



**PPGD**

Programa de  
Pós-Graduação em  
Direito Constitucional

**João Matheus Amaro de Sousa**

***TRATADOS DE  
DIREITOS HUMANOS***

como limite substancial  
ao poder constituinte  
derivado reformador



Editora Fundação Fênix

A abertura do Estado brasileiro à ordem internacional é pauta de discussão entre doutrina e jurisprudência, sobretudo quanto ao nível hierárquico dos tratados de direitos humanos. Desde a promulgação da CRFB/88, constitucionalistas como Flávia Piovesan, Antonio Augusto Trindade, Valério Mazzuoli etc. têm defendido o nível constitucional dessas normas convencionais; ao tempo que o STF altera seu entendimento: de natureza legal ou suprallegal para constitucional. Isso releva a importância dada ao critério hierárquico pelo sistema jurídico pátrio. Ocorre que o dinamismo e a complexidade das relações jurídicas exigem o dinamismo do direito constitucional. As teorias monista e dualista não se mostram aptas a solucionar as atuais demandas, o que faz nascer o pluralismo constitucional como proposta teórica, que contesta a supremacia normativa *in abstracto* como critério universal de resolução de controvérsias. Nesse contexto, surge a pergunta central da pesquisa, qual seja: as convenções de direitos humanos servem como parâmetro do controle jurisdicional de constitucionalidade/convencionalidade de normas constitucionais derivadas e como vetor de interpretação constitucional? Para responder esse questionamento, desenvolve-se pesquisa bibliográfica e documental com abordagem qualitativa, método hipotético-dedutivo e finalidade explicativa e descritiva. Ergue-se como hipótese que a elasticidade dos direitos fundamentais (art. 5º, §2º e 3º, da CRFB/88), a cláusula pétrea constante no art. 60, §4º, inciso IV, da CRFB/88; o fundamento dignidade da pessoa humana, dentre outros motivos, possibilitam esse controle jurisdicional na modalidade preventiva e repressiva. Para além da confirmação da hipótese, conclui-se que, diante de eventual colisão entre ordem interna e externa, não sendo exequível a harmonização, seleciona-se a norma, seja constitucional ou convencional, que mais e melhor tutela a pessoa humana. Por fim, a contribuição da pesquisa reside em refletir sobre o efeito da refiguração do sistema normativo pelo pluralismo constitucional na convivência entre normas do bloco de constitucionalidade; em que a jurisdição constitucional assume relevante papel na efetivação e na expansão dos direitos fundamentais e humanos ao, por exemplo, obstar medidas que atinjam o núcleo essencial desses direitos.



**Tratados de direitos humanos como limite substancial ao poder  
constituente derivado reformador**



## **Série Direito**

### **Conselho Editorial**

---

#### **Editor**

Ingo Wolfgang Sarlet

#### **Conselho Científico – PPG Direito PUCRS**

Gilberto Stürmer – Ingo Wolfgang Sarlet

Marco Felix Jobim – Paulo Antonio Caliendo Velloso da Silveira

Regina Linden Ruaro – Ricardo Lupion Garcia

#### **Conselho Editorial Nacional**

Adalberto de Souza Pasqualotto -PUCRS

Amanda Costa Thomé Travincas - Centro Universitário UNDB

Ana Elisa Liberatore Silva Bechara – USP

Ana Paula Gonçalves Pereira de Barcellos - UERJ

Angélica Luciá Carlini – UNIP

Augusto Jaeger Júnior – UFRGS

Carlos Bolonha – UFRJ

Claudia Mansani Queda de Toledo- Centro Universitário Toledo de Ensino de Bauru

Cláudia Lima Marques – UFRGS

Danielle Pamplona – PUCRS

Daniel Antônio de Moraes Sarmento - UERJ

Daniel Wunder Hachem - PUCPR e UFPR

Daniel Mitidiero - UFRGS

Denise Pires Fincato - PUCRS

Draiton Gonzaga de Souza - PUCRS

Eugênio Facchini Neto - PUCRS

Fabio Siebeneichler de Andrade - PUCRS

Fabiano Menke – UFRGS

Flavia Cristina Piovesan - PUC-SP

Gabriel de Jesus Tedesco Wedy – UNISINOS

Gabrielle Bezerra Sales Sarlet - PUCRS

Germano André Doederlein Schwartz – UNIRITTER

Gilmar Ferreira Mendes – Ministro do STF, Professor Titular do IDP e Professor aposentado da UNB

Gisele Cittadino - PUC-Rio

Gina Vidal Marcilio Pompeu – UNIFOR

Giovani Agostini Saavedra - Universidade Presbiteriana Mackenzie – SP

Guilherme Camargo Massaú – UFPel

Gustavo Osna - PUCRS

Hermes Zaneti Jr

Hermilio Pereira dos Santos Filho - PUCRS

Ivar Alberto Martins Hartmann - FGV Direito Rio

Jane Reis Gonçalves Pereira - UERJ

Juliana Neuenschwander Magalhães - UFRJ

Laura Schertel Mendes

Lilian Rose Lemos Rocha – Uniceub

Luis Alberto Reichelt – PUCRS

Luís Roberto Barroso – Ministro do STF, Professor Titular da UERJ, UNICEUB, Sênior Fellow na Harvard Kennedy School,  
Mônia Clarissa Hennig Leal – UNISC  
Otavio Luiz Rodrigues Jr – USP  
Patryck de Araújo Ayala – UFMT  
Paulo Ricardo Schier - Unibrasil  
Phillip Gil França - UNIVEL – PR  
Teresa Arruda Alvim – PUC-SP  
Thadeu Weber – PUCRS

### **Conselho Editorial Internacional**

Alexandra dos Santos Aragão - Universidade de Coimbra  
Alvaro Avelino Sanchez Bravo - Universidade de Sevilha  
Catarina Isabel Tomaz Santos Botelho - Universidade Católica Portuguesa  
Carlos Blanco de Moraes – Universidade de Lisboa  
Cristina Maria de Gouveia Caldeira - Universidade Europeia  
César Landa Arroyo - PUC de Lima, Peru  
Elena Cecilia Alvites Alvites - Pontifícia Universidade Católica do Peru  
Francisco Pereira Coutinho - Universidade NOVA de Lisboa  
Francisco Ballaguer Callejón - Universidade de Granada - Espanha  
Fernando Fita Ortega - Universidade de Valência  
Giuseppe Ludovico - Universidade de Milão  
Gonzalo Aguilar Cavallo – Universidade de Talca  
Jorge Pereira da Silva - Universidade Católica Portuguesa  
José João Abrantes – Universidade NOVA de Lisboa  
José Maria Porrás Ramirez - Universidade de Granada – Espanha  
Manuel A Carneiro da Frada – Universidade do Porto  
Paulo Mota Pinto – Universidade de Coimbra  
Pedro Paulino Grandez Castro - Pontificia Universidad Católica del Peru  
Víctor Bazán - Universidade Católica de Cuyo

João Matheus Amaro de Sousa

**Tratados de direitos humanos como limite substancial ao poder  
constituente derivado reformador**



Editora Fundação Fênix

Porto Alegre, 2022

Direção editorial: Ingo Wolfgang Sarlet  
Diagramação: Editora Fundação Fênix  
Concepção da Capa: Editora Fundação Fênix

O padrão ortográfico, o sistema de citações, as referências bibliográficas, o conteúdo e a revisão de cada capítulo são de inteira responsabilidade de seu respectivo autor.

Todas as obras publicadas pela Editora Fundação Fênix estão sob os direitos da Creative Commons 4.0 –  
[http://creativecommons.org/licenses/by/4.0/deed.pt\\_BR](http://creativecommons.org/licenses/by/4.0/deed.pt_BR)

Obra financiada com a verba do Projeto nº PROEX / Portaria CAPES - nº. 34/2006, nº 0622/2021 / 23038.010521/2021-86 para o mestrando do PPGD-UNIFOR



Série Direito – 57

#### Catálogo na Fonte

S725t SOUSA, João Matheus Amaro de  
Tratados de direitos humanos como limite substancial ao poder  
constituente derivado reformador [recurso eletrônico] / João Matheus Amaro  
de Sousa. – Porto Alegre : Editora Fundação Fênix, 2022.  
145 f. (Série Direito ; 57)

Dissertação (Mestrado) – Universidade de Fortaleza, Programa de Pós-  
Graduação em Direito, 2022.  
Orientador: Prof. Dr. Martonio Mont'alverne Barreto Lima.  
Disponível em: <<http://www.fundarfenix.com.br>>  
ISBN 978-65-81110-97-0  
DOI <https://doi.org/10.36592/9786581110970>

1. Direito constitucional. 2. Direitos humanos. 3. Jurisdição  
constitucional. 4. Pluralismo constitucional. 5. Cláusula pétrea. 6.  
Poder constituente reformador. I. Lima, Martonio Mont'alverne  
Barreto (orient.). II. Título

CDD: 340

Responsável pela catalogação: Lidiane Corrêa Souza Morschel CRB10/1721.



Ao meu avô Chico Pontes (*in memoriam*), pessoa analfabeta, mas crítica do conhecimento posto;

À minha mãe Socorro Pontes e aos demais familiares, defensores da aliança entre sabedoria, honestidade e desenvolvimento;

A todas as pessoas que sofrem injustiças.



## AGRADECIMENTOS

A gratidão é o sentimento genuíno e nobre de reconhecimento pelas benesses recebidas por atitude de outrem. Traduz-se como uma virtude que poucos gozam. Assim, prefiro correr o risco de esquecer-me de citar nomes de igual importância para o meu amadurecimento pessoal e profissional, do que deixar de agradecer:

À Fundação Edson Queiroz, pela concessão da Bolsa de Pós-Graduação Yolanda Queiroz, que me proporcionou a gratuidade do Mestrado em Direito Constitucional Público e Teoria Política na Universidade de Fortaleza.

Ao Prof. Dr. Jânio Pereira da Cunha, por incentivar-me a continuar na vida acadêmica, assim como pela parceria na participação de diversos eventos científicos; dentre eles, "I Jornadas Internacionales Desafíos en el campo de los derechos humanos" e "I Congreso Internacional sobre os Novos Desafios dos Direitos Humanos".

Ao Prof. Dr. Martonio Mont'Alverne Barreto Lima, não só pela orientação no desenvolvimento desta pesquisa, mas também pela compreensão diante das vicissitudes da vida.

Aos professores Mônica Mota Tassigny, Daniel Camurça Correia e Demerval Nunes de Sousa Filho, pela contribuição, que apresentaram a este trabalho no momento da qualificação.

Aos mestrandos Patrícia Albuquerque Vieira e Arthur Leite Lomônaco, por compartilharem vivências, competências, habilidades, conhecimentos e afeto. A trajetória do mestrado fez com que passassem de meros colegas para amigos.

Aos meus familiares, em especial à minha mãe e à minha irmã, pelo constante apoio nos meus estudos e, principalmente, pelo amor, que, todos os dias, eu percebo.

Ao meu avô (*in memoriam*), por ensinar-me que a ignorância é a semente mais frutífera do saber.

## ABREVIATURAS

ADI	Ação Direta de Inconstitucionalidade
ADPF	Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental
CADH	Convenção Americana de Direitos Humanos
CCJ	Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania
CN	Congresso Nacional
CorteIDH	Corte Interamericana de Direitos Humanos
CPE/2009	Constituição Política do Estado Plurinacional da Bolívia de 2009
CRFB/88	Constituição da República Federativa do Brasil de 1988
DUDH	Declaração Universal de Direitos Humanos
EC	Emenda Constitucional
HC	Habeas Corpus
MS	Mandado de Segurança
OIT	Organização Internacional do Trabalho
ONU	Organização das Nações Unidas
PEC	Proposta de Emenda Constitucional
PIDCP	Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos
PIDESC	Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais
RE	Recurso Extraordinário
RICD	Regimento Interno da Câmara de Deputados
RISF	Regimento Interno do Senado Federal
SIDH	Sistema Interamericano de Direitos Humanos
STF	Supremo Tribunal Federal
TCP	Tribunal Constitucional Plurinacional

"No meio do caminho tinha uma pedra. Tinha uma pedra no meio do caminho. Tinha uma pedra. No meio do caminho tinha uma pedra. Nunca me esquecerei desse acontecimento. Na vida de minhas retinas tão fatigadas. Nunca me esquecerei que no meio do caminho. Tinha uma pedra. Tinha uma pedra no meio do caminho. No meio do caminho tinha uma pedra". (Carlos Drummond de Andrade).

