

Há Limites Materiais ao Poder Constituinte?

Marcos Augusto Maliska

Mestre e Doutorando em Direito Constitucional, Professor e Procurador Federal.

SUMÁRIO

Introdução;

1. Adequação da terminologia;

2. A doutrina clássica do Poder Constituinte;

3. Carl Schmitt e a concepção de Constituição como decisão política fundamental;

4. O direito constitucional do segundo pós-guerra. A Alemanha como um lugar especial;

5. Há limites materiais ao Poder Constituinte?

Considerações finais;

Referências bibliográficas.

Introdução

O presente trabalho é resultado das discussões levantadas na disciplina “Crítica do Direito Constitucional Moderno”, ministrada pelo prof. Dr. CLÊMERTON MERLIN CLÈVE, no Curso de Pós-graduação em Direito, Doutorado, da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná. O tema do presente trabalho foi proposto pelo Professor da disciplina como forma de promover algumas reflexões sobre as novas questões que estão exigindo respostas do direito constitucional contemporâneo.

“Há limites materiais ao Poder Constituinte?” Não se tem dúvida alguma de que abordar essa questão é redefinir toda a teoria constitucional consolidada até os dias atuais. Os conceitos tradicionais que envolvem a Constituição, como Estado, soberania e direitos fundamentais assumem outros papéis e posições na seara jurídica e política que no momento atual permite apenas especulações sobre o assunto.

Nos limites de um trabalho de conclusão de disciplina, este texto não pretende tratar o assunto na profundidade que ele

merece, pois se assim fizesse, tornar-se-ia uma tese. É objetivo aqui levantar questionamentos e instigar os pensadores do direito e da política a tomarem posição sobre o assunto. É necessário informar ainda que o rigor científico necessário na abordagem de assunto tão renovador do direito constitucional merecia uma maior e mais precisa abordagem sobre a vasta literatura e seus diversos conceitos. Aqui se encontra apenas um recorte, através da eleição de alguns autores que trataram da matéria.

Em linhas gerais, o texto inicialmente alerta para uma pequena precisão conceitual, que diz respeito aos “limites materiais” e o sentido da expressão “poder constituinte”. Em seguida, no segundo tópico, é revista a doutrina clássica do Poder Constituinte, com especial ênfase na doutrina de SIEYÈS. No terceiro tópico é abordado o pensamento de CARL SCHMITT sobre a concepção de Constituição como decisão política fundamental. Alerta-se para o terreno comum no tocante às características do poder constituinte, não obstante as divergências de SCHMITT para com a doutrina liberal constitucional. No tópico seguinte é resgatada parte da história alemã do século XX, em especial o período nacional socialista, em que a experiência política sob um regime totalitário acabou por reservar à Alemanha um lugar especial no desenvolvimento da dogmática dos direitos fundamentais no segundo pós-guerra. Por fim, no último tópico, resgata-se a proposta do texto da existência ou não de limites materiais ao poder constituinte.

1. Adequação da terminologia

Dar precisão aos conceitos talvez seja a grande regra do conhecimento nas ciências sociais. O direito não está afastado disso, pelo contrário, talvez seja o campo em que a operacionalização correta dos conceitos seja fundamental. Neste sentido, o tema proposto para análise neste trabalho impõe uma preliminar acerca da questão terminológica. Duas questões apresentam-se: I) o que são limites materiais; e II) em que sentido se está usando a expressão “poder constituinte”.

Inicialmente é necessário ponderar que o constitucionalismo moderno distingue o conceito formal do conceito material de Constituição. Segundo KARL LOEWENSTEIN, a necessidade de formular, e por tanto de formalizar, a ordem fundamental da sociedade estatal em um documento sério – Constituição em sentido formal – como um sistema, sem lacunas, de normas fundamentais, é um desenvolvimento relativamente posterior do constitucionalismo. Para os gregos e romanos a idéia de constitucionalismo era outra. Para PLATÃO e ARISTÓTELES, assim como em toda teoria política grega, a *politeia* foi a Constituição em sentido material.¹

Sob o aspecto material, “a Constituição é o conjunto de normas pertinentes à organização do Poder, à distribuição da competência, ao exercício da autoridade, à forma de governo, aos direitos da pessoa humana, tanto individuais como sociais”.² Do ponto de vista formal, a Constituição, na li-

1. LOEWENSTEIN, Karl. *Teoría de la constitución*. 3ª reimpressão, Barcelona: Ariel, 1983, p. 152.

2. BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 7. ed., São Paulo: Malheiros, 1997, p. 63.

ção de KELSEN, caracteriza-se pela distinção entre as leis ordinárias e aquelas outras que exigem certos requisitos especiais para a sua criação e reforma.³ Desta forma, a rigidez na alteração da Constituição (Reforma Constitucional) em contraposição ao procedimento ordinário para aprovação das leis em geral é o elemento essencial do conceito formal de Constituição. Por sua vez, o conceito material de Constituição é encontrado no conjunto de normas que tratam dos elementos essenciais da ordem constitucional.

MARIA HELENA DINIZ observa que, em sentido material, “a Constituição representa o escalão do direito positivo mais elevado”. Tal definição, não poucas vezes, é confundida com o conceito formal de Constituição. Didaticamente expõe a autora de São Paulo que pelo aspecto formal deve-se entender aquelas normas que constam do texto constitucional, pouco importando sua matéria ou conteúdo. De outro modo, a Constituição em sentido material consiste “no complexo de normas constitucionais pela sua matéria, isto é, por normas básicas indicativas de como devem ser elaboradas todas as normas gerais”.⁴

A idéia de limites materiais sugere limites de cunho substancial da Constituição, aquilo que pelo seu conteúdo está alheio à disposição, em princípio, do Poder de Reforma da Constituição. Sobre as limitações materiais, escreve PAULO

BONAVIDES: “Há, finalmente, uma limitação expressa de ordem material, tocante ao objeto da reforma. Assim é que várias Constituições fazem imutável uma determinada matéria de seu conteúdo”.⁵

Da mesma maneira, KONRAD HESSE, ao se referir ao art. 79, alínea 3, da Lei Fundamental Alemã, escreve que este protege o núcleo material da Constituição.⁶

Segundo INGO SARLET, “a existência de limites materiais justifica-se, portanto, em face da necessidade de preservar as decisões fundamentais do Constituinte, evitando que uma reforma ampla e ilimitada possa desembocar na destruição da ordem constitucional, de tal sorte que por detrás da previsão destes limites materiais se encontra a tensão dialética e dinâmica que caracteriza a relação entre a necessidade de preservação da Constituição e os reclamos no sentido de sua alteração”.⁷

Os limites materiais aparecem ainda subdivididos em: limites materiais explícitos e limites materiais implícitos. Os primeiros constituem as chamadas “cláusulas pétreas” da Constituição, ou seja, a reserva expressa feita pelo Constituinte quanto à imutabilidade de algumas matérias constantes da Constituição. Quanto aos limites materiais implícitos, decorrem de uma interpretação sistemática do texto constitucional visando à preservação da identidade da Constituição.⁸

3. KELSEN, Hans. *Teoria general del estado*. México, 1959, p. 330, citado por BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*, p. 65.

