de conflito entre dispositivo da Constituição brasileira de 1988 e um tratado internacional, Flávia Piovesan cita o do art. 8º, II da Constituição que consagra o princípio da unicidade sindical, proibindo a criação de mais de uma organização sindical, em qualquer grau e representativa de categoria profissional ou econômica, na mesma base territorial. Esse preceito contraria a ampla liberdade de associação consagrada pelo art. 22 do Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos e pelos arts. 8º e 16 do Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais e da Convenção Americana de Direitos Humanos.

O artigo 22 do Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos estabelece:

[...] o direito de toda pessoa de fundar, com outras, sindicatos e de filiar-se ao sindicato de sua escolha, sujeitando-se

---

<sup>33</sup> Id, 2006, p. 99-100.

unicamente às restrições previstas em lei e que sejam necessárias, em uma sociedade democrática, ao interesse da segurança nacional ou da ordem pública, ou para proteger os direitos e as liberdades alheias<sup>34</sup>

Nessa seara, segundo Flávia Piovesan, o dispositivo do art. 8º, II da Magna Carta brasileira não merece observância, uma vez que injustificadamente restringe o princípio da ampla liberdade de associação consagrada em todos esses tratados, aos quais, o país aderiu, tendo-os ratificado sem registrar qualquer ressalva em relação à matéria.

Outra situação que merece atenção é a questão da previsão constitucional da prisão civil de depositário infiel no Brasil (art. 5º, LXVII). Contrariam esse dispositivo, os arts. 11 e 7º do Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos e da Convenção Americana de Direitos Humanos respectivamente, os quais vedam a possibilidade de prisão por dívida, salvo se resultante de inadimplemento de prestações alimentícias.

Desse modo, segundo Flávia Piovesan, tendo o Brasil ratificado ambos os tratados, sem reserva alguma quanto a essa questão, incorporou os dispositivos por eles assegurados, no Direito Interno. Sendo assim, em observância ao princípio de aplicação da norma mais favorável à vítima, os mandamentos internacionais devem prevalecer sobre os preceitos constitucionais nacionais.

Nesse sentido, cabe concluir esse ponto com a transcrição de uma passagem do livro de Flávia Piovesan:

Cabe atentar que o Direito Internacional dos Direitos Humanos, com seus inúmeros instrumentos, não pretende substituir o sistema nacional. Ao revés, situa-se como direito subsidiário e suplementar ao direito nacional, no sentido de permitir sejam superadas suas omissões e deficiências. No sistema internacional de proteção dos direitos humanos, o Estado tem a responsabilidade primária pela proteção desses direitos, ao passo que a comunidade internacional tem a

---

<sup>34</sup> Id, 2006, p. 100.

responsabilidade subsidiária. Os procedimentos internacionais têm, assim, natureza subsidiária, constituindo garantia adicional de proteção dos direitos humanos, quando falham as instituições nacionais<sup>35</sup> [grifo].

## **2 Possibilidade de existência de normas constitucionais inconstitucionais no ordenamento brasileiro e a teoria de otto bachof**

Otto Bachof foi um eminente professor alemão que desenvolveu pioneiramente a teoria das Normas Constitucionais Inconstitucionais (*Verfassungswidrige Verfassungsnormen?*), apresentada na sua famosa aula inaugural na Universidade de Heidelberg em 20 de julho de 1951. O doutrinador aponta cinco hipóteses em que ocorreria o vício da inconstitucionalidade em normas constitucionais, através de violação à Constituição **escrita**: normas constitucionais ilegais; leis de alteração da Constituição inconstitucionais; inconstitucionalidade de normas constitucionais em virtude de contradição com normas da Constituição de grau superior; inconstitucionalidade resultante da mudança de natureza de normas constitucionais e inconstitucionalidade por infração de direito supralegal positivado em lei constitucional.

A partir de uma síntese do tema escolhido, pode-se tentar estabelecer a teoria do doutrinador germânico. O autor descreve a possibilidade de ser eivada do vício da inconstitucionalidade a própria constituição; se não observasse procedimento por ela mesmo estabelecido para sua entrada em vigor, e também as normas constitucionais que entrassem em vigor, descumprindo explicitamente o rito necessário para tal ou quando ainda não ocorrida condição suspensiva para que adquirissem validade, como por exemplo, um plebiscito ou

---

<sup>35</sup> Id, 2006, p. 153.

referendo; essas seriam consideradas **normas constitucionais ilegais**.

Quanto às **leis de alteração da Constituição inconstitucionais**, essas seriam as emendas constitucionais que não observassem dispositivos formais para sua edição, ou que alterassem matéria imodificável da Carta Fundamental. Enquanto que na hipótese de **inconstitucionalidade de normas constitucionais por contradição a normas da Constituição de grau superior**, o autor aceita a possível incompatibilidade entre dispositivos constitucionais originários, sem no entanto considerar inconstitucionais normas “inferiores” que contrariem dispositivos “superiores”. Bachof explica que o Poder Constituinte Originário tem autonomia para expressar sua livre decisão e não apenas positivar direito supralegal, sendo assim, esse poder está autorizado a elaborar normas gerais, mas também admitir exceções a essas mesmas normas na própria lei fundamental.