"Pedras no caminho? Guardo todas. Um dia vou construir um castelo".  
(Nemo Nox).



## SUMÁRIO

### PREFÁCIO

*Martonio Mont'Alverne Barreto Lima* ..... 17

**INTRODUÇÃO**..... 21

**1. SOBERANIA E TRATADOS DE DIREITOS HUMANOS** ..... 25

1.1 Da soberania absoluta ao Direito Internacional dos direitos humanos ..... 28

1.2 Quem exerce o poder soberano? ..... 34

1.3 Processo de internalização dos tratados internacionais ..... 39

1.4 Limite quanto ao conteúdo dos tratados internacionais ..... 43

1.5 Bloco de constitucionalidade e hierarquia dos tratados na ordem jurídico-constitucional brasileira ..... 46

1.6 O efeito dos tratados sobre as normas constitucionais ..... 49

1.6.1 Teoria monista e suas variações ..... 50

1.6.2 Teoria dualista e sua variação ..... 51

1.6.3 Pluralismo constitucional ..... 52

**2. PODER CONSTITUINTE DERIVADO REFORMADOR** ..... 59

2.1 Fundamentação do Poder Constituinte Derivado Reformador ..... 63

2.2 Procedimento de alteração formal da CRFB/88 ..... 66

2.3 Limitações substanciais do Poder Constituinte Reformador ..... 71

2.3.1 Limitação expressa ..... 75

2.3.1.1 Forma federativa de Estado ..... 76

2.3.1.2 Voto direto, secreto, universal e periódico ..... 78

2.3.1.3 Separação dos poderes ..... 79

2.3.1.4 Direitos e garantias individuais ..... 80

2.3.2 Limitações implícitas ..... 84

2.4 As cláusulas pétreas e os tratados internacionais de direitos humanos ..... 85

**3. CONTROLE JURISDICIONAL DE CONSTITUCIONALIDADE E CONVENCIONALIDADE**..... 91

3.1 Debate entre procedimentalista e substancialista ..... 95

3.2 Razoabilidade e proporcionalidade ..... 100

3.3 A máxima efetividade dos direitos fundamentais e a harmonização constitucional ..... 106

3.4 Novos vetores hermenêuticos da norma constitucional e legitimidade democrática da jurisdição constitucional ..... 110

3.5 STF e núcleos essenciais ..... 117

**CONCLUSÃO** ..... 123

**REFERÊNCIAS** ..... 129





## PREFÁCIO

Não parece resta muita dúvida que um dos temas mais relevante do constitucionalismo brasileiro após 1988 venha a ser aquele da recepção dos tratados de direitos humanos pela ordem jurídica interna. Não parece que seja necessário discorrer sobre a dificuldade de assimilação de referidos tratados no Brasil, onde uma organizada resistência incivilizada contra estes tratados procura se esconder em argumentos jurídicos, e, cinicamente, recorre à questão da soberania na expectativa de deter qualquer possibilidade de ampliação universal de direitos. Por outro lado, o registro da existência destas correntes não pode passar despercebido, especialmente quando alguns países, como o Brasil, escolheram governos adversários do mínimo patamar civilizatório democrático mundial pelo qual tanto ainda se peleja.

A complexidade do tema foi objeto da dissertação do jovem João Matheus Amaro de Sousa, defendida perante o Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade de Fortaleza, o que se encaixa na sua linha de pesquisa de direitos humanos. Estou certo de que o leitor julgará o trabalho que agora se publica na forma de livro, o que não me impede de, desde agora, recomendar a leitura. E creio ter bons motivos para referida recomendação.

Como de outro modo não poderia deixar de ser, o Autor inicia sua reflexão com o enfrentamento do tema da soberania *versus* a incorporação dos tratados no ordenamento jurídico interno. Digo que este é quase um problema inexistente, se se considera a perspectiva da racionalidade que construiu o conceito democrático de soberania. Não há motivo para se defender como limitação à soberania de uma nação que aceitou a inclusão de normas internacionais pelo encadeamento político econômico e jurídico, materializado sob a forma de uma constituição resultante de processo constituinte aberto. Não há que se falar em relativização da soberania quando sociedades assim se manifestam, seja por instrumentos normativos constitucionais ou infraconstitucionais. Num e noutro casos, a manifestação do poder constituinte por meio de seus constantes votos para eleger seus governantes, resolve qualquer deficiência democrática que se alegue neste sentido. De forma

acertada, esta reflexão trazida por João Matheus Amaro de Sousa serve como baliza para a elaboração de seu texto.

Realizado este passo, nosso Autor prossegue na análise do poder constituinte derivado e as relações com os tratados internacionais de direitos humanos, sem descuidar da atenção à forma de organização do Estado brasileiro que é a federada. Não sem razão este aspecto merece ser lembrado, quando se observa a diversidade cultural, étnica e religiosa do Brasil, a qual se deixa traduzir também nos conflitos que esta diversidade desencadeia e na necessária busca por soluções que torne possível sua convivência. Os tratados internacionais de direitos humanos e os atos internos executivos e normativos sobre o tema parecem indicar uma evidente direção de sabedoria: o respeito mútuo que haverá de se exigir dos diferentes. Não se trata de se impor uns aos outros as formas de vida cultural, étnica e religiosa: tratar-se-á de que estas distintas visões de mundo sejam respeitadas de forma recíproca. Se o Estado brasileiro aceitou tais condições no plano internacional, por meio de sua legítima representação exterior, não há como não se aceitar a legitimidade desta representação internamente, na forma de Estado federal que vivemos.

O passo seguinte e final do livro que ora vem a público não deixa de enfrentar o tema dos tratados internacionais e sua apreciação pelo Poder Judiciário, notadamente pelo Supremo Tribunal Federal e sua orientação jurisprudencial. Nesta altura do trabalho, João Matheus Amaro de Sousa observa as teses doutrinárias sobre o assunto, como aquela da máxima efetividade dos direitos fundamentais e a harmonização constitucional. Não quer dizer aqui que o Autor se orientou por um fácil idealismo de que a harmonização constitucional é o que deve prevalecer, como uma carta de boas intenções. O olhar que se nos apresenta é aquele de esta tarefa não cairá dos céus e deverá ser construída: por atores institucionais, como todos os Poderes do Estado; mas também pela sociedade, seja na forma de reflexão doutrinária ou pressão política que tanto caracteriza a vida democrática em conflito de qualquer sociedade que não aceita a submissão a autoritarismos. Aliás, a escolha do tema para o que foi uma dissertação de mestrado mostra que o Autor estava disposto a enfrentar os percalços da desilusão que a realidade histórica impõe, o que não significa desânimo para refletir sob a perspectiva de uma “filosofia da esperança”, como nos adverte Ernst Bloch. Distintamente de se lamentar o que

poderia ter sido, aquele que é animado pela esperança, já tomou sua decisão, conhece os desafios e parte para as lutas cultural, econômica, política e social que podem conduzir à escolha realizada. Uma vez escolhida uma constituição aberta e de pretensões universais, reconhece-se que as tragédias de extermínio e violência contra povos inteiros, como o século XX provou, não deverão se repetir. Eis a razão da energia dos que fazem uso do "princípio esperança".

Sob qualquer perspectiva que se olhe, ter-se-á em mão um trabalho bem escrito e pesquisado. E que pode oferecer importante contribuição ao debate nacional. É de se esperar que João Matheus Amaro de Sousa siga com seus estudos, uma vez que, com a presente publicação, resta provado sua vocação para a atividade científica.

Fortaleza, outubro de 2022.

*Prof. Dr. Martonio Mont'Alverne Barreto Lima.*



## INTRODUÇÃO

A pesquisa integra a linha de estudo em direitos humanos do mestrado em Direito Constitucional Público e Teoria Política do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade de Fortaleza, haja vista analisar a possibilidade da utilização dos tratados de direitos humanos, incorporados pelo Brasil, como parâmetro do controle jurisdicional de constitucionalidade/convencionalidade das normas constitucionais derivadas e como vetor hermenêutico do sistema jurídico-constitucional.

Tal a relevância do respectivo estudo que o Supremo Tribunal Federal (STF), em ocasiões distintas, posiciona-se diferentemente acerca do nível hierárquico desses documentos internacionais: do status infraconstitucional ao constitucional, intermediado pela tese da suprallegalidade. Conforme a compreensão adotada, tratados são excluídos, acrescidos ao bloco de constitucionalidade ou fazem parte de uma terceira categoria de normas – a suprallegalidade.

A sensibilidade e a atualidade do tema atinente à natureza jurídica dos tratados derivam da mudança paradigmática da compreensão estática de um sistema jurídico-normativo, pautada na supremacia constitucional, para uma visão dinâmica da hierarquia em atenção à complexidade das demandas surgidas em uma sociedade pluralista, que tem como princípio o pluralismo constitucional.

A pesquisa encontra justificativa não somente na ressignificação da centralidade, da superioridade e da normatividade do bloco de constitucionalidade sob o prisma do pluralismo<sup>1</sup>, mas também na ampliação do espaço tradicional do Tribunal Constitucional e do Judiciário, oriunda da abertura semântica da constituição, da vinculação do legislador aos direitos fundamentais e, sobremaneira, da contemplação de princípios atrelados aos direitos humanos.

Isso porque admitir os tratados de direitos humanos como parâmetros do controle de constitucionalidade e como pertencentes ao bloco de constitucionalidade promove alteração operacional e hermenêutica do sistema jurídico brasileiro. Operacional, uma vez

---

<sup>1</sup> Para Ana Paula Barcellos (2015), sob o ponto de vista metodológico-formal, a normatividade, a superioridade e a centralidade são características da Constituição decorrentes do neoconstitucionalismo. Amplia-se a ideia de Constituição para abarcar todas as outras normas com *status* constitucional.

que toda a ordem jurídica deve compatibilidade ao referido tratado, sob pena de inconstitucionalidade/inconvencionalidade. Hermenêutica, pois o intérprete, na busca pela compreensão da norma constitucional, é orientado pela elevada carga principiológica desses tratados.

Nesse contexto, a pergunta central é: é permitido ao Poder Judiciário, com base em tratados de direitos humanos, limitar materialmente o exercício do Poder Constituinte Derivado Reformador?

No caminho para se responder a este questionamento, os objetivos específicos da pesquisa são trabalhados, quais sejam: 1) pesquisar o nível hierárquico dos tratados de direitos humanos no Brasil e o procedimento de internalização; 2) investigar os limites quanto ao conteúdo de tais compromissos internacionais para que sejam considerados juridicamente válidos; 3) examinar se a internalização destas convenções promove alteração da ordem jurídico-constitucional; 4) verificar se elas impedem a propositura de proposta de emenda à constituição em sentido contrário; e 5) compreender o papel do Poder Judiciário na manutenção da unidade e da coerência do sistema jurídico.

Ergue-se como hipótese que a elasticidade dos direitos fundamentais, consagrada nos § 2º e 3º do art. 5º da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (CRFB/88), somada ao princípio fundamental da dignidade da pessoa humana, à distribuição de competências entre os poderes constituídos e à cláusula pétrea referente aos direitos individuais confere ao Poder Judiciário a prerrogativa de controlar prévia e posteriormente a alteração formal da Constituição (sentido amplo - bloco de constitucionalidade).

Para confirmar ou refutar a hipótese ora levantada, realiza-se pesquisa classificada<sup>2</sup> quanto ao objeto, como explicativa e descritiva, à medida que se pretende descrever as características principais do fenômeno jurídico em torno dos direitos humanos, estabelecer relações entre as variáveis e explicar o porquê deste fenômeno; quanto à abordagem, como qualitativa, por objetivar oferecer maior riqueza de dados, contextualizando as formulações teóricas.

---

<sup>2</sup> Usa-se como parâmetro classificatório da pesquisa científica as obras de Marconi e Lakatos (2017) bem como de Henriques e Medeiros (2017).

Classifica-se ainda quanto ao procedimento, como bibliográfica e documental, pois os trabalhos científicos (teses, dissertações, monografias, artigos etc.) e os documentos (públicos e privados, relacionados à temática) são fonte de dados; quanto ao método, como hipotético-dedutivo, já que busca pôr em teste de falseamento a hipótese, refutando-a ou confirmando-a.