4. DINIZ, Maria Helena. *Norma constitucional e seus efeitos*. São Paulo: Saraiva, 1989, p. 10-11.

5. BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*, p. 177.

6. HESSE, Konrad. *Elementos de direito constitucional da República Federal da Alemanha*. Porto Alegre: Fabris, 1998, p. 510.

7. SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998, p. 349.

8. MALISKA, Marcos Augusto. *O direito à educação e a constituição*. Porto Alegre: Fabris, 2001, p. 80-86.

É necessário observar que a discussão da matéria (limites materiais) está em geral restrita ao Poder de Reforma da Constituição. A doutrina em geral segue o entendimento clássico que propugna as características política e ilimitada do poder constituinte originário contraposta ao poder jurídico (limitado) de reforma da Constituição.

Aqui se apresenta a segunda indagação, que diz respeito ao sentido da expressão “poder constituinte”. Não obstante a distinção feita por SIEYÈS entre poder constituinte e poder constituído (representantes extraordinários e ordinários),⁹ é corrente na doutrina constitucionalista as expressões poder constituinte originário (ou primário) e poder constituinte derivado (ou constituído).¹⁰

Desta forma, a discussão que se pretende neste texto diz respeito aos limites materiais do Poder Constituinte originário. Está o poder constituinte atrelado a limitações materiais? Quais seriam elas? São esses os questionamentos que se pretende abordar no presente texto.

2. A doutrina clássica do Poder Constituinte

Segundo escreve AURÉLIO WANDER BASTOS, “a contribuição mais importante

de SIEYÈS, que resvala até os nossos dias, são as suas observações sobre o poder constituinte. (...) Para ele, o poder constituído (o Terceiro Estado) não pode mudar os limites de sua própria delegação e, conseqüentemente, só o poder constituinte pode mudar os limites da ordem anterior. A Constituição não é obra do poder constituído, mas do poder constituinte. Nenhuma espécie de poder delegado pode mudar as condições de sua delegação. A distinção entre poder legislativo e poder constituinte é uma das primeiras conquistas da Revolução Francesa, mas, também, está em SIEYÈS, como uma das importantes contribuições ao constitucionalismo moderno e contemporâneo”.¹¹

Segundo SIEYÈS, “em toda nação livre – e toda nação deve ser livre – só há uma forma de acabar com as diferenças, que se produzem com respeito à Constituição. Não é aos notáveis que se deve recorrer, é à própria nação. Se precisamos de Constituição, devemos fazê-la. Só a nação tem direito de fazê-la”.¹²

Sobre o poder constituinte, escreve SIEYÈS que “a Constituição não é obra do poder constituído, mas do poder constituinte. Nenhuma espécie de poder delegado pode mudar nada nas condições de sua delegação. É neste sentido que as leis consti-

9. SIEYÈS, Emmanuel Joseph. *A constituinte burguesa (qu'est-ce que le tiers état?)*. Tradução de Norma Azevedo. Org. e Intr. de Aurélio Wander Bastos, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001, p. 52 e 53.

10. A distinção entre Poder Constituinte Originário e Poder Constituinte Derivado diz respeito ao fato do primeiro ser entendido como um *poder político* fora da Constituição e acima desta, de exercício excepcional, reservado a horas cruciais no destino de cada povo ou na vida das instituições; o segundo como *poder jurídico*, um poder menor, de exercício normal, achando-se contido juridicamente na Constituição e sendo de natureza limitado. Não poderá ele sobrepor-se assim ao texto constitucional. BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*, p. 178.

11. BASTOS, Aurélio Wander. Introdução à obra *A constituinte burguesa (qu'est-ce que le tiers état?)*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001, p. XIV.

12. SIEYÈS, Emmanuel Joseph. *A constituinte burguesa (qu'est-ce que le tiers état?)*, p. 45.

tucionais são fundamentais. As primeiras, as que estabelecem a legislatura, são fundadas pela vontade nacional antes de qualquer constituição; formam seu primeiro grau. As segundas devem ser estabelecidas por uma vontade representativa especial. Desse modo, todas as partes do governo dependem em última análise da nação".¹³

Nas palavras de MANOEL GONÇALVES FERREIRA FILHO, "a preservação da sociedade exige o Poder Político. Para estabelecê-lo, institucionalizá-lo, organizá-lo, limitá-lo, o povo, comunidade resultante do pacto, gera o poder constituinte composto de representantes *extraordinários* dele mesmo. Tal poder constituinte edita a Constituição e com isto encerra a sua missão (ainda que o povo possa quando quiser reconstituí-lo). A Constituição é a lei do Poder, que há de comandar segundo as formas que ela prescrever, nos limites que ela admitir. Essa lei haverá de prever o governo por representantes do povo, mas representantes *ordinários* que não poderão mudar a Constituição".¹⁴

Portanto, na visão clássica, o Poder Constituinte tem a sua natureza assentada nas características de poder político e ilimitado. Por certo que na hipótese de ruptura da ordem constitucional o novo poder ins-

talado pode rever de forma muito mais ampla a ordem constitucional anterior, pois não está atrelado aos dispositivos da Constituição que estabelecem limites ao poder de reforma da constituição. Mas o questionamento não está em levantar a possibilidade ou não dessa revisão, mas sim de identificar, para além do direito positivado na Constituição, a existência de limites à atuação do poder constituinte. Essa possibilidade em nada procura resgatar a idéia de um direito natural anterior e vinculante da atuação constituinte.¹⁵ Trata-se apenas de saber se a evolução do direito constitucional não possibilita o estabelecimento de certos limites como nível mínimo de garantia de alguns direitos e instituições capazes de garanti-los.