Assim, o autor admite a existência de um poder discricionário para fixar regras gerais e exceções a essas regras dentro de uma mesma lei fundamental, no caso de não constituírem direito supralegal. Para o doutrinador, apenas a arbitrariedade extrema da exceção ensejaria a invalidade das disposições estabelecidas pelo próprio Poder Constituinte.

Já a **inconstitucionalidade resultante da mudança de natureza de normas constitucionais** se dá, segundo Bachof<sup>36</sup>, quando a norma perde a razão de existir ou perde sua função integradora, como, por exemplo, “se certos pressupostos, que foram determinantes para o legislador emitir uma norma jurídica, não vierem a verificar-se, ou se falham as expectativas que manifestamente se ligaram à norma jurídica [...]”. No entanto, o autor, nesse ponto, tem dúvida se essas normas

---

<sup>36</sup> BACHOF, Otto. Normas constitucionais inconstitucionais? Tradução: Jose Manuel M. Cardoso da Costa. Almedina: Coimbra, 1951, p. 60.

passam a ser inconstitucionais ou apenas cessa a sua vigência.

Por fim, há ainda a possibilidade de **normas constitucionais inconstitucionais por desrespeito à direito supralegal positivado** na *Lex Mater*. Aqui, o professor alemão esclarece que existem preceitos pré constitucionais superiores que são positivados pelas constituições, e que, dessa forma, não deixam de ser supraleais, uma vez que são apenas reconhecidos pelas constituições e não criados pelo Poder Constituinte. Nesse ponto, tendo em vista que o constituinte não dispõe de liberdade na concepção do Direito, as normas constitucionais que contrariam esses preceitos pré-constitucionais, mesmo que positivados, são, além de normas inconstitucionais, normas antagônicas ao Direito Natural.

Posteriormente, Otto Bachof, em sua monografia, indica a possibilidade de existência de normas constitucionais inconstitucionais em violação a Direito Constitucional **não escrito**. Esse tipo de inconstitucionalidade pode se dar de três maneiras: Inconstitucionalidade por infração dos princípios constitutivos não escritos do sentido da Constituição; Inconstitucionalidade por infração de direito constitucional consuetudinário e Inconstitucionalidade (invalidade) por infração de direito supralegal não positivado.

Na primeira situação, o autor indica princípios indisponíveis ao poder constituído, no entanto, que se encontram à disposição do titular do Poder Constituinte Originário, uma vez que não chegam a constituir princípios supra positivos. Bachof exemplifica com o princípio do comportamento não prejudicial à Federação que é implícito a um Estado Federal. Dessa forma, se uma emenda pretender contrariar esse princípio, ela será inconstitucional não apenas por contrariar dispositivo expresso da Norma Fundamental, mas também por infringir ao postulado presente no princípio implícito.

Já no segundo caso, o autor destaca a existência de um

direito constitucional consuetudinário não positivado, e descarta a possibilidade de existência de norma constitucional inconstitucional em face desse direito, uma vez que ele normalmente completa a Constituição escrita.

Em último caso, o doutrinador esclarece que a maioria das constituições incorpora o direito supralegal nos seus textos. No entanto, na eventualidade de um dispositivo constitucional contrário ao direito estadual, Bachof nega a esse dispositivo qualquer obrigatoriedade jurídica, sendo, portanto, uma norma inválida, ou norma constitucional inconstitucional. Cabe, aqui, transcrever trecho do livro de Luís Roberto Barroso:

A esse propósito, O Tribunal Constitucional Federal alemão, considerando-se competente para aferir essa *constitucionalidade da constituição*, reconheceu a existência de um direito suprapositivo, vinculativo para o próprio constituinte, ao declarar que “também uma norma constitucional pode ser nula, se desrespeitar em medida insuportável os postulados fundamentais da justiça”. É certo que o tribunal afirmou, também, que a ocorrência de normas originariamente inconstitucionais é quase impossível em Estados de legalidade democrática. Mas o problema pode ganhar dimensão em momentos de mudança política<sup>37</sup>.

Essa é, sintetizada, a teoria do professor germânico Otto Bachof (1914-2006), que fez parte da primeira geração de professores alemães posterior à guerra (1939-1951), geração a qual coube renovar o pensamento jurídico da época, reforçando a concretização do Estado social de direito. O professor aliava à atividade docente e doutrinária a atividade exercida na prática, como Juiz dos Tribunais Administrativos e do Tribunal Constitucional do Baden-Württemberg. O professor ainda deu aula nas Universidades de Heidelberg, de Erlangen e de Tübingen onde foi por duas vezes reitor.