Não obstante a pesquisa delimitar-se no processo de modificação constitucional em âmbito federal, a argumentação jurídica apresentada tem igual aplicação nos âmbitos estadual, distrital e municipal, visto que o Poder Constituinte Decorrente (estados e Distrito Federal) e a auto-organização/legislação do município se sujeitam, pelo pacto federativo, aos mesmos limites impostos ao Poder Constituinte Derivado Reformador, assim como a outros, que não os estuda por fugir do escopo da investigação.

Cumprе esclarecer que o intento é de compreender uma teoria geral dos direitos humanos na perspectiva do pluralismo constitucional e não de estudar os tratados em específico. Para isso, examina-se o ponto de contato entre eles e não as individualidades de cada um. Diz-se geral, justamente por ser destinada a todos os tratados de direitos humanos.

Estrutura-se a dissertação em 3 seções. A primeira seção aborda a ressignificação da soberania estatal em função da preocupação em garantir a proteção da pessoa humana contra as arbitrariedades, praticadas pelo próprio Estado no pretexto de cumprir a legalidade. Redimensionado o conceito de soberania e verificada a insuficiência da teoria monista e dualista para explicar o relacionamento entre ordem interna e externa, examina-se a repercussão jurídica da incorporação de tratados de direitos humanos no sistema normativo brasileiro.

Por sua vez, a segunda seção compreende o Poder Constituinte Derivado Reformador como um poder jurídico, fundado pela ação do constituinte originário, que legitima, condiciona e estabelece limites para o exercício daquele poder. Dentre esses limites, existem matérias, dados os valores que se buscam preservar, que se apresentam como irredutíveis. A necessidade de atualização do texto constitucional em face da alteração da realidade gera discussão no plano das possibilidades jurídicas (limitação formal e substancial) e da estabilidade da ordem jurídico-constitucional.

Por fim, na terceira seção, analisa-se a importância da jurisdição constitucional para a efetivação dos direitos fundamentais e humanos de modo a impedir a edição de normas constitucionais derivadas ou convencionais que reduzam o conteúdo essencial destes direitos ou de, uma vez editadas, repelir tais normas do sistema, na caminhada contra o retrocesso e com destino ao progresso no campo das conquistas da humanidade. Mostra-se que, pelo controle jurisdicional de constitucionalidade e convencionalidade, na garantia da unidade do sistema, há a seleção da norma mais benéfica à proteção do ser humano, seja ela constitucional ou convencional.

A contribuição da pesquisa, dentre outras, reside em refletir sobre o efeito da refiguração do sistema normativo pelo pluralismo constitucional na convivência entre normas do bloco de constitucionalidade, em que a jurisdição constitucional assume relevante papel na efetivação e na expansão dos direitos fundamentais e humanos ao, por exemplo, obstar medidas que atinjam o núcleo essencial desses direitos.



## 1. SOBERANIA E TRATADOS DE DIREITOS HUMANOS

Não há definição uniforme de soberania. Diversos são os modos de conceituá-la. Todavia, existe consenso entre os cientistas do Direito no sentido de compreendê-la como elemento caracterizador do Estado. Ou melhor, não se pode falar em Estado sem se analisar a soberania.

Para Hermann Heller (2015), soberana é a organização mais forte dentro do seu território, que cria as normas, tem monopólio da coação física legítima, auto-organiza-se e funda o Estado. É, pois, a soberania termo que designa a capacidade real de uma unidade de poder em que se é permitida a utilização da força para repelir toda vontade que ameace a unidade de dominação. Esse poder não se localiza em um único membro da organização, senão na organização em conjunto.

Disso decorre a necessidade de divisão do poder, cada um com sua competência específica, e o fato de o exercício do poder social pelo governante ser fruto da imputação social (consentimento do povo). Com efeito, para Heller, a decisão voluntária do povo tem papel importante na formação dos grupos humanos (MARTÍN, 2015).

A construção da teoria de Hermann Heller tem como ponto de partida a concepção de que se faz imprescindível para a conservação da comunidade humana a existência de uma esfera de decisão universal e suprema. Universal porque abrange qualquer assunto da sociedade. Suprema por não reconhecer instância superior com aptidão de apreciar apelo contra suas decisões (FERNANDES, 2007).

Para Heller, se se concebe o Estado como abstração, então ele não é soberano, visto que encontra sua unidade no povo, que é o verdadeiro titular da soberania. Esta, exercida através dos princípios da maioria e da representação; axiomas esses que unificam a pluralidade de vontades. Se compreender o Estado como uma unidade de vontade, ele não é ficção, mas o resultado de um processo social real em que tal unidade independe de outra decisão, logo, ele é soberano. Essa soberania não lhe é própria, deriva ela da soberania do povo. Destarte, enxergado o Estado como ficção ou unidade, a soberania popular é seu fundamento (TAIAR, 2009).

Paulo Bonavides (2000) vislumbra duas dimensões da soberania, quais sejam: interna e externa. Na primeira, o Estado não reconhece, em seu território, nenhum

poder superior ao dele, todos os outros poderes sociais estão a ele vinculados. Enquanto, na segunda, diz respeito à independência dos demais Estados. Nessa perspectiva externa, os Estados se apresentam com fortalezas protegidas pelo princípio da não ingerência (ZAGREBELSKY, 2011).

Na concepção de Newton de Menezes Albuquerque (2001), a soberania traduz-se como conceito político e relacional. Político, porque estrutura o Estado, delimita atribuições e define direitos; relacional, já que só se pensa em poder soberano quando o compara com outros poderes. Portanto, concreto à medida que demanda estudo *in concreto* dos poderes inseridos no território estatal.

Ao contrário do que se imagina, a soberania não é obstáculo ao Direito Internacional. Em verdade, traduz-se como requisito da mencionada ramificação do direito, visto que pressupõem a manifestação de vontade de dois ou mais Estados soberanos. Nesse sentido, a adesão da organização estatal a tratados ou a convenções internacionais, seja qual for a matéria – direitos humanos ou outra – não implica renúncia da soberania, mas significa ato de voluntariedade pelo qual o Estado, uma vez celebrados, se vincula (HELLER, 2019).

O Direito Internacional, ensina Gustavo Zagrebelsky (2011), também se exterioriza na luta de soberanias, já que se trata de uma eventualidade regulada e, portanto, não vedada. Mas a coexistência pacífica destas é priorizada, mediante a criação de relações jurídicas paritárias, isto é, horizontais entre os Estados, disciplinadas por tratados e costumes internacionais.

As obrigações constantes em normas convencionais, para Hermann Heller, não descaracterizariam o caráter absoluto de soberania, em vez disso, o reafirmaria, uma vez que se trata de um sustentáculo do Direito Internacional (TAIAR, 2009).

Importa registrar que diversas são as terminologias utilizadas para tratados. No Brasil, empregam-nas indistintamente e de forma aleatória, quais sejam elas: ajuste, acordo, código, constituição, convênio, pacto, memorando, estatuto, convenção, arranjo, carta, ata, protocolo etc. Exclusivamente, o termo concordata assume significado próprio: refere-se aos tratados em que a Santa Fé é uma das partes e que se tem por objeto as missões apostólicas, a organização do culto e as relações entre o Estado co-pactuante e a Igreja católica (RIBEIRO, 2006).

Conceitua-se tratado com a exteriorização da vontade (elemento volitivo) de dois ou mais sujeitos do Direito Internacional com capacidade para tanto (capacidade para celebrar tratados) que estabeleçam um enunciado que promova alteração da situação jurídica existente até então, expressada em documento formal (geralmente por escrito) regido diretamente pelo Direito Internacional (BARBERIS, 1982).

Fala-se em sujeito do Direito Internacional para incluir as organizações internacionais nessa definição. Observa-se, contudo, que somente com a Convenção de Viena sobre Direito dos Tratados de 1986 tais organizações foram contempladas (art. 2º, 1, alínea a);<sup>1</sup> a Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados de 1969, resultante dos trabalhos da Comissão de Direito Internacional, que é uma instituição das Nações Unidas, apenas possibilita a celebração de tratados por Estados (art. 2º, 1, alínea a).<sup>2</sup> Houve, assim, ampliação subjetiva das possibilidades de celebrar tal fonte do direito (VÁZQUEZ, 2005).

Nessa seção, estuda-se o compartilhamento da soberania como meio para a proteção internacional dos direitos humanos, muitas vezes, internalizados na ordem pátria por tratados. Para isso, analisa-se o procedimento de formalização destes tratados, os limites de conteúdo inerentes a eles e a discussão sobre sua posição hierárquica, que envolve doutrina, jurisprudência e reforma constitucional.

Após essa abordagem do *status* normativo, teorias que buscam explicar o relacionamento entre ordenamento interno e internacional são problematizadas à luz do contexto vivenciado pelo Estado brasileiro no século XXI. Nessa problematização, é encontrado o pluralismo constitucional como teoria adequada para responder aos atuais questionamentos jurídicos dessa interação.

---

<sup>1</sup> Art. 2º, 1, alínea a da Convenção de Viena sobre Direito dos Tratados entre Estados e Organizações Internacionais ou entre Organizações Internacionais. "Tratado' significa um acordo internacional regido pelo Direito Internacional e celebrado por escrito i) entre um ou mais Estados e uma ou mais organizações internacionais; ou ii) entre organizações internacionais, quer este acordo conste de um único instrumento ou de dois ou mais instrumentos conexos e qualquer que seja sua denominação específica" (BRASIL, 2015).

<sup>2</sup> Art. 2º, 1 alínea a da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados de 1969. "'Tratado' significa um acordo internacional concluído por escrito entre Estados e regido pelo Direito Internacional, quer conste de um instrumento único, quer de dois ou mais instrumentos conexos, qualquer que seja sua denominação específica" (BRASIL, 2009a).

Importa salientar que temas relacionados ao objeto da pesquisa, mas periféricos, isto é, aqueles que circundam o objeto em si, não foram detalhadamente desenvolvidos. Houve apenas exposição de breves comentários, sem pretensão exaustiva.

### **1.1 Da soberania absoluta ao Direito Internacional dos direitos humanos**

Como o constatado no introdutório dessa seção, o Direito Internacional não nega a soberania estatal. Em verdade, esta é pressuposto da existência daquele, todavia, não na sua concepção absoluta à medida que a internacionalização dos direitos humanos redimensiona seu significado. Malgrado o processo de internacionalização desses direitos ter precursores diferenciados segundo a doutrina adotada, a identificação da tutela do ser humano como matriz normativa é comum.

Nesse sentido, Flávia Piovesan (2018) cataloga os três primeiros marcos desse processo, quais sejam: Direito humanitário, Liga das Nações e Organização Internacional do Trabalho (OIT). Entende que contribuem para esse processo ao designar a manutenção da paz e da segurança internacional como objetivos internacionais; ao fixar padrões globais mínimos de condições de trabalho; ao proteger os direitos fundamentais daqueles que estão no contexto de conflito armado, entre outras colaborações.

O primeiro marco consiste no Direito humanitário enquanto conjunto de normas convencionais e/ou consuetudinárias que têm por finalidade solucionar problemas de cunho humanitário derivados dos conflitos armados. Para isso, restringe a utilização de determinados métodos ou meios de combate. Trata-se de pretensão de equilíbrio entre as necessidades militares e o princípio da humanidade (tutela da pessoa humana), ou melhor, entre os meios indispensáveis para vencer o adversário e aqueles que apenas denotam crueldade (SALMÓN, 2004). Essas regras de condutas contribuem para minimização dos danos e dos sofrimentos ocasionados pela guerrilha (HERNÁNDEZ, 2015).

O segundo refere-se à Liga das Nações, criada após a Primeira Guerra Mundial, que tinha a intenção de instituir, dentro do sistema de Estados soberanos,

uma nova ordem internacional pautada na preservação da paz e na garantia da segurança internacional, em que haveria ação coletiva dos seus Estados membros em caso de agressão a qualquer deles. Essa organização simboliza a primeira tentativa de institucionalizar o princípio da segurança coletiva. Entretanto, essa tentativa resta frustrada pelo advento da Segunda Guerra Mundial (GUIU, 2009).