É necessário pontuar que a doutrina clássica do Poder Constituinte não dá respostas a esses questionamentos, pois ela foi pensada em outro ambiente, totalmente diverso do atual. A soberania ilimitada do constitucionalismo clássico não é mais compatível com as sociedades desse novo milênio, em que o pré-moderno, o moderno e o pós-moderno caminham juntos. A homogeneidade necessária de uma sociedade bem ordenada, na qual o povo, titular da soberania, é responsável pelo seu destino com autonomia, não se encontra mais na realidade.

13. SIEYÈS, Emmanuel Joseph. *A constituinte burguesa (quést-ce que le tiers état?)*, p. 49.

14. FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Direitos humanos fundamentais*. 2. ed., São Paulo: Saraiva, 1998.

15. SIEYÈS escreve que "a nação existe antes de tudo, ela é a origem de tudo. Sua vontade é sempre legal, é a própria lei. Antes dela e acima dela só existe o direito natural". SIEYÈS, Emmanuel Joseph. *A constituinte burguesa (quést-ce que le tiers état?)*, p. 48. Segundo também PINTO FERREIRA, seguindo a lição de SIEYÈS, "o poder constituinte é um poder de direito, que não tem limites no direito positivo anterior, porém apenas no direito natural, existente antes da nação e acima dela. O poder constituinte é inalienável, permanente, incondicionado e ilimitado, pois a nação não pode perder o seu poder de querer e de mudar o seu querer ou a sua vontade. Em contrapartida os poderes constituídos são limitados e condicionados". FERREIRA, Pinto. *Curso de direito constitucional*. 7. ed., São Paulo: Saraiva, 1995, p. 19.

3. Carl Schmitt e a concepção de Constituição como decisão política fundamental

No seu clássico *Verfassungslehre*, CARL SCHMITT, em posição diversa do constitucionalismo liberal, escreve que o Poder Constituinte é a vontade política cuja força ou autoridade¹⁶ é capaz de adotar a concreta decisão de conjunto sobre o modo e a forma da própria existência política, determinando assim a existência da unidade política como um todo. Uma Constituição não se assenta em uma norma cuja justiça seja fundamento de sua validade. Se assenta em uma decisão política surgida de um Ser político, acerca do modo e forma do próprio Ser.¹⁷

Desta forma, entende CARL SCHMITT que o poder constituinte, ao transcender o direito positivo, assenta sua legitimidade em si mesmo, e não no titular. A livre decisão sobre a modalidade e a forma de existência política cabe faticamente a quem o arrebatou. “Uma Constituição é legítima – isto é, reconhecida, não só como situação de fato, mas também como ordenação jurídica – quando a força e autoridade do Poder Constituinte em que descansa sua decisão são reconhecidas. A decisão política adotada sobre o modo e forma da existência

estatal, que integra a substância da Constituição, é válida, porque a unidade política cuja Constituição se trata, existe, e o sujeito do Poder Constituinte pode fixar o modo e a forma dessa existência. Não necessita justificar-se em uma norma ética ou jurídica; tem seu sentido na existência política”.¹⁸

O exercício do Poder Constituinte dá-se mediante o ato da decisão política fundamental. A execução e formulação desta pode ser deixada a encarregados especiais, como, por exemplo, a uma Assembléia Nacional Constituinte. CARL SCHMITT distingue as hipóteses de I – abolição e ruptura da Constituição com a subsistência, idêntica, do Poder Constituinte e II – o problema da continuidade em caso de mudança do sujeito do Poder Constituinte (destruição da Constituição). Quanto ao primeiro, uma Constituição que surgiu como ato do Poder Constituinte deriva deste poder, e por isso mesmo não pode comportar em si mesma a continuidade da unidade política. Esta como um todo pode seguir subsistindo apesar das reformas e mudanças da Constituição. Se uma Constituição é suprimida ou uma lei constitucional revogada, isso é sempre inconstitucional ou contrário à lei constitucional, pois esta não pode violar-se a si mesma ou suprimir a sua própria força. Porém, o Poder Constituinte não se suprime

16. CARL SCHMITT distingue força de autoridade. Em nota de rodapé escreve: A distinção entre força e autoridade não necessita ser explicada para a ulterior exposição desta Teoria Constitucional; porém, por sua grande importância para a Teoria Geral do Estado, a exporemos brevemente: o Poder (sempre efetivo por necessidade) lhe correspondem conceitos como soberania e majestade; autoridade, pelo contrário, significa um prestígio essencialmente baseado no elemento da *continuidade* e contém uma referência à tradição e permanência. Ambas as coisas, força e autoridade, são eficazes e vivas, uma junto a outra, em todo Estado. SCHMITT, Carl. *Teoría de la constitución*. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, s./d., p. 86.

17. SCHMITT, Carl. *Teoría de la constitucion*. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, s./d.

18. SCHMITT, Carl. *Teoría de la constitucion*, p. 101.

com isso. Se faz ativo de novo frente à nova situação; assim, a nova Constituição é emanção do mesmo Poder Constituinte da anterior Constituição suprimida e se assenta no mesmo princípio.¹⁹

O problema da continuidade em caso de mudança do sujeito do Poder Constituinte dá-se quando, na via revolucionária, sejam suprimidas não só a legislação constitucional e a Constituição, como também a espécie de Poder Constituinte que existia até então. Mediante uma revolução democrática, por exemplo, pode ser suprimido o Poder Constituinte do Monarca, e mediante um golpe de Estado, ou uma revolução monárquica, o Poder Constituinte do povo. Aqui se tem uma mudança do Poder Constituinte e uma completa destruição da Constituição. Em duas revoluções foi impugnada, pelos novos governos, a continuidade da unidade política, tanto desde o ponto de vista estatal (interno), como do internacional. CARL SCHMITT refere-se ao governo jacobino francês de 1793 e o governo soviético, que em maio de 1922, durante a conferência em Gênova, negou-se a pagar as dívidas da Rússia Czarista.²⁰

A teoria de CARL SCHMITT diverge da doutrina liberal no aspecto que diz respeito à legitimidade do poder. Para a doutrina liberal, a questão de fato não deve excluir a consideração da legitimidade do poder. "Foi precisamente uma profunda análise racional da legitimidade do poder,

contidas nas reflexões do contrato social, que fez brotar a teoria do poder constituinte. Quem diz poder constituinte está a dizer já legitimidade desse poder, segundo esta ou aquela idéia básica perfilhada, numa opção de crenças ou princípios".²¹

Quanto às características do Poder Constituinte como poder político inalienável, permanente, incondicionado e ilimitado, este é um terreno comum tanto no pensamento do autor alemão como da doutrina liberal. Tendo em vista, no entanto, o pensamento de CARL SCHMITT quanto à legitimidade do Poder Constituinte, o pensador alemão afasta-se ainda mais da possibilidade do estabelecimento de limites ao Poder Constituinte. Trabalhando a questão dos limites materiais em graus, verifica-se que a teoria de CARL SCHMITT possibilita com maior alcance a violação de qualquer limite, pois definitivamente afasta qualquer critério de "justiça" como fundamento de validade da ordem constitucional.