---

<sup>37</sup> BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da Constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 210.

## 2.2. Posição do Supremo Tribunal Federal

### 2.2.1. ADI 815-3

A Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 815-3 Distrito Federal foi proposta pelo Governador do Estado do Rio Grande do Sul no ano de 1996, através da qual era questionada a constitucionalidade dos parágrafos 1º e 2º do artigo 45 da Constituição Federal de 1988, dispositivo obra do Poder Constituinte Originário.

Art. 45. A Câmara dos Deputados compõe-se de representantes do povo, eleitos, pelo sistema proporcional, em cada Estado, em cada Território e no Distrito Federal.

§ 1º – O número total de Deputados, bem como a representação por Estado e pelo Distrito Federal, será estabelecido por lei complementar, proporcionalmente à população, procedendo-se aos ajustes necessários, no ano anterior às eleições, **para que nenhuma daquelas unidades da Federação tenha menos de oito ou mais de setenta Deputados.**

§ 2º – Cada Território elegerá **quatro** Deputados. [grifo].

O argumento central da ação era a desigualdade e desproporcionalidade concedidas ao voto do eleitor brasileiro. Com efeito, o então Governador Antônio Britto Filho esclareceu que existe uma desproporção entre a população do país, participação no PIB e composição da Câmara dos Deputados. Essa desproporção seria injusta, à medida que atribuiria pesos diferentes a votos de cidadãos iguais.

A ação teve fundamento legal no *caput* do art. 5º, o qual abriga o princípio geral da isonomia e no art. 14 da Constituição o qual atribui valor igual de voto para todos os cidadãos. Ainda, o Governo Gaúcho entendia como materialmente superior aos dispositivos impugnados às cláusulas do art. 60 § 4º, I, II e IV da Constituição, por fazerem parte do núcleo intangível da Constituição. Nessas Cláusulas Pétreas estão inseridos o princípio da igualdade, o direito de

voto e o federalismo. Cabe aqui transcrever trecho da petição proposta pelo Governador:

Os cidadãos pertencentes aos **estados do sul e do sudeste**, que, conforme se pode verificar pelos gráficos anexos, **constituem 57,70%** (cinquenta e sete vírgula sete por cento) **da população do País** participam na formação da riqueza nacional com **77,4%** (setenta e sete vírgula quatro por cento) - quase oitenta por cento! - do **PIB**, contribuem, através de seus votos, para a composição de apenas... **45%** (quarenta e cinco por cento) **do Congresso Nacional**. De outro lado, os cidadãos das **regiões Norte, Nordeste e Centro-Oeste**, constituindo apenas **42,3%** (quarenta e dois vírgula três por cento) da **população** brasileira e participando com **22,6%** (vinte e dois vírgula seis por cento) - menos de um quarto! - **do PIB**, detém na **composição congressual** nada menos do que... **54,3%** (cinquenta e quatro vírgula três por cento)! E, como se sabe, é o Congresso Nacional, ao fim e ao cabo, que... dá o destino à riqueza nacional. Não é preciso ser sociólogo nem cientista social para compreender que esta situação de instabilidade estável não pode perdurar tranquilamente.

Percebia-se um descontentamento por parte da região sul, uma vez que a situação, segundo a tese do autor, provocava diferenças entre brasileiros absolutamente iguais, posto que o voto de um eleitor de uma grande unidade federativa valeria muito menos do que o de um eleitor de um pequeno estado.

Defendia o autor a existência de hierarquia entre os dispositivos constitucionais em questão, sendo que as normas inferiores não poderiam contrariar as normas superiores que contém a essência da ordem constitucional. Assim, os parágrafos do art. 45 apresentariam contradição em relação aos princípios superiores da igualdade e igualdade de voto, que constituem cláusulas pétreas da Constituição, devendo, portanto, serem declarados inconstitucionais.

A Advocacia Geral da União defendeu a constitucionalidade dos dispositivos, baseando-se no princípio da unidade normativa da Constituição, alegando que todas as normas da Constituição possuem o mesmo valor.

No entendimento do Supremo Tribunal Federal, as cláusulas pétreas não são normas superiores na Constituição, mas sim, apenas dispositivos que asseguram, numa Constituição rígida, as normas que não serão objeto de alteração constitucional por vontade do poder reformador, não constituindo limites ao próprio Poder Constituinte Originário que as definiu.

Com efeito, a posição defendida pela Corte, no voto do relator Ministro Moreira Alves, é que constitui prerrogativa da própria lei fundamental excetuar a si própria, sendo que essas ressalvas devem atender a uma finalidade essencial do ordenamento jurídico; “desta forma, não haveria antinomia, pois o estabelecimento dos limites constitucionais à representação objetiva evitar discrepâncias extraordinárias entre os estados mais e menos populosos”<sup>38</sup>. O Poder Constituinte Originário teria autonomia para fixar exceções às próprias normas por ele estabelecidas. Devem, portanto, esses dispositivos ser interpretados e ponderados, tendo em vista o princípio da Unidade Constitucional.