O terceiro, por fim, é OIT que foi concebida pelo Tratado de Versalhes como uma parte da Liga das Nações. Mas que, mesmo ao perpassar pela Segunda Guerra Mundial, sobrevive o desaparecimento dessa Liga e torna-se independente. Seu objetivo principal é promover os direitos e as liberdades dos seres humanos de modo a dignificar o trabalho humano. Sua colaboração nessa empreitada é tão significativa que a referida organização é agraciada com o Prêmio Nobel de Paz de 1969 (ESPIELL, 1978).

Observa-se que estes três marcos elencados por Flávia Piovesan são o reflexo da preocupação internacional em assegurar que os atos comissivos e omissivos do Estado sejam direcionados à proteção dos direitos e das liberdades individuais da pessoa humana, principalmente contra o arbítrio estatal.

Por outro lado, Nikken (1989) aponta que, antes desses marcos, já havia manifestações concretas que reconheciam direitos individuais inerentes ao ser humano com força de lei, que obriga o Estado a respeitá-los e protegê-los, a saber: as revoluções norte-americana, francesa e de independência da América Hispânica são as primeiras.

A Revolução norte-americana foi a primeira revolução liberal do século XVIII. Os revolucionários das antigas colônias inglesas sentiram a necessidade de redigir declarações de direitos e também a Constituição (PORTELA, 2014). Dois documentos se destacam: *Bill of Rights* de Virgínia (12 de junho de 1776)<sup>3</sup> e Declaração de Independência (04 de julho de 1776).<sup>4</sup> Ambos anunciam, desde logo, alguns direitos do indivíduo, a exemplo do direito à vida, à liberdade e à busca por felicidade.

---

<sup>3</sup> "[...] Todos os homens nascem igualmente livres e independentes, têm direitos certos, essenciais e naturais dos quais não podem, pôr nenhum contrato, privar nem despojar sua posteridade: tais são o direito de gozar a vida e a liberdade com os meios de adquirir e possuir propriedades, de procurar obter a felicidade e a segurança" (VIRGÍNIA, 1776).

<sup>4</sup> "[...] que todos os homens são criados iguais, dotados pelo Criador de certos direitos inalienáveis, que entre estes estão a vida, a liberdade e a procura da felicidade [...]" (EUA, 1776).

A existência desses direitos, que se aplicam a todos os homens de qualquer nacionalidade, é prévia às relações sociais, políticas e jurídicas. Entretanto, em contradição entre previsão normativa e prática, os negros sujeitavam-se à escravidão. Não obstante a proibição de escravatura ser inserida, na redação original da Declaração de Independência, pelo redator Thomas Jefferson, o Congresso Geral suprime do texto tal interdito ao concordar com o posicionamento de Carolina do Sul e Georgia, consistente na defesa da manutenção do sistema escravocrata. Este sistema permanece, nos Estados Unidos, até 1808. Nesse ano, o Congresso foi autorizado a aboli-lo, mas não de modo obrigatório (MIRALLES, 1990).

Por sua vez, fruto da Revolução Francesa, a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão (aprovada em 26 de agosto de 1789), segundo Noberto Bobbio (1990), representa, ao menos simbolicamente, momento decisivo que delimita o fim de uma etapa e o começo de outra, uma mudança no curso da história da humanidade. É um exemplo de evolução do mundo contemporâneo rumo à abolição da escravidão (SOBOUL, 1981). Isso porque tal documento estabelece que os homens sejam livres e iguais em direitos de modo que a finalidade dos Estados é a conservação dos direitos naturais e imprescindíveis do homem, a saber: liberdade, propriedade, segurança e resistência à opressão (FRANÇA, 1789).

Outra precursora da internacionalização do direito humano é, para Nikke (1989), a Revolução de independência da América Hispânica, na qual o Congresso Geral da Província de Caracas, em 1 de julho de 1811, proclama a Declaração dos Direitos dos Povos, considerada a primeira declaração de direitos fundamentais com status constitucional após os ditames das Revoluções francesa e norte-americana (BREWER-CARÍAS, 2012).

As supracitadas revoluções constituem importantes acontecimentos que repercutiram no surgimento dos direitos fundamentais de primeira geração, isto é, direitos civis e políticos, que exigem um comportamento abstencionista do Estado, mas garantidor da segurança. Nesse sentido, os direitos fundamentais desempenham a função de defesa do indivíduo em dupla perspectiva: no plano jurídico-objetivo, há normas impeditivas da ingerência do Poder Público na esfera jurídica individual e, conseqüentemente, no plano jurídico-subjetivo, reside o poder

de exercer esses direitos (liberdade positiva) e de reivindicar omissões pelo ente público (liberdade negativa) de modo a evitar agressões estatais (CANOTILHO, 2003).

Esses ancestrais reconhecidos por Piovesan e Nikke, em maior ou menor medida, introduziram a matéria direitos humanos no debate internacional. Contudo, foi a pedagogia da Segunda Guerra Mundial que promoveu alterações sistemáticas no âmbito do Direito Internacional.

A experiência com as atrocidades ocasionadas pelas duas grandes guerras mundiais registradas no século XX, sobretudo, com o nazismo na Alemanha e o fascismo na Itália, fez com que os povos e os Estados se mobilizassem rumo a tornar a dignidade da pessoa humana um primado a ser angariado e tutelado no propósito de impedir o ressurgimento de novo contexto de desprezo generalizado à condição humana. Sob esse prisma, nasce, em 1945, a Organização das Nações Unidas (ONU). Três anos após essa criação, em 1948, a Declaração Universal de Direitos Humanos (DUDH) é aprovada como uma compilação de princípios e axiomas universais (PIOVESAN, 2001).

De acordo com Flávia Piovesan (2001), inova tal declaração a gramática dos direitos humanos ao apresentar acepção contemporânea, que caracteriza os referidos direitos como universais e indivisíveis. Universais porque a titularidade desses direitos está na condição humana e tão somente nela. Indivisíveis, pois se satisfazem mutuamente, em outras palavras, a efetivação de um não implica a eliminação do outro.

Para Ramos (2005), a DUDH, na forma de Resolução da Assembleia Geral da ONU, reunida em 10 de dezembro de 1948, veio evidenciar quais seriam esses direitos humanos contemplados genericamente na Carta de São Francisco, que funda o sistema universal de proteção dos direitos humanos.

A importância desse documento foi tamanha que se transformou em princípio geral do Direito Internacional com qualidade, na ótica de muitos teóricos, de norma *jus cogens*. Vale dizer, todavia, que atribuir tal propriedade a todas as disposições da declaração acaba por fragilizá-las (VIANA, 2017), uma vez que as proibições *jus cogens* perderiam sua essência de exigibilidade de observância por todas as nações (ACOSTA-LOPEZ; DUQUE-VALLEJO, 2008).

Decerto, várias disposições da Declaração de 1948 podem ter este atributo, enquanto a força vinculante de outras se deve à sua qualidade de costume, norma convencional (contemplada em tratado) ou em princípio geral de direito (ACOSTA-LOPEZ, DUQUE-VALLEJO, 2008).

Com a adoção dessa declaração, inicia-se a fase de constituição de um amplo sistema de proteção dos direitos humanos, no plano internacional, em superação da concepção absoluta de soberania nacional. Essa internacionalização resulta na celebração de diversos tratados, dentre eles – Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos (PIDCP) e Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (PIDESC) (DORNELLES, 2004).

O PIDCP, adotado, em 19 de dezembro de 1966, pela Assembleia Geral das Nações Unidas, contempla o conjunto de direitos do indivíduo de modo mais abrangente do que a Declaração Universal dos Direitos Humanos. Inúmeros princípios encartados em seu texto se mostram genéricos, o que vem a ser detalhado em outros diplomas internacionais (LEITE; MAXIMIANO, 2021).

Também elaborado em 1966, o PIDESC tem como objetivo fornecer efetividade às disposições da Declaração da ONU de 1948. Para isso, cria obrigações legais aos Estados e, mediante adesão ao Protocolo Facultativo do PIDESC, possibilita a responsabilização internacional em caso de descumprimento dos comandos ali determinados (BECKERS; VILLATORE, 2020).

Finda a fase dos tratados gerais, os que têm alcance universal e versam sobre uma pluralidade de direitos humanos. A exemplo do PIDCP e do PIDESC, nascem os tratados sobre temas específicos (Convenção sobre a Imprescritibilidade dos Crimes de Guerra e dos Crimes contra a Humanidade, *verbi gratia*); em sequência, os que tutelam determinada categoria de pessoas (a título exemplificativo, a Convenção dos Direitos da Criança); e, por fim, os que interditam a discriminação, tais como: a Convenção para a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial, a Convenção sobre a Repressão ao Crime de Apartheid etc. (RAMOS, 2005).

Sobre esse aumento de direitos, Sachs (1998, p. 149) comenta que “[...] é o resultado de lutas, e que muitas vezes eles são conquistados nas barricadas, num processo histórico pleno de vicissitudes, por meio do qual as necessidades e as aspirações se articulam em reivindicações e bandeiras de luta antes de serem



reconhecidas como direitos".

Sachs (1998) relata, contudo, que, na prática, malgrado a indivisibilidade dos direitos humanos, há hierarquização na aplicação de variados direitos sociais e econômicos diante da escassez dos meios e da multiplicidade das necessidades; mesmo que a proposta da Declaração e do Programa de ação de Viena, adotados na Conferência Mundial sobre os Direitos Humanos, seja em sentido contrário.

Ao lado do sistema global, desenvolvem-se, segundo os princípios e os valores da DUDH, os sistemas regionais de direitos humanos, compostos por agrupamento de países de determinado continente. São três os principais sistemas regionais, quais sejam: europeu, interamericano e africano. Cada um deles tem sua própria normativa jurídica.

Pioneiro na regionalização da proteção internacional da humanidade, o sistema europeu tem como norma jurídica base a Convenção Europeia de Direitos Humanos de 1950, que cria originariamente a Corte e a Comissão Europeia de Direitos Humanos. Entretanto, com o Protocolo nº 11 (que entrou em vigor em novembro de 1998), esta desaparece em razão da fusão com aquela (PIOVESAN, 2018).

Por sua vez, o Sistema Interamericano de Direitos Humanos (SIDH) apresenta como principal documento a Convenção Americana de Direitos Humanos de 1969 (CADH), que institui a Corte e a Comissão Interamericana de Direitos Humanos (PIOVESAN, 2018).

O último sistema regional desenvolvido até agora é o africano cuja estrutura se assemelha ao do SIDH. Seu instrumento basilar é a Carta Africana dos Direitos Humanos e dos Povos de 1981, que funda, de início, tão somente a Comissão Africana de Direitos Humanos, mas que, com o Protocolo à Carta em 1998, se justapõe à tal comissão a Corte Africana de Direitos Humanos (PIOVESAN, 2018).

Assim, apercebe-se que a internacionalização dos direitos humanos é a bonança advinda da reflexão sobre os horrores acarretados à humanidade pelas duas grandes guerras mundiais e, sobremaneira, pelo genocídio, que registra o século XX. Com efeito, a preocupação em garantir tutela à pessoa humana ganha a natureza de princípio global, que deve ser perseguido por todos os Estado do mundo para que haja impedimento do retorno à experiência de violência generalizada.

Atualmente, não é mais factível que um Estado alegue, em defesa de suas condutas transgressoras aos direitos humanos, “[...] que a proteção de direitos humanos faz parte de seu domínio reservado, e que eventual averiguação internacional (mesmo que mínima) da situação interna de direitos humanos ofenderia sua soberania” (RAMOS, 2005, p. 77-78).

Encerrada a exposição acerca da relativização da soberania nacional em função do Direito Internacional dos direitos humanos, passa-se a investigar, no próximo tópico dessa seção, qual órgão, dentro dos limites territoriais do Estado, exerce o poder soberano.

## 1.2 Quem exerce o poder soberano?

A legitimidade para exercer o poder soberano é conferida ao Poder Executivo, ao Parlamento, ao Poder Judiciário ou à Corte Constitucional? A resposta a tal questão traz à tona a distinção entre titularidade e exercício da soberania, haja vista que nem sempre há coincidência entre o titular e o exercente. Isso varia segundo o regime político adotado pelo Estado. Por exemplo, na democracia indireta, o povo titulariza a soberania, mas quem a exerce são seus representantes. A complexidade dessa pergunta enseja debate entre juristas que divergem em torno do órgão competente para dizer a última palavra em matéria constitucional.