É necessário pontuar que a defesa da existência de limites materiais ao poder constituinte está assentada num teoria democrática do poder, em que o respeito a limites pelo Constituinte deve-se unicamente em nome do exercício democrático do Poder. E nesse ponto, é importante observar que a obra de CARL SCHMITT foi escrita num contexto histórico em que a democracia estava desprestigiada, com a ascensão de regimes totalitários nos quatro cantos do mundo e em especial na Europa.

19. SCHMITT, Carl. *Teoria de la constitution*, p. 105-108.

20. SCHMITT, Carl. *Teoria de la constitution*, p. 109.

21. BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*, p. 126.

Agora, até mesmo a idéia liberal de que a legitimidade do poder constituinte está assentada no seu titular não se reveste de meio seguro para, sem ressalvas, imaginar a existência de um poder absoluto, soberano, ilimitado e incondicionado.

4. O direito constitucional do segundo pós-guerra. A Alemanha como um lugar especial

Enviada pela Revista *The New Yorker*, em 1961, para fazer a cobertura do processo de Adolf Eichmann em Jerusalém, HANNAH ARENDT publicou um livro em maio de 1963 com alguns elementos que podem auxiliar na reflexão que aqui se busca.²²

Inicialmente é necessário pontuar que HANNAH, apesar de ser uma judia alemã e estar no Estado Judeu, não perdeu em nenhum momento o senso crítico, tanto no que diz respeito à análise da condução do julgamento, quanto aos fatos históricos em si. Consta da orelha do livro:

“Na Casa de Justiça de Jerusalém, o palco estava montado para um espetáculo de magnitude histórica: as vítimas de ontem alçadas à condição de juízes do antigo carrasco. (...) Tudo teria seguido como planejado, se ao menos o curso do processo não tivesse produzido a mais bizarra desproporção: quanto mais inflada a retórica da acusação, quanto maior o horror dos testemunhos, tanto mais se apagava e apequenava a figura

do ‘monstro’ na cabine de vidro. O fato não escapou aos olhos da filósofa (...). Esquivando-se à paixão reinante, ela pôde ver Eichmann em toda a sua mediocridade: um ativista de pouca inteligência, uma nulidade pronta a obedecer a qualquer voz imperativa, um funcionário incapaz de discriminação moral – em suma, um homem sem consistência própria, em quem os clichês e eufemismos burocráticos faziam as vezes de caráter.

(...) Eichmann descobre na própria mediocridade seu último trunfo: como condenar um funcionário honesto e obediente, cumpridor de metas, que não fizera mais do que agir conforme a ordem legal vigente na Alemanha de então?

A partir daí, fundindo o jornalismo político à reflexão histórica e filosófica, ARENDT explora as implicações do caso Eichmann: o que fazer das noções de culpa e responsabilidade no Estado burocrático moderno? Em que medida a tragédia do Holocausto deve servir para reformar o conceito usual de soberania e as relações entre os Estados?²³

A discussão proposta por HANNAH dá espaço para a reflexão sobre a questão moral e o Estado, no momento em que a validade e a eficácia de uma lei estejam reduzidas ao cumprimento dos ditames formais de sua elaboração. Quando perguntaram a Eichmann sobre a sua consciência, ele respondeu que “só ficava com a cons-

22. EICHMANN foi um funcionário da Alemanha nazista, raptado num subúrbio de Buenos Aires, por um comando israelense, em maio de 1960, levado a julgamento em Jerusalém no ano seguinte e executado, por enforcamento, em 1962.

23. ARENDT, Hannah. *Eichmann em Jerusalém. Um relato sobre a banalidade do mal*. São Paulo: Companhia das Letras, 1999.

ciência pesada quando não fazia aquilo que lhe ordenavam – embarcar milhões de homens, mulheres e crianças para a morte, com grande aplicação e o mais metucioso cuidado”.²⁴

O comportamento de Eichmann revela uma postura ainda presente nos agentes do Estado, no sentido de observar cegamente o comando normativo sem qualquer reflexão de conteúdo teleológico, que poderia pôr em questão a compatibilidade da norma a ser cumprida com os valores morais que norteiam a sociedade. Qual é a postura adequada do agente do Estado? Observar cegamente a lei e fazê-la cumpri-la? Ou questionar as leis quando tais atentarem contra um juízo mínimo de ética?

Ao escrever sobre o acusado (Eichmann), HANNAH faz a seguinte colocação:

“Em que sentido então ele se considerava culpado? Na longa inquirição do acusado, segundo ele ‘a mais longa que se conhece’, nem a defesa, nem a acusação, nem nenhum dos três juízes se deu ao trabalho de lhe fazer essa pergunta óbvia. Seu advogado, ROBERT SERVATIUS, de Colônia, apontado por Eichmann e pago pelo governo de Israel (...) respondeu à pergunta numa entrevista à imprensa: ‘Eichmann se considera culpado perante Deus, não perante a lei’, mas essa resposta nunca foi confirmada pelo próprio acusado. A defesa aparentemente teria preferido que ele se

declarasse inocente com base no fato de que, para o sistema legal nazista então existente, não fizera nada errado; de que aquelas acusações não constituíam crimes, mas ‘atos de Estado’, sobre os quais nenhum outro Estado tinha jurisdição (*par in parem imperium non habet*), de que era seu dever obedecer e de que, nas palavras de SERVATIUS, cometera atos pelos quais ‘somos condenados se vencemos e condenados à prisão se perdemos’.”²⁵