Além disso, o STF esclareceu que a declaração de inconstitucionalidade de normas constitucionais, em face de outras, não é tolerada por um sistema com constituição rígida e escrita como o nosso, uma vez que todas as normas constitucionais têm o mesmo valor. O ministro sustentou que não caberia distinção entre normas feitas ao mesmo tempo por um mesmo poder criador.

No entanto, a Corte Suprema, não chegou a entrar no mérito da questão declarando-se incompetente para analisar a constitucionalidade de normas derivadas do Poder Constituinte Originário. De fato, conforme o entendimento do STF, o art.

---

<sup>38</sup> NASPOLINI, Samuel Dal-Farra. Inconstitucionalidade de normas constitucionais: A questão do artigo 45, §1º da Constituição Federal. Disponível em <<http://www.ccj.ufsc.br/~petdir/homepage.html>>. Acesso em 19 mar. 2009.

102, *caput*, da Constituição lhe confere a competência de fiscalizar a Carta Fundamental como um todo, e não a de exercer o papel de fiscal do Poder Constituinte Originário em relação às normas superiores que ele teria fixado na constituição.

Ainda, o Supremo elucida que se o caso tratasse de norma constitucional infringindo direito suprapositivo não positivado na Carta Fundamental (Natural), seria caso de ilegitimidade ou invalidade do dispositivo constitucional e não inconstitucionalidade, uma vez que o Poder Constituinte Originário teria desrespeitado os limites impostos a ele por esse direito suprapositivo, sendo que este órgão também se considerou incompetente para resolver conflito desse tipo.

Com efeito, no voto foi citada posição de Jorge Miranda que entende que seria contraditório utilizar a própria norma fundamental para analisar eventual desobediência a seus próprios dispositivos, não havendo que se falar em inconstitucionalidade de normas constitucionais, mas, sim, possível “invalidade ou ilegitimidade” da constituição.

Esse precedente foi de extrema importância para estabelecer os limites do controle constitucional pelo STF, e também a impossibilidade de existirem normas constitucionais inconstitucionais originárias no ordenamento jurídico pátrio.

### 2.2.2. ADI 4.097

Recentemente, no ano de 2008, o Supremo Tribunal Federal julgou outra ação que buscava a declaração de inconstitucionalidade da parte final do § 4º do art. 14, norma constitucional oriunda do Poder Constituinte Originário:

Art. 14. A soberania popular será exercida pelo sufrágio universal e pelo voto direto e secreto, com valor igual para todos, e, nos termos da lei, mediante:

[...]

§ 4º - São inelegíveis os inalistáveis e os **analfabetos**.

A ação foi proposta pelo Partido Social Cristão, o qual fundamentou seu pleito no art. 5º e no *caput* do art. 14 da Carta Fundamental, alegando que o dispositivo questionado constituía uma exigência injustificada que contrariava os “princípios naturais e os critérios isonômicos gerais e coletivos da lei de um Estado democrático”<sup>39</sup>.

Seguindo a sua linha de pensamento original, o STF julgou o pedido juridicamente impossível. Extinguiu o processo sem análise de mérito, fazendo menção ao princípio da unidade hierárquico normativa da Constituição e declarando-se incompetente por falta de previsão constitucional expressa da sua legitimidade para a análise de normas pré-jurídicas ou suprapositivas.

### 2.2.3 Emendas inconstitucionais

O complexo procedimento legislativo observado, quando é proposto determinado Projeto de Emenda constitucional, pressupõe a análise do seu texto pela Comissão de Constituição e Justiça a qual se pronuncia sobre sua compatibilidade com o texto constitucional. Esse exame de admissibilidade ocorre antes da votação do próprio projeto no plenário. Sob esse fundamento, Marcelo Azevedo Chamone<sup>40</sup> afirma que a emenda constitucional não poderia ser declarada inconstitucional, mas, sim, o seu projeto como ato infraconstitucional.

Desse modo, considerando ainda o Princípio da Unidade da Constituição, o referido autor indica a impossibilidade de uma emenda à Constituição, uma vez que ela goza de *status* constitucional, ser declarada

---

<sup>39</sup> Trecho retirado da fls. 04-05 da ADI 4.097.

<sup>40</sup> CHAMONE, Marcelo Azevedo. Aspectos de validade e constitucionalidade da emenda constitucional. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=9016>>. Acesso em: 25 fev. 2009.

inconstitucional; porém admite a possibilidade de o Projeto de Emenda à Constituição – PEC conter o vício da inconstitucionalidade e, conseqüentemente, não chegar nem à discussão em plenário.