Carl Schmitt (2009), ao debruçar acerca da Constituição Alemã (Weimar) de 1919, associa a soberania à arte de decidir, ao monopólio da decisão. Para ele, soberano é quem decide sobre o estado de exceção, isto é, situações de extrema necessidade, de perigo à existência do Estado e de anormalidade, em que se suspende o direito com o desiderato de assegurar a própria conservação estatal. Esses casos excepcionais não estão exaustivamente contemplados no texto constitucional, pois o art. 48 da supramencionada Constituição<sup>5</sup> confere ao

---

<sup>5</sup> Tradução por Martonio Mont’Alverne Barreto Lima: “Art. 48 [Medidas sobre perturbação e segurança da ordem] Quando um Estado (*Land*) não cumprir as obrigações que lhe são impostas pela Constituição ou pelas leis do *Reich*, poderá o Presidente do *Reich* socorrer-se de meios armados para seu restabelecimento. O Presidente do *Reich* poderá, nos casos de grave perturbação da ordem e segurança públicas, ou de sua ameaça no *Reich* Alemão, tomar as medidas necessárias para seu restabelecimento, inclusive com recurso a meios armados. Para tais objetivos, podem ser suspensos, em parte ou no todo, os direitos fundamentais dos artigos 114, 115, 117, 118, 123, 124 e 153 [da

Presidente do *Reich* a faculdade de declarar o estado de exceção. Nessa ótica, a exceção insere-se na discricionariedade do chefe do Poder Executivo.

Justifica essa liberdade decisória no desempenho do poder neutro pelo presidente, porque, não obstante esteja situado no mesmo patamar hierárquico dos demais poderes, coordena-os. Além disso, sua função de integração política (representação do Estado Total) garante não só a Constituição, mas também a unidade do povo (BERCOVICI, 2003).

A exclusão do Parlamento da guarida da Constituição se deve ao fato de haver contradição entre a unidade/homogeneidade do povo e o pluralismo do Parlamento, já que enquanto a homogeneidade do povo é característica essencial da democracia, o Poder Legislativo tem como traço marcante o pluralismo (BERCOVICI, 2003).

Igualmente, o Poder Judiciário, por não ser superior ao Poder Legislativo, não poderia realizar o controle de constitucionalidade, tendo em vista que a sentença judicial constitui o resultado da mera subsunção entre o fato ocorrido e a lei, ou seja, a atividade do órgão jurisdicional se resumiria a aplicar a lei ao caso concreto. Somente em Estado judicialista – em que toda a vida política submete-se ao controle dos tribunais – haveria jurisdição constitucional (BERCOVICI, 2003).

Não obstante a concepção schmittiana basear-se na Constituição de Weimar, a semelhança textual e semântica do seu art. 48 com os arts. 136 e 137 da CRFB/88 justifica a avaliação da aplicabilidade da mencionada teoria no sistema jurídico

---

Constituição]. O Presidente do *Reich* deverá imediatamente dar conhecimento ao Parlamento (*Reichstag*) de todas as medidas tomadas na conformidade dos parágrafos 1 ou 2 deste artigo [anteriores]. Por exigência do Parlamento as medidas poderão perder sua eficácia. Ante a iminência de perigo, poderá o Governo Estadual dispor de medidas provisórias do parágrafo 2 em seu território. Por exigência do Presidente do *Reich* ou do Parlamento tais medidas poderão perder sua eficácia. Lei do *Reich* regulamentará a matéria". Original: "Art. 48 [*Maßnahmen bei Störung von Sicherheit und Ordnung*] Wenn ein Land die ihm nach der Reichsverfassung oder den Reichsgesetzen obliegenden Pflichten nicht erfüllt, kann der Reichspräsident es dazu mit Hilfe der bewaffneten Macht anhalten. Der Reichspräsident kann, wenn im Deutschen Reich die öffentliche Sicherheit und Ordnung erheblich gestört oder gefährdet wird, die zur Wiederherstellung der öffentlichen Sicherheit und Ordnung nötigen Maßnahmen treffen, erforderlichenfalls mit Hilfe der bewaffneten Macht einschreiten. Zu diesem Zweck darf es vorübergehend die in den Art. 114, 115, 117, 118, 123, 124, und 153 festgesetzten Grundrechten ganz oder zum Teil außer Kraft setzen. Von alle gemäß Abs. 1 oder 2 dieses Artikels getroffenen Maßnahmen hat der Reichspräsident unverzüglich dem Reichstag Kenntnis zu geben. Die Maßnahmen sind auf Verlangen des Reichstages außer Kraft zu setzen. Bei Gefahr im Verzuge kann die Landesregierung für ihr Gebiet einstweilige Maßnahme der in Abs. 2 bezeichneten Art treffen. Die Maßnahmen sind auf Verlangen des Reichspräsidenten oder des Reichstages außer Kraft zu setzen. Das Nähere bestimmt ein Reichsgesetz". (DEUTSCHLAND, 1919).

brasileiro, ainda mais com a influência weimariana no constitucionalismo pátrio. Essa inspiração em outra ordem jurídico-constitucional traz consigo repercussões no plano prático – ao Brasil adotar, já na sua Constituição de 1934, o modelo socialdemocrático, e no plano teórico – ao importar o debate atinente à teoria do Estado e da Constituição (NEVES, 2019).

Hans Kelsen (2003) faz três apontamentos críticos em relação à teoria schmittiana. O primeiro está relacionado à importação da doutrina do *pouvoir neutre*, formulada por Benjamin Constant, sem qualquer ressalva; em desprestígio à formulação original de que somente a dimensão passiva (representação do Estado no Exterior, sanção de leis, comando do exército etc.) do Poder Executivo caracterizaria como neutra. Tal o desvirtuamento dessa doutrina, que, ao utilizá-la como instrumento interpretativo na busca por ampliar a competência executiva, transforma em soberano o presidente. Destarte, indubitavelmente, afasta-se da noção de neutralidade e de paridade entre os poderes.

A segunda crítica atrela-se à crença de que, com a passagem do século XIX para XX, o temor de violação constitucional por parte do Poder Executivo transfere-se para o Poder Legislativo, o que legitima a atuação garantidora do presidente. Ignora, todavia, que os demais poderes também são potenciais violadores e que podem realizar o autocontrole.

A terceira divergência consiste no fato de Schmitt negar a existência da jurisdição constitucional por pressupor que haveria contradição essencial entre as funções jurisdicionais e as funções políticas e que a decisão sobre a constitucionalidade ou não de lei ou atos normativos seria política e não jurídica. A incorreção desse pressuposto é reflexo do desconhecimento de que a jurisdição também possui caráter político, que difere apenas quantitativamente no que concerne ao aspecto político do Poder Legislativo, à medida que a generalidade é regra para o órgão legiferante e exceção para o órgão jurisdicional.

Após apresentadas as suas principais críticas à teoria schmittiana, Kelsen (2003) defende a necessidade de se criar uma instituição independente com o objetivo de se controlar a conformidade dos atos normativos com a Constituição, livre de interferências, afinal a ninguém é permitido ser juiz em causa própria. Define,

assim, o Tribunal Constitucional como essa instituição responsável pela guarda constitucional.

Não obstante o reconhecimento do referido tribunal como guardião, Kelsen nega a presença de soberano concreto, pois, para ele, a soberania traduz-se como uma ideia, um pressuposto que tem fundamento interno e abstrato no ordenamento jurídico. Unicamente este é soberano, em sua unidade, em seu complexo e em sua coerência lógica (BERCOVICI, 2013).

Discorda dessa ótica kelseniana Hermann Heller (2015), ao afirmar que toda organização necessita de uma autoridade, assim como todo o exercício de poder. Vale dizer que, em Estado Democrático de Direito, as estruturas estatais são construídas de baixo para cima, isto é – a partir do povo. Logo, o próprio poder estatal origina-se com a manifestação soberana do povo (soberania popular), ainda que nem todos da população constituam o corpo eleitoral.

Soberano não é quem decide sobre a exceção, mas sim quem mantém a situação de normalidade (BERCOVICI, 2013). Nessa perspectiva, Heller diverge da noção schmittiana de soberania do dominador, Presidente do *Reich*, aquele que decide a excepcionalidade à proporção que vislumbra que a soberania está localizada no povo. Isso não é uma ficção, senão realidade política.

Importa frisar a pedagogia de Bruce Ackerman (2006) sobre a democracia dualista, positivada em uma Constituição dualista, que conjuga duas operações deliberativas, a saber: decisões tomadas pelo povo (detentor da soberania) e decisões proferidas pelo governante (representante do povo) em contraponto à democracia monista.<sup>6</sup> Estas últimas são prolatadas diariamente pelos representantes eleitos e necessitam direcionar-se à satisfação do interesse público e não ao atendimento das influências de grupos com interesses paralelos. Aquelas deliberações não ocorrem com frequência, mas estão sujeitas a condições constitucionais especiais – hierarquia superior em comparação com as decisões ordinárias dos governantes.

---

<sup>6</sup> Nesse regime, a elaboração de leis e a tomada de quaisquer outras decisões por parte do governante estão condicionadas tão só à regularidade do processo eleitoral e à vedação de tentativa de extirpar a periodicidade da alternância no poder. Trate-se, por efeito, de conferência de margem ampliada de liberdade do poder decisivo do representante do povo. Toda decisão que não emanada por pessoa eleita, ainda que sob a justificativa de garantia da Constituição, é encarada como antidemocrática.

Para possuir essa natureza jurídica, o movimento político é obrigado a seguir o procedimento de três etapas: 1ª) convencer número expressivo de cidadãos a debaterem a proposta e a manifestarem suas divergências políticas; 2ª) oportunizar a oposição de organizar forças e defender seu ponto de vista; e 3ª) persuadir a maioria dos cidadãos a apoiar determinada proposta. Observado tal rito, a decisão goza de legitimidade e de caráter fundamental e vinculante. É legítima, pois se procedeu racionalmente, empós a possibilidade da oposição argumentar pela rejeição total ou parcial da proposta; é fundamental, por concernir a matéria sensível do Estado; e vinculante, por obrigar todos os poderes.

A fundamentalidade dessa decisão se aproxima do conceito de Constituição apresentado por Carl Schmitt (1996), definido como decisão política fundamental do titular do Poder Constituinte<sup>7</sup> sobre a forma e o modo de unidade política. Trata-se de resolução que organiza o Estado, traça direitos fundamentais e limita o poder estatal. Todos os outros conteúdos, mesmo que insertos no documento constitucional, são leis constitucionais.

Tal a força imperativa da decisão do povo que ela somente poderá ser alterada formalmente mediante nova submissão ao procedimento de três etapas, ou seja, depende de nova manifestação soberana do povo.<sup>8</sup> No intento de garantir a aliança entre a preservação da Constituição e a possibilidade de atualização de seu texto, a Constituição dualista confia a mais de uma instituição a função de guarda, enxerga o órgão jurisdicional como elemento essencial do regime democrático. Isso, entretanto, não valida toda decisão jurisdicional, já que é imprescindível à boa-fé na interpretação dos comandos constitucionais (ACKERMAN, 2006).

Vale lembrar que, ao lado da constituição, os tratados de direitos humanos também são expressão da soberania popular, principalmente, na medida em que os representantes eleitos pelo povo participam do processo de internalização desse pacto, conforme se infere a seguir.

---

<sup>7</sup> Em definição preliminar, Poder Constituinte é aquele poder que elabora a Constituição de um Estado.

<sup>8</sup> Diferencia-se o povo como instância de atribuição, qualidade reservada aos nacionais, do povo ativo, que se refere à parcela dos nacionais que são eleitores e, portanto, gozam estes de cidadania ativa, isto é – participam da formação da vontade política do Estado. Esclarece, entretanto, que o fato, por si só, de uma pessoa encontra-se no território de um Estado, torna-a merecedora de proteção jurídica em vista sua dignidade (MÜLLER, 2003).

### 1.3 Processo de internalização dos tratados internacionais

Cumpra esclarecer, inicialmente, que se categorizam dois tipos de tratados internacionais: os referentes aos direitos humanos e aqueles que versam sobre outra matéria. Para fins específicos dessa pesquisa, delimita-se a análise dos primeiros. Alerta-se ainda que as lições ora expostas também se apliquem a esta segunda espécie de convenção, todavia, não constitui objetivo desse estudo nem de modo indireto.