Em outro momento, HANNAH observa que “o que ele fizera era crime só retrospectivamente, e ele sempre fora um cidadão respeitador das leis, porque as ordens de Hitler, que sem dúvida executou o melhor que pôde, possuíam ‘força de lei’ no Terceiro Reich”. A autora lembra que “a defesa poderia ter citado, em apoio à tese de Eichmann, o testemunho de um dos mais conhecidos peritos em lei constitucional do Terceiro Reich, THEODOR MAUNZ, então Ministro da Educação e Cultura da Baviera, que afirmou, em 1943 (em *Gestalt und Recht der Polizei*): ‘O comando do *Führer* (...) é o centro absoluto da ordem legal contemporânea”.”²⁶

Sob o aspecto jurídico constitucional, REINHOLD ZIPPELIUS escreve que o regime nacional socialista caracterizou-se por ser uma Ditadura Autocrática totalitária, centrada no *Führerstaat*, em que o *Führer* centralizou em si toda a alta administração do Reich conduzindo, com poderes amplos e totais, toda a movimentação da adminis-

24. ARENDT, Hannah. *Eichmann em Jerusalém. Um relato sobre a banalidade do mal*, p. 37.

25. ARENDT, Hannah. *Eichmann em Jerusalém. Um relato sobre a banalidade do mal*, p. 32-33, (grifo nosso).

26. ARENDT, Hannah. *Eichmann em Jerusalém. Um relato sobre a banalidade do mal*, p. 35.

tração pública.²⁷ O fundamento de validade do direito estava no chamado *Führerprinzip*. Não obstante ainda a permanência legal da Constituição de Weimar, essa era “lida” sob a ótica do sistema nacional socialista e sob os valores que o fundamentavam.²⁸

O Poder Legislativo do *Reich*,²⁹ a política externa,³⁰ o comando das forças armadas,³¹ o Poder Judiciário,³² enfim, toda a organização do Poder,³³ estavam submetidos à decisão individual do *Führer*. Da mesma

forma o sistema federativo, que passou a estar todo centralizado nas mãos do *Führer*, desde o legislativo, a administração e o Judiciário dos *Länder*.³⁴

É necessário também pontuar a ausência dos direitos fundamentais no período nacional socialista. Ápice da razão do Estado, esse período da história alemã deve ser compreendido num contexto maior, que caracterizou o período entre guerras, o enfraquecimento da democracia como regime

-
27. *“Nach dem Selbstverständnis der nationalsozialistischen Staatsrechtslehre war der NS-Staat ein ‘Führerstaat’, für den eine Sonderstellung innerhalb der Staatsformen beansprucht wurde, der aber ohne Frage eine totalitäre, autokratische Diktatur im Sinne der Allgemeinen Staatslehre war. (...) Im Mittelpunkt des Staats stand die ‘Führergewalt’. Von ihr galt: ‘Der Führer vereinigt in sich alle hoheitliche Gewalt des Reiches; alle öffentliche Gewalt im Staat wie in der Bewegung leitet sich von der Führergewalt ab ... Die Führergewalt ist umfassend und total ... (Sie) ist nicht durch Sicherungen und Kontrollen durch autonome Schutzbereiche und wohlverordnete Einzelrechte gehemmt, sondern sie ist frei und unabhängig, ausschliesslich und unbeschränkt’.* ZIPPELIUS, Reinhold. *Kleine deutsche verfassungsgeschichte. Vom frühen mittelalter bis zur Gegenwart*. 5. ed., München: Beck, 1999, p. 137. Sobre a característica desse sistema estatal (nazista), ZIPPELIUS faz referência à obra de HÜBER, Ernst Rudolf. *Verfassungsrecht des grossdeutschen reiches*, 2. ed., 1939.
28. *“Diese Gewalt (Führergewalt) wurde nicht aus staatsrechtlichen Positionen der Weimarer Verfassung hergeleitet. Versteht man unter einer Revolution die wesentliche Umgestaltung der Grundstrukturen einer Verfassungsordnung, dann hatte Hitler recht, von der nationalsozialistischen Revolution zu sprechen’.* ZIPPELIUS, Reinhold. *Ob. cit.*, p. 137.
29. *“Alle gesetzgebende Gewalt im neuen Reich geht auf den Entscheid des Führer zurück ... Träger der gesetzgebenden Gewalt ist also stets der Führer selbst.”* HÜBER, Ernst Rudolf. *Ob. cit.*, p. 237. Citado por ZIPPELIUS, Reinhold. *Ob. cit.*, p. 139.
30. *“Der Führer ist auch, ‘der selbständige und unbeschränkte Träger der auswärtigen Gewalt ... Er bestimmt die gesamte Aussenpolitik des Reiches ab; er ist der Herr über Krieg und Frieden.’* HÜBER, Ernst Rudolf. *Ob. cit.*, p. 262. Citado por ZIPPELIUS, Reinhold. *Ob. cit.*, p. 139.
31. *“Er hat auch den militärischen Oberbefehl: Nach der Regelung vom 4. Februar 1938 ‘geht alle militärische Befehlsgewalt unmittelbar vom Führer selber aus; das Oberkommando der Wehrmacht ist keine selbständige Befehlsstelle, sondern ein militärischer Stab, der die militärischen Anordnungen des Führers vollzieht.’* HÜBER, Ernst Rudolf. *Ob. cit.*, p. 269. Citado por ZIPPELIUS, Reinhold. *Ob. cit.*, p. 140.
32. *“Als oberster Träger aller Gemeinschaftsfunktionen wird der Führer auch zum Träger der Gerichthoheit und der Gerichtsgewalt ... Der Führer ist der oberste Gerichtsherr des Volkes. Das lebendige völkische Recht wird im Volke in erster Linie durch den Führer verwirklicht, und der rechtsprechende Richter des neuen Reiches ist notwendig dem Führerwillen, der eben Ausdruck des höchsten Rechis ist, untergeordnet.”* HÜBER, Ernst Rudolf. *Ob. cit.*, p. 278. Citado por ZIPPELIUS, Reinhold. *Ob. cit.*, p. 140.
33. *“Es ist fast langweilig, zu sagen, dass auch die Organisationsgewalt ‘uneingeschränkt dem Führer’ zustand. ‘Die Errichtung aller öffentlichen Ämter und ihre Besetzung wird entweder unmittelbar vom Führer vorgenommen oder geht mittelbar auf ihn zurück.’* HÜBER, Ernst Rudolf. *Ob. cit.*, p. 272. Citado por ZIPPELIUS, Reinhold. *Ob. cit.*, p. 140.
34. *“Auch die föderativen Hindernisse einer in der Hand des Führers zentralisierten Staatsgewalt wurden hinweggeräumt. Nachdem durch das Gesetz vom 30.1.1934 ‘der Bundesstaat vernichtet und nur dem Reich noch wahrhafte Staatlichkeit zuerkannt war, konnte auch nur dem Reich ursprüngliche Hoheitsgewalt zustehen; die Landeshoheit konnte nur mehr vom Reich abgeleitete Hoheit sein’. Insbesondere, ‘die Gesetzgebungshoheit, die ein wesentliches Stück der alten Länderstaatlichkeit war, (wurde) ausschliesslich in die Hand des Reiches gelegt’. Auch alle Verwaltung war von jetzt ab nur noch Ausdruck der Reichsgewalt, die Landesverwaltung ‘nur mehr eine besondere Form der Reichsverwaltung’. Alle bisherigen Landesgerichte wurden zu Gerichten des Reiches.”* HÜBER, Ernst Rudolf. *Ob. cit.*, p. 324-330. Citado por ZIPPELIUS, Reinhold. *Ob. cit.*, p. 141.