Em oposição a esse entendimento, é pacífica a jurisprudência do STF no sentido da possibilidade de normas oriundas do poder reformador, que contrariem, formal ou materialmente, os preceitos constitucionais que estabelecem os requisitos para a reforma serem declaradas inconstitucionais e perderem sua vigência.

Pode-se ilustrar o exposto acima a partir dos seguintes exemplos de emendas constitucionais, que posteriormente à sua promulgação e entrada em vigor, foram declaradas incompatíveis com o texto constitucional e tidas como inconstitucionais.

A primeira decisão foi o julgamento da ADIN n. 939-7-DF, no qual foi declarada a inconstitucionalidade do art. 2º, § 2º da Emenda Constitucional n. 3 de 1993, instituidora do IPMF - Imposto Provisório sobre a Movimentação ou a Transmissão de Valores e de Créditos e direitos de Natureza Financeira. O referido dispositivo eliminava a imunidade tributária prevista no art. 150, III, “b” da Lei Fundamental para o referido tributo. Pelo entendimento do Supremo, essa emenda violava uma garantia individual ao contribuinte, portanto feria uma cláusula pétrea da Constituição brasileira.

Posteriormente a Emenda Constitucional n. 20 de 1998, que aprovou a reforma da Previdência Social, limitou, no art. 14, o teto de qualquer benefício previdenciário ao valor de R\$1.200,00, tendo o Ministério da Previdência e Assistência Social limitado a esse valor também o salário-maternidade, sendo que o restante deveria ser arcado pelo trabalhador.

O STF decidiu, na ADIN n. 1.946-5-DF, que o referido dispositivo era discriminatório à mulher no mercado de trabalho, uma vez que restringia a sua contratação e acesso a

salários maiores, devendo a Previdência Social arcar integralmente com o benefício da licença-maternidade prevista no art. 7º, XVIII, da Constituição. Assim, a emenda não mais violaria preceitos constitucionais fundamentais como os artigos 3º, IV; 5º, I e 7º, XXX.

Por fim, na decisão da Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 3.685-8 – DF, o STF decidiu pela inconstitucionalidade do art. 2º da Emenda Constitucional n. 52 de 2006 que previa que o seu artigo 1º (o qual alterou o processo eleitoral eliminando a chamada verticalização no art. 17, §1º da CF) deveria ser aplicado para as eleições de 2006, desrespeitando assim o princípio da anterioridade da lei eleitoral garantido pelo artigo 16 da Carta Magna e que constitui garantia individual ao eleitor, além das garantias individuais da segurança jurídica e do devido processo legal.

De tal modo, verifica-se a plausibilidade da ocorrência de uma emenda à Constituição contrariar limitações formais e materiais ao poder reformador, como por exemplo, quando objetiva alterar dispositivo, cujo conteúdo pertence ao núcleo intangível da Norma Fundamental; devendo, nesse caso, ser submetida a controle de constitucionalidade e retirada do sistema jurídico.

### **Considerações finais**

Diante do estudo apresentado, que pretendeu esboçar modestamente uma posição acerca do tema exposto; salientando, desde o princípio, que o presente trabalho não tem a pretensão de esgotar tão complexo assunto, nossa colaboração é no sentido de apresentar posicionamentos a respeito do pensamento de alguns doutrinadores que escrevem sobre o tema.

Conforme a corrente monista, o Direito constitui uma unidade, um sistema do qual fazem parte tanto o Direito Interno dos Estados, quanto o Direito Internacional, sendo que,

no caso de conflito, o Direito Internacional deve prevalecer sobre o Direito Interno dos países. No mesmo sentido, para a doutrina universalista dos Direitos Humanos, os mesmos constituem Direitos Universais, devendo ser aplicados, igualmente, a totalidade dos Estados.

Assim, seguindo expressiva corrente internacional, adotada pelos países que consideram os Tratados Internacionais relativos a Direitos Humanos, norma de hierarquia supraconstitucional, defende-se a ideia de que os Direitos Humanos constituem legítimo limite ao Poder Constituinte Originário.

Para a mencionada corrente, esses tratados nada mais fazem do que positivar direito costumeiro internacional, precisando melhor os seus termos. Como visto, o costume internacional, reconhecido como fonte do Direito Internacional pela Corte Internacional de Justiça, está acima da soberania estatal para a referida corrente, aplicando-se à universalidade dos Estados, independentemente se aderirem ou não a Tratados Internacionais de proteção a esses direitos. A título de ilustração, foi citado, no corpo do trabalho, o exemplo do Tribunal de Nuremberg, que violou o princípio da legalidade, para condenar os acusados de crimes de Guerra e crimes contra a humanidade, com base no costume internacional.

Assim, a declaração Universal dos Direitos do Homem de 1948, que não possui a forma de um tratado, tem força jurídica vinculante, por consagrar legítimos costumes internacionais, aplicados, portanto, à universalidade dos Estados.