Malgrado a polêmica entre Hildebrando Accioly e Haroldo Valadão em torno da obrigatoriedade da submissão dos tratados celebrados pelo Poder Executivo ao crivo do Congresso Nacional, fato é que, desde a Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil de 1891, na história do constitucionalismo pátrio, o Estado brasileiro reclama a conjugação da vontade desses órgãos independentes para a formação convencional (RIBEIRO, 2006).

Sem a concordância entre os Poderes Executivo e Legislativo, não se completa o ciclo de formação do tratado, portanto, ato inexistente, que não promove alteração jurídica interna. Este é um exemplo do que a doutrina designou como atos complexos, isto é, aqueles que dependam, para a sua existência, da manifestação de vontade uníssona de dois ou mais órgãos estatais (MAZZUOLI, 2001).

Essa exigência, com pioneirismo, constante nas constituições americana de 1787 e francesa de 1790, é decorrência lógica da adoção de regimes políticos democráticos e participativos. Tem como embasamento doutrinário a ideia de que o povo, como titular da soberania estatal, não autoriza ao Estado assumir compromisso perante outros sujeitos internacionais sem a disposição de vontade popular, exteriorizada, nas casas legislativas, pelos representantes eleitos pelo povo (MEDEIROS, 1983).

Desse modo, enquanto o Presidente da República exerce a direção da política internacional (art. 84, inciso VIII, da CRFB/88), ao Congresso Nacional incumbe controlar os atos do executivo, sobretudo, sua discricionariedade em celebrar tratados de direitos humanos (art. 41, inciso I, da CRFB/88), em nome da União (art. 21, inciso I, da CRFB/88).

Na fase de negociação,<sup>9</sup> preleciona Francisco Rezek (2018), o chefe de Estado e de governo conta com o auxílio dos plenipotenciários, isto é, dos ministros de Estado responsáveis pelas relações exteriores; e das delegações nacionais, que são grupos de delegados e assessores subordinados ao referido ministro.

Encerrada essa fase com a celebração do acordo internacional, o Presidente da República tem o poder de decisão sobre o início ou não do processo de internalização do tratado. Seu juízo baseia-se na conveniência e/ou na oportunidade (mérito administrativo) da adoção do compromisso pelo Brasil. Com efeito, caso julgue inconveniente ou inoportuno, haverá o arquivamento do tratado. Do contrário, no momento que reputar mais adequado, dará largada ao mencionado processo (RIBEIRO, 2006).

O processo de internacionalização tem como marco inicial o encaminhamento pelo Presidente da República de mensagem ao Congresso Nacional, acompanhada do inteiro teor do documento internacional e da exposição dos motivos do ministro das relações exteriores. (RIBEIRO, 2006).

Ao chegar ao órgão bicameral pela Câmara de Deputados Federais, por tratar-se de proposta do chefe do Poder Executivo (art. 64, *caput*, da CRFB/88), a proposta de tratado de direitos humanos será discutida e deliberada pelas comissões e pelo plenário da respectiva casa legislativa e enviada ao Senado Federal para debates e votação. Podem essas casas seguir dois ritos, um mais solene do que o outro.

Pelo procedimento mais simplificado, a proposta é aprovada por maioria relativa de cada casa legislativa, presente a maioria absoluta.<sup>10</sup> Pelo mais solene,

---

<sup>9</sup> Nessa fase, os sujeitos do Direito Internacional debatem determinada temática com o propósito de celebrar compromissos internacionais entre eles.

<sup>10</sup> "Art. 56. Os projetos de lei e demais proposições distribuídos às Comissões, consoante o disposto no art. 139, serão examinados pelo Relator designado em seu âmbito, ou no de Subcomissão ou Turma, quando for o caso, para proferir parecer. [...]§ 2º Salvo disposição constitucional em contrário, as deliberações das Comissões serão tomadas por maioria dos votos, presente a maioria absoluta de seus membros, prevalecendo em caso de empate o voto do Relator. [...]Art. 183. Salvo disposição constitucional em contrário, as deliberações da Câmara serão tomadas por maioria de votos, presente a maioria absoluta de seus membros" (CÂMARA DOS DEPUTADOS, 1989). "Art. 109. A comissão deliberará por maioria de votos, presente a maioria de seus membros, sendo as deliberações terminativas tomadas pelo processo nominal. [...] Art. 288. As deliberações do Senado serão tomadas por maioria de votos, presente a maioria absoluta dos seus membros (Const., art. 47) [...]" (SENADO FEDERAL, 1970). "Art. 11. Perante a Comissão, no prazo de 8 (oito) dias a partir de sua instalação, o Congressista poderá apresentar emendas que deverão, em seguida, ser despachadas pelo Presidente. [...] § 3º - A Comissão decidirá por maioria simples em reunião que se realizará, por convocação do



exigem-se dois turnos de votação em cada casa e o quórum qualificado de 3/5 dos membros para a aprovação. Vale destacar que essa apreciação parlamentar restringe-se à aprovação ou à rejeição, não comporta emenda. Se aprovar a proposta de pacto, há a edição de decreto legislativo. Outra é a situação da rejeição. Caso em que impõe apenas a comunicação por mensagem ao Presidente da República (MAZZUOLI, 2001).

Normalmente se internalizam os acordos internacionais pelo rito simplificado. Poucas são as exceções que seguem o procedimento descrito no §3º, do art. 5º, da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (CRFB/88) e passam a gozar do status de equivalência de emenda constitucional. Registram-se, atualmente, quatro tratados que possuem, no direito brasileiro, esta natureza. A tabela abaixo apresenta esses documentos e o ato de incorporação na ordem interna.

**Tabela 1- Tratados com equivalência de Emenda Constitucional**

ATOS	DOCUMENTO
Aprovação pelo CN. <u>Decreto Legislativo nº 261, de 25/11/2015</u> . Publicado no DOU de 26/11/2015. Promulgação. <u>Decreto Executivo nº 9.522, de 08/10/2018</u> . Publicado no DOU de 9.10.2018. Depósito em 11/12/2015.	Tratado de Marraqueche para Facilitar o Acesso a Obras Publicadas às Pessoas Cegas, com Deficiência Visual ou com Outras Dificuldades para Ter Acesso ao Texto Impresso. <sup>11</sup>
Aprovação pelo CN. <u>Decreto Legislativo nº 186, de 09/07/2008</u> . Publicado no DOU de 10.7.2008. Promulgação. <u>Decreto Executivo nº 6.949, de 25/08/2009</u> . Publicado no DOU de 25/08/2009. Depósito em: 01/08/2008.	Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência. <sup>12</sup>

Presidente, imediatamente após o decurso do prazo fixado para interposição do recurso" (CONGRESSO NACIONAL, 1970).

<sup>11</sup> Câmara dos Deputados: primeiro turno, em 20/08/2015, 341 votos a favor e 1 contra; segundo turno, em 08/09/2015, 452 votos favoráveis. Senado Federal: primeiro turno, em 24/11/2015, 57 votos favoráveis; segundo turno, em 24/11/2015, 52 votos a favor. Tanto em uma casa quanto em outra o quórum atingido é superior a 3/5 (FAIRBANKS, 2016).

<sup>12</sup> "[...] o Congresso Nacional aprovou, por meio do Decreto Legislativo nº 186, de 9 de julho de 2008, conforme o procedimento do § 3º do art. 5º da Constituição, a Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e seu Protocolo Facultativo, assinados em Nova York, em 30 de março de 2007" (BRASIL, 2009c).

Aprovação pelo CN. <u>Decreto Legislativo nº 186, de 09/07/2008</u> . Publicado no DOU de 10.7.2008. Promulgação. <u>Decreto Executivo nº 6.949, de 25/08/2009</u> . Publicado no DOU de 25/08/2009. Depósito em: 01/08/2008.	Protocolo facultativo da Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência. <sup>13</sup>
Aprovação pelo CN. Decreto Legislativo nº 1, de 18/02/2021. Publicado no DOU de 19/02/2021. Depósito em 28/05/2021.	Convenção Interamericana contra o Racismo, a Discriminação Racial e Formas Correlatas de Intolerância. <sup>14</sup>

Fonte: Própria.<sup>15</sup>

Vislumbra-se, destarte, que apenas a “Convenção sobre Direitos das Pessoas com Deficiência”, o “Protocolo Facultativo da Convenção sobre Direitos das Pessoas com Deficiência”, o “Tratado de Marraqueche” e a “Convenção Interamericana contra o Racismo, a Discriminação Racial e Formas Correlatas de Intolerância” têm equivalência de emenda constitucional. Os demais tratados de direitos humanos não observaram o rito solene de aprovação, mas possuem, como se verá no tópico 1.5, status constitucional.

A manifestação do Congresso Nacional, somente quando desaprova o texto do tratado assinado pelo Presidente da República, tem caráter definitivo, pois impede este de continuar nos trâmites de internalização do pacto (MAZZUOLI, 2001). Aprovada a proposta de acordo internacional, o chefe do Poder Executivo federal tem a discricionariedade de ratificar o compromisso anteriormente subscrito na fase das tratativas. A ratificação é, desta maneira, expressão última da vontade de obrigar-se (REZECK, 2018).

Após este ato unilateral, ocorre a troca ou o depósito dos instrumentos escritos de ratificação, acompanhada, em sequência, da promulgação e da publicação do tratado, que lhe confere vigência e aplicabilidade no Brasil (RIBEIRO, 2006).

<sup>13</sup> Aprovado conforme o procedimento do § 3º do art. 5º da CRFB/88.

<sup>14</sup> “Art. 1º. Fica aprovado, nos termos do § 3º do art. 5º da Constituição Federal, o texto da Convenção Interamericana contra o Racismo, a Discriminação Racial e Formas Correlatas de Intolerância, adotada na Guatemala, por ocasião da 43ª Sessão Ordinária da Assembleia Geral da Organização dos Estados Americanos, em 5 de junho de 2013” (BRASIL, 2021).

<sup>15</sup> Tabela elaborada com base nos dados provenientes de consulta no site do Palácio do Planalto, da Organização dos Estados Americanos e do Senado Federal.

Essa conjugação de vontades de diferentes órgãos recebe a expressão em inglês "*treaty-making power*", que consiste, em tradução, no poder de celebrar tratados. Tal poder tem, para além das regras procedimentais aqui explicadas, limites de conteúdo, que serão adiante elucidados.

#### 1.4 Limite quanto ao conteúdo dos tratados internacionais

Mesmo que se observe todo o rito constitucional necessário para introdução do Direito Internacional na ordem interna, o tratado de direitos humanos só é válido e, portanto, com potencial de aplicação e exigência, se seu conteúdo não resultar em violação a certos pilares do Estado brasileiro e da ordem externa. Em outras palavras, o poder de celebrar tratados tem restrição de ordem material.

Essa limitação da autonomia da vontade dos sujeitos do Direito Internacional se justifica "[...] na proteção dos interesses individuais dos Estados, na proteção do Estado contra suas próprias fraquezas ou contra as desigualdades no '*bargaining power*'" (RODAS, 1974, p. 127-128).

Ao menos quatro pilares são identificados para a validade convencional, localizados na CRFB/88, no Direito Internacional e na lógica jurídica, quais sejam: as cláusulas pétreas, os direitos fundamentais, a possibilidade de execução e as normas *jus cogens*. Tal listagem revela-se exemplificativa ou não exaustiva, visto que não esgota as situações que condicionam substancialmente a celebração de compromisso internacional.

A primeira delas refere-se às cláusulas pétreas previstas no §4º do art. 60 da CRFB/88. O texto constitucional fala que elas se destinam a impedir emendas constitucionais que as transgridam. No entanto, se ao Poder Constituinte Reformador são impostas, igualmente vinculam o Presidente da República e o Congresso Nacional na conclusão de convenções; haja vista as exigências para promover alteração textual da Constituição são mais rigorosas ou similares (na hipótese de equivalência de emenda constitucional) do que as para assunção de obrigação internacional.