político. Por certo que resgatar esse período da história constitucional e tentar compreendê-lo à luz dos dias atuais não possibilitará a compreensão dos fundamentos da legitimidade do Poder da época. Os direitos individuais, a garantia de uma esfera de liberdade, depunham contra o Estado, eram com ele incompatíveis.³⁵ Acima do indivíduo está o Estado, o senhor de todos, um ente que necessita ser conduzido por um líder, alguém que incorpore o espírito do povo. O indivíduo dá espaço para o coletivo, o paradigma liberal é substituído por um Estado forte, totalitário e que se impõe perante a sociedade.

Dessa experiência jurídica e política, e principalmente das conseqüências que dela advieram, o segundo pós-guerra caracterizou o direito constitucional pelo notável prestígio dos direitos fundamentais, que passaram a ser fundamento de legitimidade da ordem estatal. E em posição de vanguarda na dogmática dos direitos fundamentais esteve a jurisprudência e a doutrina alemãs, que nos últimos cinquenta anos muito produziram nessa matéria.³⁶

5. Há limites materiais ao Poder Constituinte?

Tem-se até hoje claro que I) o Poder Constituinte é um poder político e desta

forma ilimitado, detentor da necessária força para fazer valer uma nova ordem constitucional com total liberdade e amplitude; II) que os poderes constituídos possuem apenas uma autonomia de reforma da Constituição (atualização do texto constitucional), delimitada na própria constituição; III) que as chamadas cláusulas pétreas, com suas limitações expressas e implícitas, estão fora do alcance dos poderes constituídos de reforma da Constituição, mas não do Poder Constituinte, que pode alterá-las; IV) e que a atuação do Poder Constituinte é apenas balizada pelo direito natural.

Inicialmente é necessário ponderar acerca da relativização do conceito de soberania do Estado frente aos direitos humanos, no momento em que o sistema normativo de proteção internacional dos direitos humanos atribuiu ao indivíduo o *status* de sujeito de direito internacional. Neste sentido, de objeto das relações internacionais, o indivíduo se converte em sujeito, com capacidade de possuir e exercer direitos e obrigações de cunho internacional. Nas palavras de FLÁVIA PIOVESAN, "o reconhecimento de que os seres humanos têm direitos sob o plano internacional implica na noção de que a negação desses mesmos direitos impõe, como resposta, a responsabilização internacional do Estado

35. "Insbesondere die Freiheitsrechte des Individuums gegenüber der Staatsgewalt mussten verschwinden; sie sind mit dem Prinzip des völkischen Reiches nicht vereinbar." HÜBER, Ernst Rudolf. *Ob. cit.*, p. 361. Citado por ZIPPELIUS, Reinhold. *Ob. cit.*, p. 141. Esta fórmula foi também utilizada nas outras formas de fascismo, como, por exemplo, o italiano. "Superamento sostenuto, como noto, dallo stesso fascismo, che teorizzò tra l'altro, la sostituzione dei principi dell'individualismo liberale con il principio corporativo come norma base di solidarietà sociale per eliminare il contrasto Stato-individuo. Mas esso, privilegiando l'interesse superiore dello Stato, subordinava l'individuo allo Stato stesso: Tutto nello Stato, niente al di fuori dello Stato, nulla contro lo Stato, secondo la formula mussoliniana". OCCHIOCUPO, Nicola. *Liberazione e promozione umana nella costituzione. Unità di valori nella pluralità di posizioni*. Milano: Giuffrè, 1995, p. 27.

36. A título exemplificativo, pode-se citar os autores: ROBERT ALEXY, PETER HÄBERLE, KONRAD HESSE, OTTO BACHOF, CLAUDIUS WILHELM CANARIS, KARL LARENZ, FRIEDRICH MÜLLER, THEODOR VIEHWEG, entre outros.

violador. Isto é, emerge a necessidade de delinear limites à noção tradicional de soberania estatal, introduzindo formas de responsabilização do Estado na arena internacional, quando as instituições nacionais se mostram omissas ou falhas na tarefa de proteção dos direitos humanos internacionalmente assegurados".³⁷

O enfraquecimento do conceito tradicional de soberania estatal é também encontrado na nova ordem econômica e política internacional. Escreve ANDRÉ-JEAN ARNOUD que "por 'regulação jurídica', entendemos geralmente esse tipo de regulação social que passa pelo canal do direito. (...) Dizer o direito, atributo da soberania estatal segundo a concepção moderna do direito e do Estado, foi considerado durante muito tempo como a forma por excelência de regulação social. Essa visão nos foi legada pela filosofia 'moderna', isto é, o pensamento jurídico e político que se constitui entre o fim da Idade Média e o século XIX. As coisas mudaram muito".³⁸

No dizer do autor francês, "a autonomia dos Estados-nações viu-se bastante comprometida pela interdependência que se desenvolve no seio de uma economia globalizada. É bem verdade que a dependência recíproca entre os países criou uma

submissão inconcebível no passado pelos Estados soberanos. Oficialmente, a soberania do Estado não é recolocada em questão; mas, de fato, os governos recentemente sofreram, e sofrem cada vez mais, uma erosão de sua autoridade devido, entre outras, à porosidade das fronteiras, à dificuldade de controlar os fluxos fronteiriços monetários, de mercadorias e de informação, aos avanços tecnológicos".³⁹