Além disso, conforme foi exposto no trabalho, a relativização da soberania dos Estados, em face de um ideal maior de proteção aos direitos basilares da pessoa humana, é característica do constitucionalismo contemporâneo, segundo a percepção de José Joaquim Gomes Canotilho. A Carta da ONU, como marco no Direito Internacional, relativizou, na

opinião de alguns doutrinadores, o conceito de supremacia das normas internas de cada Estado, consagrando os Direitos Humanos como objeto de “legítima preocupação internacional”. Sendo que essa noção de relativização da soberania dos Estados deve ser interpretada com prudência, em respeito à cultura dos diferentes povos.

Outro ponto que reforça a posição adotada é o Princípio da Prevalência da Norma mais Favorável à Vítima. Quando os Tratados Internacionais de Direitos Humanos entram em conflito com determinado dispositivo constitucional de um Estado, não há critério fixo de preponderância do dispositivo do tratado internacional sobre o preceito constitucional, ou vice versa, mas, sim, prevalece aquele dispositivo que mais privilegie a proteção dos direitos da pessoa humana, o que leva a crer que esses ideais supremos estão acima de qualquer lei, nacional ou internacional, e existem, independente de positivação ou não.

Com efeito, conforme posição defendida pelo Abade Sieyès, na época da Revolução Francesa, e hoje, por uma doutrina mais expressiva, dentre a qual se pode mencionar Canotilho; o Poder Constituinte é um poder de direito, uma vez que é baseado em um direito preexistente à formação do Estado.

Assim, reconhece-se a legítima prevalência dos Direitos Humanos, quer positivados em Tratados Internacionais, quer no ordenamento jurídico interno dos Estados, em face de outros dispositivos que eventualmente os contrariem.

Esses Direitos Humanos compõem o tão defendido Direito Supralegal, ou Supraconstitucional, mencionado pelo prof. Otto Bachof, constituindo um direito reconhecido e não criado pelos Estados, uma vez que, anteriores ao Estado, existem independentemente de positivação de seus preceitos.

O Direito Natural compõe-se de ideais de justiça, ética, moral, dignidade humana, arraigados no pensamento social, e

que devem guardar correspondência com a Constituição, a fim de que o Poder Constituinte seja legítimo e, a constituição, dotada de força normativa.

As Constituições francesa, portuguesa, holandesa, colombiana e da Guatemala consagram expressamente a superioridade do Direito Internacional dos Direitos Humanos sobre seu ordenamento jurídico interno.

No entanto, no Brasil, por interpretação expressa dos §§ 2º e 3º do art. 5º da Constituição Federal, esses tratados possuem natureza constitucional; visão da doutrinadora Flávia Piovesan e do Ministro Celso de Mello, que diverge da posição majoritária no Supremo Tribunal Federal, de que os mesmos, aprovados anteriormente à EC n. 45, seriam dotados de hierarquia supralegal, porém infraconstitucional.

Não obstante no Brasil não seja reconhecida a possibilidade de declaração de uma norma constitucional inconstitucional em virtude de violação a Direito Suprapositivo, essa ideia parece encontrar respaldo nos fundamentos expostos ao longo do presente trabalho.

Já com relação aos limites existentes à atuação do Poder Constituinte Derivado, essas condicionantes são impostas pelo próprio Poder Constituinte Originário ao tempo da elaboração da Constituição, e tem o condão, segundo entendimento do STF e linha de pensamento deste trabalho, de permitir a declaração de inconstitucionalidade de lei de alteração da Constituição que vá de encontro a esses limites, quer implícitos, quer expressos no texto da Norma Fundamental.

Quanto à tese de hierarquia entre preceitos constitucionais e da possibilidade de existência de antinomias reais dentro de uma mesma Constituição, esse trabalho acompanha a posição doutrinária, cujo entendimento é de que seja incabível a existência de tais conflitos dentro do supremo documento jurídico de um país; o que constitui, também, a linha de pensamento do STF.

De fato, o Princípio da Unidade Constitucional, o qual estabelece que todas as normas pertencentes à Carta Fundamental possuem igual hierarquia, é utilizado na solução de conflitos aparentes entre dispositivos da Constituição, devendo prevalecer o que privilegie a integração e harmonia entre as normas jurídicas fundamentais; e não a preferência total de uma, em face da outra.

Ainda, o dispositivo constitucional no qual estão previstas as cláusulas pétreas da constituição, não se configura superior aos demais, tendo em vista que essas normas limitam apenas a atuação do Poder Constituinte Derivado, não constituindo limites ao próprio poder que as elaborou.

Além disso, as exceções previstas pelo mesmo poder criador da Constituição são legítimas, desde que justificadas em não arbitrárias, não havendo conflito entre as mesmas, vez que, nesses determinados casos, deve prevalecer a norma mais específica para regular a situação. Também a ideia de distinção entre normas constitucionais, formal e material, não atribui valor especial a determinados preceitos, em face de outros.