Nesse sentido, Almozara (2014) defende a impossibilidade de assunção de obrigações, no plano internacional, que atentem contra o núcleo intangível (cláusulas

pétreas) da Constituição, por exemplo, contra o funcionamento e a manutenção do equilíbrio federativo. Isto posto, o Estado não é permitido celebrar tratado tendente a abolir a forma federativa de estado; o voto secreto, direto, periódico e universal; a separação de poderes; e os direitos e as garantias individuais. Conceder autorização ao Direito Internacional para abolir representa violação à própria soberania estatal (BUZALAF, 2015).

Opta-se por não aprofundar sobre as cláusulas pétreas nesse momento, uma vez que, na segunda seção desse trabalho dissertativo, há tópico com esse desiderato. O segundo pilar concerne à vedação de norma convencional que reduza direitos fundamentais ou que retroceda os avanços no campo dos direitos humanos.

Justificam o mencionado interdito da produção convencional a progressividade dos direitos e o princípio da proibição do retrocesso social, já que fora vedada toda tentativa de redução dos benefícios já conquistados, ou seja, só é admitido pacto internacional que expanda e proteja mais os direitos humanos e fundamentais (SARLET, 2018) à medida que representa *stander* mínimo de proteção (CAVALLO; ALCALÁ, 2016), que deve ser ampliado, principalmente, em razão da complexidade das novas demandas e da inserção de novos sujeitos no Direito Internacional, a saber: organizações sociais e empresas multinacionais (RIVAS-RAMÍREZ, 2018).

O terceiro pilar tange-se ao objeto do tratado, que precisa ser possível de execução e não contrariar a moral (RIBEIRO, 2006). De nada adianta um tratado que não promove alteração no mundo jurídico, que não tem como ser cumprido, ou seja, que se reduz a um documento já, na origem, desprovido de pretensão de efetividade.

Não contrariar a moral, explica Castro (2017), quer dizer que os tratados de direitos humanos têm que respeitar os valores compartilhados pela sociedade brasileira, com amparo constitucional. A concretude dessa cláusula geral depende da boa-fé na interpretação e na aplicação dos *bons costumes*.<sup>16</sup> Cuida-se o quarto pilar do interdito da violação de normas *jus cogens* pelas normas convencionais supervenientes.

---

<sup>16</sup> Em que pese a pesquisadora referir-se a tal cláusula nas relações privadas existenciais, entende-se que o raciocínio jurídico empregado também se aplica nas relações verticais e exteriores.

Rodas (1974) define normas *jus cogens* como aquelas imperativas, não no sentido de obrigatoriedade, pois o Direito Internacional é, em regra, obrigatório para os Estados, mas por interdizer qualquer derrogação às suas disposições. Essa força imperativa deriva dos seus valores éticos serem absolutos e universais; que, no âmbito do direito convencional, exige-se a previsão expressa que determinada disposição não admite derrogação, sem prejuízo de sua validade. Já, no direito consuetudinário, o caráter proibitivo é fruto da convicção de que certo costume não pode ser afastado por pactos.

Nessa direção, a Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados de 1969, em seu art. 53, afirma que a consequência do conflito com norma imperativa de Direito Internacional geral é a nulidade do tratado. Se essa norma *jus cogens* for posterior, as obrigações convencionais conflitantes serão declaradas nulas e extintas (art. 64).<sup>17</sup> Em redação semelhante, a Convenção de Viena sobre Direito dos Tratados de 1986 antevê os mesmos efeitos para a situação de violação.<sup>18</sup>

Conclui-se, então, que a validade dos tratados está condicionada à ampliação dos direitos humanos, a respeito das cláusulas pétreas, da conformidade com a moralidade e das normas *jus cogens*. Além disso, o Direito Internacional tem que ser possível de execução. Essa limitação substancial é factível de controle preventivo e repressivo seja pelos próprios sujeitos do Direito Internacional (autocontrole), seja pelo órgão da jurisdição nacional e internacional (heterocontrole), conforme o examinado na seção 3 desta dissertação.

---

<sup>17</sup> "Art. 53. Tratado em Conflito com uma Norma Imperativa de Direito Internacional Geral (*jus cogens*). É nulo um tratado que, no momento de sua conclusão, conflite com uma norma imperativa de Direito Internacional geral. Para os fins da presente Convenção, uma norma imperativa de Direito Internacional geral é uma norma aceita e reconhecida pela comunidade internacional dos Estados como um todo, como norma da qual nenhuma derrogação é permitida e que só pode ser modificada por norma ulterior de Direito Internacional geral da mesma natureza. [...] Art. 64. Superveniência de uma Nova Norma Imperativa de Direito Internacional Geral (*jus cogens*). Se sobrevier uma nova norma imperativa de Direito Internacional geral, qualquer tratado existente que estiver em conflito com essa norma torna-se nulo e extingue-se" (BRASIL, 2009).

<sup>18</sup> "Art. 53. Tratado em conflito com uma norma imperativa de Direito Internacional geral (*jus cogens*). É nulo o tratado que, no momento de sua conclusão, conflite com uma norma imperativa de Direito Internacional geral. Para os fins da presente Convenção, uma norma imperativa de Direito Internacional geral é uma norma aceita e reconhecida pela comunidade internacional dos Estados no seu conjunto, como uma norma da qual nenhuma derrogação é permitida e que só pode ser modificada por uma norma de Direito Internacional geral da mesma natureza. [...] Art. 64. Superveniência de uma nova norma imperativa de Direito Internacional geral (*jus cogens*). Se sobrevier uma nova norma imperativa de Direito Internacional geral, qualquer tratado existente em conflito com essa norma torna-se nulo e extingue-se". (BRASIL, 2015).

## 1.5 Bloco de constitucionalidade e hierarquia dos tratados na ordem jurídico-constitucional brasileira

Caracteriza-se o bloco de constitucionalidade pela diversidade de fontes de normas constitucionais. A delimitação dessas fontes está inserta na própria Constituição do Estado, que proclama a coexistência de outros direitos e deveres fundamentais ao lado de direitos e deveres expressos (origem legislativa), e/ou é resultado de construção doutrinária e jurisprudencial.

Apesar de carecer de previsão constitucional ou convencional, a partir do julgamento do caso *Almonacid Arellano y otros VS. Chile*, em 2006, a Corte Interamericana de Direitos Humanos (CorteIDH) entendeu que sua jurisprudência deve ser seguida pelos Estados, ainda que eles não sejam parte do contencioso, no exercício do controle de convencionalidade (GALINDO, 2013). O Estado-juiz ou o juiz interamericano em nível nacional observa as decisões dotadas de força “quase vinculante” com o desiderato de evitar responsabilização internacional pelo descumprimento da tese fixada pela CorteIDH enquanto intérprete última da Convenção Americana de Direitos Humanos (ALCALÁ, 2012).

Vale dizer que o órgão jurisdicional local pode deixar de aplicar a jurisprudência interamericana, contanto que manifeste os fundamentos da sua discordância, ou seja, em diálogo crescente com a CorteIDH. Mas, se o caso controverso ou outra questão semelhante chegar ao órgão cúpula da jurisdição interamericana, a resolução pela Corte vincula todos os Estados que reconheceram sua competência (ALCALÁ, 2012).

No Brasil, o processo de abertura à ordem internacional dos direitos humanos é gradual e provocador de debates doutrinário e jurisprudencial no tocante à hierarquia dos tratados internacionais. Têm-se como marcos principais dois momentos, a saber: a promulgação da CRFB/88 e da Emenda Constitucional (EC) nº 45/2004.

No primeiro momento, a redação do art. 5º, §2º da CRFB/88 externa que “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” (BRASIL, 1988). Com base nesse

dispositivo constitucional e na tutela da pessoa humana, Flávia Piovesan (1997) e Antônio Augusto Cançado Trindade (2003) argumentam que os tratados de direitos humanos são normas materialmente constitucionais. Contudo, esse não é o entendimento exarado pelo Supremo Tribunal Federal (STF), em 2001, no julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) nº 1480/DF (BRASIL, 2001).

Para o STF, nessa decisão, o tratado ou a convenção internacional incorporada pelo Estado brasileiro se situa no mesmo plano normativo da lei ordinária, não há, destarte, prevalência entre a norma do Direito Internacional sobre o interno (legislação infraconstitucional) ou o inverso, mas paridade dentre elas.

Na segunda baliza, introduziu-se o §3º ao art. 5º da CRFB/88, pelo qual “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” (BRASIL, 1988). Esta alteração no texto constitucional enseja modificação da compreensão do STF atinente ao nível hierárquico dos tratados de direitos humanos.

Para Feliciano de Carvalho (2016), tal EC nº 45/2004 no que tange à introdução do §3º ao art. 5º da CRFB/88 é materialmente inconstitucional por desprestigiar o art. 1º, inciso III, art. 4º, inciso II e art. 5, §2º, todos da CRFB/88. Em comparação com o projeto do constituinte originário, a reforma constitucional foi na contramão da pretensão do Estado brasileiro em facilitar e ampliar a tutela aos direitos humanos, ao criar entraves ao reconhecimento da constitucionalidade das convenções sobre direitos humanos, sobretudo, daquelas que já tiveram seu processo de internalização concluído.

No direito comparado, diversos países têm positivado, em suas constituições, previsão expressa que confere aos tratados de direitos humanos, ratificados internamente, o status constitucional e a aplicação imediata. “Essa é a tendência e esse deve ser o caminho interpretativo a ser seguido pelo Brasil. O diagnóstico retrata uma convergência contemporânea do constitucionalismo de atribuir maior cotação as normas internacionais de direitos humanos” (EMERIQUE; GUERRA, 2011, p. 32).

O posicionamento defendido por Carvalho não prevaleceu, pois, no Recurso Extraordinário (RE) nº 466.434-1/SP, o STF alude que a inobservância do rito solene de aprovação do tratado de direitos humanos implica a não equivalência à EC. Todavia, o caráter especial dessas normas internacionais atrelado à defesa da dignidade da pessoa humana, confere nível supralegal, isto é, abaixo da CRFB/88 e acima da legislação infraconstitucional, com efeito paralisante da norma conflitante.

Mesmo após a EC nº 45/2004 e a viragem jurisprudencial, Flávia Piovesan (2013) continua sustentando o status constitucional dos tratados internacionais em matéria de direitos humanos, independente do procedimento de internalização; o que se aproxima da fundamentação utilizada pelo STF na nova viragem jurisprudencial, qual seja: a decisão em sede da ADI nº 5.543/DF, que reputa por inconstitucional a restrição da doação de material sanguíneo por pessoas LGBTI<sup>+</sup>, por força de dispositivos contemplados na CRFB/88 e em normas convencionais.<sup>19</sup>

Consequentemente, o status constitucional dos tratados ou da convenção que versem sobre direitos humanos está desvinculado da solenidade de incorporação descrita no art. 60, §2º da CRFB/88. Assim, tais normas convencionais integram o bloco de constitucionalidade pátrio juntamente com a jurisprudência da CortelDH, tendo em vista o Brasil ser signatário da Convenção Americana de Direitos Humanos (CADH) e reconhecer a competência da CortelDH.

Em síntese, o bloco de constitucionalidade brasileiro é composto pelos seguintes documentos: a) CRFB/88; b) tratados internacionais de direitos humanos que o Brasil seja parte; c) a jurisprudência da CortelDH.

Observa-se, pois, que o Brasil adota modelo espanhol não exaustivo de bloco de constitucionalidade, já que não há, no texto constitucional, a menção taxativa de todos os documentos que compõem o mencionado bloco (MARCOS, 2005). A CRFB/88 fala tão só em tratado como fonte, mas as decisões do SIDH alargam o

---

<sup>19</sup>Explica o STF que o §2º do art. 5º da CRFB/88 possibilita ao Poder Judiciário robustecer a proteção internacional dos direitos humanos enquanto o §3º do art. 5º traduz-se como a faculdade do Poder Legislativo internalizar tratado de direitos humanos consoante procedimento diferenciado para ter equivalência à norma constitucional derivada (fruto do Poder Constituinte Reformador). Para mais informações sobre a autorização da doação de sangue por pessoas LGBTI<sup>+</sup>, consultar o artigo intitulado "Proteção do grupo vulnerável LGBTI em face da discriminação: a relevância de documentos internacionais para a autorização da doação de sangue por estas pessoas, no Brasil" de Bahia e Sousa (2020).



bloco para abarcar suas jurisprudências.