Contrapondo-se à tese de uma fundamentação do poder constituinte no direito natural, é necessário resgatar o aspecto histórico que conduz toda ação humana. Neste sentido, imaginar a atuação do Poder Constituinte é por certo também compreendê-lo num contexto histórico específico, em que valores informaram a atuação do legislador quando da elaboração do texto constitucional. Da mesma forma, e essa é a grande contradição ou aparente contradição da idéia democrática, nem sempre a opinião do "povo", detentor do poder constituinte, pode se revelar a mais adequada aos valores fundamentais consolidados pela sociedade.⁴⁰

E nesse ponto específico é que surge a questão dos limites materiais, quando o povo, titular da soberania e em nome dela, promover retrocessos na garantia de direitos já consolidados. E daí surge a questão: o

37. PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*. 3. ed., São Paulo: Max Limonad, 1997, p. 34-35.

38. ARNOUD, André-Jean *O Direito entre modernidade e globalização. Lições de filosofia do direito e do estado*. Tradução de Patrice Charles Guillaume, Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p. 153-154.

39. ARNOUD, André-Jean *O Direito entre modernidade e globalização*, p. 154.

40. É precisa, neste ponto, a lição de FRIEDRICH MÜLLER no seu pequeno livro *Quem é o povo?* O autor lembra que todas as constituições democráticas utilizam-se do termo "povo" como forma de justificar o aparelho de Estado e o exercício da sua violência do seu poder enquanto "democrático". MÜLLER, Friedrich. *Quem é o povo? A questão fundamental da democracia*. 2. ed., (edição original em português), São Paulo: Max Limonad, 2000.

direito constitucional contemporâneo possui suficiente autonomia frente ao poder político de fato para legitimar como “constitucional” somente as ordens jurídico-política que atentem para alguns limites?

É importante esclarecer que tal perspectiva não se identifica com a idéia de direitos naturais anteriores ao poder constituinte e nem com a predeterminação formal que já em 1789, quando da Revolução Francesa, a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão dispunha, no seu art. 16, que para existir Constituição esta deveria dispor sobre a Separação dos Poderes e os Direitos Fundamentais. O momento é outro. Aqui se está a falar de limites materiais, ou seja, do conteúdo constante da Constituição.

Sobre os limites materiais, o Prof. OTTO BACHOF, em obra intitulada *Verfassungswidrige Verfassungsnormen?*,⁴¹ escreve, no prefácio para a edição portuguesa, que “as questões dos limites da atuação estatal em todas as suas formas – seja mesmo na veste da atuação constituinte –, da relação entre a legitimidade e a legalidade, das possibilidades e limites do controle judicial da legitimidade, têm de pôr-se em toda e qualquer ordem soberana que se sabe vinculada ao direito e à justiça: pois elas são, em último termo, as questões da essência, do sentido, da validade e da força obrigatória do direito”.⁴²

Essa discussão nos remete ao direito supralegal. Segundo BACHOF, “à Constituição, e à Constituição não só em sentido material, mas também em sentido formal, pertence igualmente o direito *supralegal*, na medida em que tenha sido positivado pelo documento constitucional. Uma norma jurídica que infrinja direito constitucional assim positivado será, portanto, *simultaneamente* contrária ao direito natural e inconstitucional”.⁴³ Continua o autor afirmando que “se uma norma constitucional infringir uma outra norma da Constituição, positivadora de direito supralegal, tal norma será, em qualquer caso, contrária ao direito natural (...), carecerá de legitimidade, no sentido de obrigatoriedade jurídica. Mas não tenho dúvida em qualificá-la também, apesar de pertencer formalmente à Constituição, como inconstitucional, se bem que o fundamento último da sua não-obrigatoriedade esteja na contradição com o direito supralegal: a *incorporação material* dos valores supremos na Constituição faz, porém, com que toda a infração de direito supralegal, deste tipo, apareça necessária e simultaneamente como violação do conteúdo fundamental da Constituição”.⁴⁴

Acerca do direito supraconstitucional, CLAUDE KLEIN aborda a questão, no entanto reduzida ao poder de revisão constitucional. KLEIN identifica dois tipos

41. Trabalho traduzido para o português por José Manuel M. Cardoso da Costa: BACHOF, Otto. *Normas constitucionais inconstitucionais?* Coimbra: Almedina, 1994.

42. BACHOF, Otto. Ob. cit., p. 1.

43. BACHOF, Otto. Ob. cit., p. 62.

44. BACHOF, Otto. Ob. cit., p. 62-63.

de limitações materiais: expressas e inerentes ao texto constitucional.⁴⁵

Retomando a questão proposta no título do trabalho, é de se indagar sobre a existência (ou não) de um direito supralegal (supraconstitucional) que vincule (ou não) o legislador constituinte.

Quanto à existência de um direito supralegal, este pode ser identificado nos princípios fundamentais que informam toda ordem democrática, qual seja, a dignidade da pessoa humana, compreendida em toda a sua extensão, e o pluralismo político, compreendido como elemento indispensável na configuração de um Estado democrático.

Ainda que aqui não se possa tratar a matéria na profundidade que ela merece, esta investigação fica como elemento instigador de questionamentos acerca dos princípios de justiça que informam a vida comunitária e que devem ser verdadeiras balizas na condução da ação política do homem. São requisitos necessários da existência de limites materiais a democracia pautada na soberania popular amplamente manifestada. A democracia aqui é também entendida não como a simples regra da maioria, mas sim também com a inserção dos elementos supraconstitucionais no seu conteúdo, portanto, uma democracia substancializada.

Quanto ao fato de estar ou não o legislador constituinte vinculado a tais

princípios supraconstitucionais, e se a legitimidade da ordem constitucional pode ser colocada em questão, uma ordem que se pretenda democrática necessita estar pautada por princípios de justiça que se estabelecem no seio da comunidade. O legislador constituinte deve estar atento, pois a não-correspondência do anseio popular na Carta Política poderá levar à falta de legitimidade do documento, verificável por um descompasso entre a realidade constitucional e a normativa constitucional. No entanto, esses princípios de justiça não podem ser extraídos sem uma adequada mediação, pois uma apressada visão do entendimento do "povo" sobre algumas questões fatalmente levaria a Constituição a retroceder na garantia, principalmente, de alguns direitos.⁴⁶

Essa preocupação tem seu fundamento, pois em uma sociedade de massas em que o poder da comunicação é exercido por poucos e de maneira, ainda, pouco democrática, a formação da opinião pública muitas vezes é manipulada, e dessa manipulação o recurso da consulta ao "povo", titular da soberania, pode resultar em uma opinião viciada.