Cabe ressaltar que o desenvolvimento da teoria do doutrinador Otto Bachof acerca das normas constitucionais inconstitucionais, apresentada pela primeira vez no ano de 1951, na Alemanha, acompanhou tenso período durante a segunda Guerra Mundial, quando o regime nazista, grande violador dos Direitos Humanos, realizou atrocidades sob a camuflagem da legalidade.

Nesse período, o positivismo, com a perigosa equiparação entre direito e lei, alcançava o seu fim, dando início ao chamado neoconstitucionalismo, quando as normas constitucionais ficaram mais abertas a princípios, possibilitando a interpretação do Direito em relação a ideais éticos, justos e morais; e fugindo da legalidade rigorosa do positivismo, com uma tendência a conferir normatividade aos princípios, a valores fundamentais, ainda que não escritos.

Assim, compreensível o desenvolvimento da teoria do prof. Otto Bachof, tendo em vista que foi desenvolvida numa época em que o positivismo, com a afirmação de que o único Direito existente era aquele posto pelo Estado, afastava o Direito da verdadeira justiça, dando ensejo a eventuais normas arbitrárias, que deviam ser seguidas a risca.

Nos termos da própria teoria de Otto Bachof, em alegações contidas do prefácio que escreveu para a tradução portuguesa de seu livro “Normas Constitucionais Inconstitucionais?”, é muito pequena a probabilidade de um legislador democrático ultrapassar os limites impostos pelo Direito Supralegal, ou seja, os postulados fundamentais de justiça.

Assim, hoje, nos Estados democráticos de direito, as Cartas Fundamentais costumam incorporar extensamente o Direito Supralegal ao seu texto, como, por exemplo, a Constituição brasileira, que é analítica. Por isso, a questão da possibilidade de inconstitucionalidade por infração a dispositivo supraestadual é cada vez mais remota nos Estados de direito.

Não obstante, é importante fomentar a discussão acerca de temas como esse, pois o passado e a história das constituições e dos diversos Estados têm muito a ensinar, devendo servir de exemplo para as gerações futuras. Além disso, esse tema nos chama a atenção acerca dos limites existentes à onipotência do Estado, e da importância da preservação dos postulados fundamentais de justiça e dos Direitos Humanos, positivados, ou não, em documentos constitucionais.

## Referências bibliográficas

AZEVEDO, Pedro Pontes de. **Normas constitucionais inconstitucionais oriundas do poder constituinte originário**. Jus Navegandi, Teresinha, ano 8, n. 200, 22 jan. 2004. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=4724>>. Acesso em 10 mar. 2009.

BACHOF, Otto. *Normas constitucionais inconstitucionais?* Tradução: Jose Manuel M. Cardoso da Costa. Almedina: Coimbra, 1951, 92 p.

- BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da Constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2004, 427 p.
- BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de Direito Constitucional*. 22. ed. São Paulo: Saraiva, 2001, 515 p.
- BOBBIO, Norberto. *Teoria do Ordenamento Jurídico*. Tradução: Maria Celeste C.J. Santos; rev. téc. Cláudio De Cicco; apres. Tércio Sampaio Ferraz Júnior. 10. ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1997, 184 p.
- BONAVIDES, Paulo. *Direito Constitucional*. Rio de Janeiro: Forense, 1988, 361 p.
- BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível na VADE MECUM. 8 ed. São Paulo: Saraiva, 2009.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7. Ed. Coimbra: Edições Almedina, 2003, 1447 p.
- CHAMONE, Marcelo Azevedo. *Aspectos de validade e constitucionalidade da emenda constitucional*. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=9016>>. Acesso em: 25 fev. 2009.
- Coletânea de Direito Internacional, Constituição Federal / organização Valério de Oliveira Mazzuoli*. 7. Ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009.
- DALLARI, Dalmo de Abreu. *Elementos da Teoria Geral do Estado*. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 1995, 260 p.
- DANTAS, Ivo. *Poder constituinte e Revolução*. São Paulo: Javoli, 1985, 63 p.
- DÓRIA, A. de Sampaio. *Direito Constitucional*. 5. ed. São Paulo: Max Limonad, 1962, 384 p.
- ESTRELLA, André Luiz Carvalho. *Normas constitucionais inconstitucionais (Verfassungswidrige Verfassungsnormen)*. Disponível em: <[HTTP://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=5021](http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=5021)>. Acesso em: 14 mar.2009.
- FERREIRA FILHO, Manuel Gonçalves. *Curso de Direito Constitucional*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 1980. 336 p.
- FERREIRA FILHO, Manuel Gonçalves. *O Poder Constituinte*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1985. 158 p.
- FRANCO, Afonso Arinos de Melo. *Direito constitucional: teoria da Constituição; as Constituições do Brasil*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense,

1981, 140 p.

GOUVEIA, Alexandre Grassano F. *Direito Natural e Direito Positivo*. Jus Navigandi, Teresina, ano 3, n. 27, dez. 1998. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=6>>. Acesso em: 14 jul. 2009.

HESSE, Konrad. *A Força Normativa da Constituição*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1991, 34 p.

LENZA, Pedro. *Direito Constitucional Esquematizado*. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, 926 p.

LEWANDOWSKI, Enrique Ricardo. *Proteção dos direitos humanos na ordem interna e internacional*. Rio de Janeiro: Forense, 1994, 187 p.

MALUF, Sahid. *Direito Constitucional*. 4. ed. São Paulo: Sugestões Literárias S/A, 1968, 486 p.

MIGUEL, Jorge. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Atlas, 1989, 354 p.

MORAES, Alexandre de. *Constituição do Brasil interpretada e legislação constitucional*. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2005, 2.922 p.

NASCIMENTO, Walter Vieira do. *Lições de história do direito*. 15. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007. 299 p.

NASPOLINI, Samuel Dal-Farra. *Inconstitucionalidade de normas constitucionais: A questão do artigo 45 §1º da Constituição Federal*. Disponível em <<http://www.ccj.ufsc.br/~petdir/homepage.html>>. Acesso em 19 mar. 2009.

NEGRI, Antonio, 1993. *O poder Constituinte – Ensaio sobre as alternativas da modernidade*; tradução Adriano Pilatti. Rio de Janeiro: DP&A, 2002, 461 p.

NEVES, Gustavo Brelgada. *Direito Internacional Público e Direito Internacional Privado*. 2. Ed. São Paulo: Atlas, 2008.

PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2006, 516 p.

REIS, Rossana Chagas. *Os direitos humanos e a política internacional*. Revista de Sociologia e política, n. 27, p. 33-42, Nov. 2006.

SALDANHA, Nelson. *Formação da Teoria Constitucional*. 2. Ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2000, 254 p.

SANTOS, Aricê Moacyr Amaral. *O Poder Constituinte: Natureza e Titularidade do Poder Constituinte Originário*. 1. ed. São Paulo: Sugestões Literárias, 1980, 88 p.

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 24. Ed.

São Paulo: Malheiros, 2005, 921 p.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Disponível em: <[www.stf.jus.br](http://www.stf.jus.br)>  
Acesso em 01 de setembro de 2009.

## Resumo

O presente trabalho pretende uma breve análise acerca da probabilidade da ocorrência de normas constitucionais inconstitucionais, avaliando a possível existência de limites aos Poderes Constituintes, originário e derivado, em face dos Direitos Humanos. Para tanto, tece consideração acerca da teoria dos Direitos Humanos, aludindo às diversas correntes relativas à questão da hierarquia desses Direitos Universais, em face do Direito Interno de cada país; bem como aborda o papel que representam os Tratados Internacionais de Direitos Humanos nesse contexto. Posteriormente, apresenta, sinteticamente, a teoria das normas constitucionais inconstitucionais no Direito extravagante. Por fim, apresenta o posicionamento do Supremo Tribunal Federal, acerca da presente temática, baseado no julgamento de algumas ações diretas de inconstitucionalidade.

**Palavras-chave:** Constituição. Direitos Humanos. Limites. Poder Constituinte. Direito Suprapositivo.

## Resumen

El presente trabajo tiene por objeto un breve análisis sobre la probabilidad de inconstitucionalidad de la Constitución, la evaluación de la posible existencia de límites a los poderes constituyentes, originales y derivados, en frente a los Derechos Humanos. Para ello, teje la consideración acerca de la teoría los Derechos Humanos, al referirse las diferentes corrientes sobre el tema de la jerarquía de los derechos universales ante la legislación de cada país, y explora el papel que representan los Tratados Internacionales de Derechos Humanos en este contexto. A continuación, se presenta, en resumen, la teoría de la Constitución inconstitucional a nivel internacional. Por último, muestra la posición de la Corte Suprema de Justicia, sobre este tema, basado en el juicio de algunas de las acciones directas de inconstitucionalidad.

**Palabras clave:** Constitución. Derechos Humanos. Límites. Poder Constituyente. Justo encima de positivo.

## **Abstract**

The present work aims at a brief analysis on the likelihood of unconstitutional constitutional, evaluating the possible existence of limits to the powers constituents, original and derivative, in the face of Human Rights. To this end, weaves consideration about the theory of Human Rights, referring the various currents on the issue of hierarchy of universal rights in the face of the law of each country, and explores the role representing the International Treaties on Human Rights in this context . Then, it presents, in summary, the international theory of constitutional law unconstitutional. Finally, it shows the positioning of the Supreme Court, on this theme, based on the judgment of some direct actions of unconstitutionality.

**Keywords:** Constitution. Human Rights. Limits. Constituent Power. Right above positive.