Do exposto, nesta breve reflexão, pode se concluir que é necessário levar a discussão do direito constitucional sobre o poder constituinte para além dos elementos tradicionais que o informam. Neste sentido, o caminho é a determinação de limites

45. *"Mais, bien plus encore, s'agissant de la République fédérale allemande, ce système s'est accompagné de la mise en place d'une véritable limitation matérielle du pouvoir de révision (à travers le célèbre article 79, alinéa 3), authentique noyau dur d'une supraconstitucionalité enfin positivée."* KLEIN, Claude. *Théorie et pratique du pouvoir constituant*. Paris: Puf, 1996, p. 161-162.

46. É de referir-se, por exemplo, a pena de morte. Hoje, no Brasil, qualquer plebiscito sobre a pena de morte facilmente obteria aprovação. No entanto, a evolução humana impede tamanha brutalidade praticada pelo Estado, uma entidade política que deve garantir a vida.

materiais (direitos supraconstitucionais, supralegais) que devem informar todo poder constituinte democrático.

Considerações finais

Na abordagem de um tema tão inovador como o proposto neste texto, é necessário precisar alguns elementos centrais da discussão. Inicialmente, a necessidade de superação do conceito tradicional de poder constituinte como poder político absoluto, ilimitado e incondicionado em nome da existência, não de um direito natural, mas de supradireitos que se encontram cristalizados na consciência humana. Em outra oportunidade, quando da abordagem dos planos da racionalidade jurídica moderna, distinguiu-se entre os planos das racionalidades normativa, formal e material. “A racionalidade jurídica normativa, expressão da potencialidade emancipatória da racionalidade encontra-se, na modernidade, acima de todas as expressões de jurisdição, tanto da estatal, como das múltiplas expressões do Direito. A racionalidade jurídica normativa, voltada à redefinição do modelo de legalidade existente, possui em seu bojo um infindável arsenal contra toda forma de alienação, exploração, submissão. O seu arsenal de supradireito permite abarcar as múltiplas expressões do Direito. Os princípios que compõem a racionalidade normativa possuem critérios que foram assimilados pelo homem no decorrer da História e, devido ao grande desenvolvimento intelectual e social da humanidade, tais princípios são inabaláveis e, por isso, cons-

tituem instrumento de emancipação, pois toda tentativa de renegá-los recai no extremo oposto da emancipação: na alienação”.⁴⁷

Outro aspecto importante que é necessário reforçar diz respeito à adequada compreensão da democracia. O estabelecimento de limites materiais ao poder constituinte, em uma sociedade democrática em que o povo é o titular da soberania, vem justamente alargar o conceito liberal clássico de democracia formal para abarcar também uma idéia substancial de democracia, uma democracia com conteúdo. Neste aspecto, o conteúdo cristalizado como ideais de justiça passam a estar alheios inclusive à disposição do poder constituinte, que, na manutenção de uma sociedade democrática, não pode mais dispor sobre eles. É importante observar que tais afirmações só são válidas nas hipóteses de propostas de alteração do pacto constituinte com manutenção do regime democrático, pois qualquer tentativa de restabelecer regimes autoritários terá como elemento fático a força resultante do poder que se instaurar. Neste caso, restará apenas o levantamento da ilegitimidade de tal poder.

Referências bibliográficas

- ARENDRT, Hannah. *Eichmann em Jerusalém. Um relato sobre a banalidade do mal*. São Paulo: Companhia das Letras, 1999.
- ARNAUD, André-Jean. *O Direito entre modernidade e globalização. Lições de filosofia do direito e do estado*. Tradução de Patrice Charles Guillaume, Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

47. MALISKA, Marcos Augusto. *Pluralismo jurídico e direito moderno. Notas para pensar a racionalidade jurídica na modernidade*. Curitiba: Juruá, 2000, p. 125-126.

- BACHOF, Otto. *Normas constitucionais inconstitucionais?* Tradução para o português por José Manuel M. Cardoso da Costa, Coimbra: Almedina, 1994.
- BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 7. ed., São Paulo: Malheiros, 1997.
- DINIZ, Maria Helena. *Norma constitucional e seus efeitos*. São Paulo: Saraiva, 1989.
- FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Direitos humanos fundamentais*. 2. ed., São Paulo: Saraiva, 1998.
- FERREIRA, Pinto. *Curso de direito constitucional*. 7. ed., São Paulo: Saraiva, 1995.
- HESSE, Konrad. *Elementos de direito constitucional da república federal da Alemanha*. Porto Alegre: Fabris, 1998.
- KLEIN, Claude. *Théorie et pratique du pouvoir constituant*. Paris: Puf, 1996.
- LOEWENSTEIN, Karl. *Teoría de la constitución*. 3ª reimpressão, Barcelona: Ariel, 1983.
- MALISKA, Marcos Augusto. *Pluralismo jurídico e direito moderno. Notas para pensar a racionalidade jurídica na modernidade*. Curitiba: Juruá, 2000.
- _____. *O direito à educação e a constituição*. Porto Alegre: Fabris, 2001.
- MÜLLER, Friedrich. *Quem é o povo? A questão fundamental da democracia*. 2. ed., (edição original em português), São Paulo: Max Limonad, 2000.
- OCCHIOCUPO, Nicola. *Liberazione e promozione umana nella costituzione. Unità di valori nella pluralità di posizioni*. Milano: Giuffrè, 1995.
- PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*. 3. ed., São Paulo: Max Limonad, 1997.
- SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998.
- SCHMITT, Carl. *Teoría de la Constitución*. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, s./d.
- SIEYÈS, Emmanuel Joseph. *A constituinte burguesa (qu'est-ce que le tiers état?)*. Tradução de Norma Azevedo, Org. e Intr. de Aurélio Wander Bastos, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001.
- ZIPPELIUS, Reinhold. *Kleine deutsche verfassungsgeschichte. Vom frühen mittelalter bis zur gegenwart*. 5. ed., München: Beck, 1999.