No tópico adiante, estudam-se as teorias que sistematizam a interação entre a ordem jurídica interna e a internacional, assim como o contexto no qual foram formuladas, no desiderato de avaliar as respostas apresentadas pela corrente monista e dualista às eventuais colisões e, diante do pluralismo, propor novo critério metodológico e hermenêutico de solução de problemas jurídicos dessa espécie.

### 1.6 O efeito dos tratados sobre as normas constitucionais

Tal como o discutido no tópico anterior, os tratados internacionais que versem sobre direitos humanos internalizados ou não pelo procedimento solene, compõem, ao lado do documento intitulado Constituição, o bloco de constitucionalidade brasileiro.

A convivência de normas inseridas nesse bloco nem sempre é pacífica. Tanto isso é que a Constituição Política do Estado Plurinacional da Bolívia de 2009 (CPE/2009)<sup>20</sup> traz explicitamente, em seu texto, o axioma que determina que, em caso de colisão entre normas da Constituição e de tratados de direitos humanos, deve-se aplicar a mais favorável ao ser humano. Aliás, a interpretação daquela orienta-se pelas balizas convencionais de maior grau protetivo (BOLÍVIA, 2009).

Não se observa dispositivo na CRFB/88 com similitude a esse boliviano, o que revela a ausência de positivação expressa de critério metodológico e hermenêutico nesse sentido no Brasil. Nesse panorama, estruturam-se as reflexões deste tópico de modo a compreender se o sistema jurídico brasileiro autoriza à Corte constitucional deixar de aplicar norma de matriz constitucional por considerá-la menos favorável do que o disposto em tratado de direitos humanos vigente no país e/ou interpretá-la à luz da norma convencional.

---

<sup>20</sup> "Artículo 256. I. Los tratados e instrumentos internacionales en materia de derechos humanos que hayan sido firmados, ratificados o a los que se hubiera adherido el Estado, que declaren derechos más favorables a los contenidos en la Constitución, se aplicarán de manera preferente sobre ésta. II. Los derechos reconocidos en la Constitución serán interpretados de acuerdo a los tratados internacionales de derechos humanos cuando éstos prevean normas más favorables" (BOLÍVIA, 2009).

### 1.6.1 Teoria monista e suas variações

O contexto que marca o nascimento da teoria monista, no final do século XIX e no início do XX, é a eclosão de conflitos armados na Europa, que ameaçam a estabilidade mundial e colocam a eficácia do Direito em questionamento em face da força militar e da política (ACOSTA; CÁRDENAS, 2016).

Como principal teórico dessa linha de pensamento, Hans Kelsen (1982) defende que o Direito Internacional é parte integrante da ordem jurídica estatal, pois reflete o fundamento de validade de todos os Estados. Por isso, apesar de ambos comporem o ordenamento jurídico, a ordem externa prepondera em relação ao direito doméstico (primazia do Direito Internacional).

Outra justificativa para tal primazia atine-se à liberdade do país em celebrar ou não tratados: caso opte em se comprometer, vinculado está a este compromisso. Não é factível, *a posteriori*, alegar violação ao direito interno (*pacta sunt servanda*) pela convenção celebrada.

Esse princípio encontrou previsão, no art. 46, tanto da Convenção de Viena sobre Direito dos Tratados de 1969<sup>21</sup> quando na Convenção de Viena sobre Direito dos Tratados entre Estados e Organizações Internacionais ou entre Organizações Internacionais de 1986.<sup>22</sup>

Também se tem defendida a preponderância do direito interno sobre a ordem internacional (primazia do direito interno). Mas essa corrente não tem preponderado

---

<sup>21</sup> "Art. 46. Disposições do Direito Interno sobre Competência para Concluir Tratados. 1. Um Estado não pode invocar o fato de que seu consentimento em obrigar-se por um tratado foi expresso em violação de uma disposição de seu direito interno sobre competência para concluir tratados, a não ser que essa violação fosse manifesta e dissesse respeito a uma norma de seu direito interno de importância fundamental. 2. Uma violação é manifesta se for objetivamente evidente para qualquer Estado que proceda, na matéria, de conformidade com a prática normal e de boa fé". (BRASIL, 2009).

<sup>22</sup> "Art. 46. Disposições de Direito Interno de um Estado e regras de uma organização internacional sobre competência para concluir tratados 1. Um Estado não pode invocar o fato de seu consentimento em obrigar-se por um tratado ter sido manifestado em violação de uma disposição de seu direito interno sobre competência para concluir tratados, como causa de nulidade de seu consentimento, a não ser que essa violação seja manifesta e diga respeito a uma regra de seu direito interno de importância fundamental. 2. Uma organização internacional não pode invocar o fato de seu consentimento em obrigar-se por um tratado ter sido manifestado em violação das regras da organização sobre competência para concluir tratados, como causa de nulidade de seu consentimento, a não ser que essa violação seja manifesta e diga respeito a uma regra de importância fundamental. 3. Uma violação é manifesta se for objetivamente evidente para qualquer Estado ou qualquer organização internacional que procede, na matéria, de conformidade com a prática normal dos Estados e, se for o caso, das organizações internacionais e de boa-fé". (BRASIL, 2015).

na jurisprudência internacional, que, segundo Bezerra (2013), tem evidenciado a supremacia da norma externa sobre a interna.

O monismo se apresenta ainda como mecanismo de recepção ou admissão de normas internacionais, que indica que os tratados podem produzir efeitos jurídicos na ordem interna sem a necessidade de transformá-los em ato normativo interno, visto que já são celebrados em conformidade com a Constituição nacional (ACOSTA; CÁRDENAS, 2016).

Como resposta às críticas ao monismo puro pelos adeptos do dualismo, Alfred Verdross (1982) sugere que o conflito entre a ordem interna e externa não é definitivo e a solução para esse problema é encontrada na unidade do sistema jurídico.

Essa é a compreensão da teoria denominada monismo moderado, que mantém a distinção entre direito interno e alienígena, mas que é estruturada sobre a primazia do Direito Internacional, já que esses direitos têm conexão dentro de um sistema jurídico unitário, embasado na constituição da comunidade jurídica internacional (VERDROSS, 1982).

### **1.6.2 Teoria dualista e sua variação**

A teoria monista falha ao tentar explicar o fenômeno jurídico envolto de duas realidades distintas como se única fosse. Ela própria confessa a imperfeição do sistema jurídico, haja vista que o direito pátrio necessita da colaboração do direito estrangeiro; o inverso é verdadeiro, para sua completude. Nesse pensamento crítico, o dualismo é concebido.

Segundo essa concepção teórica sustentada por Triepel (1923), o direito interno e o externo constituem ordenamentos diferentes com propósitos diferentes. Enquanto as normas domésticas disciplinam os relacionamentos interpessoais ou entre particulares (pessoas física e jurídica) e o Estado, as normas convencionais regem a convivência entre Estados, entre estes e outros sujeitos do Direito Internacional. A aplicação da norma convencional na ordem interna não é automática, faz-se necessária a sua submissão a um processo legislativo de incorporação do ato normativo ao Estado. Com a internalização, a norma

convencional converte-se em norma local e passa a ter aplicabilidade e exigibilidade no país (TRIEPEL, 1923).<sup>23</sup>

Em caso de eventual antinomia entre as ordens, o ordenamento jurídico nacional é aplicado em detrimento da previsão internacional, já que esta somente prevalece quando dentro da sua hipótese de incidência. Ou seja, duas são as situações: nas interações entre particulares, a primazia é do direito interno; já, nas relações exteriores, a preponderância é do Direito Internacional (ACOSTA; CÁRDENAS, 2016).

Em verdade, essa proposta não se refere à hipótese de antinomia, mas de incidência. Para antinomia, em uma visão dualista, a solução mais adequada seria o emprego das regras tradicionais, a saber: norma superior prima sobre norma inferior, norma posterior derroga norma anterior, norma especial se prefere sobre norma geral (ALVARADO, 2016).

Outra vertente é o dualismo moderado, que advoga no sentido da prescindibilidade da edição de lei para que o tratado seja internalizado, embora sujeite isso à observância do *iter* procedimental complexo, ou melhor, da conjugação de vontade do executivo com o legislativo (BINENBOJM, 2000).

Essa teoria dualista e sua derivada são igualmente criticadas, como se observa na proposta do pluralismo constitucional, por não possuir aptidão de solucionar as atuais demandas jurídicas originadas em um contexto complexo.

### 1.6.3 Pluralismo constitucional

O viés estruturalista da hierarquia entre os atos normativos e a compreensão clássica do mundo jurídico a partir da norma acarretaram a racionalização do direito e a aplicação de suas normas completamente distantes das realidades da sociedade, dos Estados e da comunidade internacional. Tal problema tem se agravado com a insistência em conceber os sistemas jurídicos como sistemas exclusivamente normativos, hierárquicos e estáveis (RIVAS-RAMÍREZ, 2018).

---

<sup>23</sup> "É corolário da teoria dualista a necessidade de, através de alguma formalidade, transportar o conteúdo normativo dos tratados para o Direito interno, para que estes, embora já existentes no plano internacional, possam ter validade e executoriedade no território nacional". (RODAS, 1991, p. 17)

As dinâmicas atuais são mais complexas do que as do momento em que o cânone estadista de soberania, sobre o qual se construiu originalmente o Direito Internacional, reinava. Isso se deve também ao aparecimento de novos sujeitos, como organizações internacionais e empresas multinacionais e, com efeito, a diversificação dos interesses e das ferramentas de regulamentação e proteção (RIVAS-RAMÍREZ, 2018).

Nesse contexto, duas eram as principais teorias que buscavam explicar o relacionamento da ordem interna com a externa, estabelecer o nível hierárquico entre norma doméstica e internacional, e, conseqüentemente, sugerir métodos de solução de conflito jurídico-normativo, quais sejam: monista e dualista.

De um lado, a teoria dualista defendia que as duas ordens eram autônomas e independentes: enquanto uma regulava a relação entre Estado e particulares, ou entre particulares; a outra se destinava a disciplinar as interações entre Estados e entre Estados e sujeitos do Direito Internacional. Por outro, a teoria monista argumentava que o ordenamento jurídico era o produto de agregação entre a norma interna e internacional, com prevalência do direito interno ou o inverso – prevalência do Direito Internacional (MONROY, 2010). Para o autor, o Direito Internacional era uma fonte do direito constitucional.

Tais teorias, no entanto, são “mortos viventes”, haja vista que, com a alteração do contexto em que elas foram formuladas eminentemente estadista e hierárquico (em abstrato), não possuem mais aptidão de solucionar os conflitos. Por tal razão, Alvarado (2016) propõe o pluralismo constitucional<sup>24</sup> como formulação teórica capaz de atender às atuais demandas. Consoante esta proposição, derivada do pluralismo jurídico, o Direito Internacional e o direito nacional são dois ordenamentos distintos que comungam pontos de interseção, sem que com isso implique relação hierárquica; daí a necessidade da elaboração de conjunto de princípios para aplicá-los em consideração aos objetivos de cada ordenamento e o melhor de cada um.

As sociedades pluralistas atuais, marcadas pela presença de variedade de grupos sociais com ideologias, interesses e projetos diferentes, exige o dinamismo

---

<sup>24</sup> O adjetivo constitucional justaposto ao substantivo pluralismo caracteriza os princípios que regulamentam a relação entre ordenamentos. Não quer dizer que pertençam ao direito interno (ACOSTA; CÁRDENAS, 2016).

do direito constitucional, consistente em um conjunto de materiais de construção que permita a criatividade e a inovação do sistema jurídico a partir da formulação, da proposição e da combinação de suas próprias categorias. Com efeito, o edifício concreto é obra da política constitucional, que se vale desses materiais e que assume compromisso com as possibilidades e não com um projeto ordenador rígido. A constituição, assim, deve ser aberta/dúctil, pois a única unidade possível, diante do pluralismo, é a dúctil (ZAGREBELSKY, 2011).

Nessa perspectiva, para a aplicação do direito nacional e/ou internacional, o jurista deve realizar interpretação sistêmica das duas ordens e deliberar, no caso concreto, pela norma que mais e melhor proteja os direitos humanos. Dessa forma, o pluralismo constitucional rejeita a noção de ordenamento universal e de hierarquia, ao tempo que sustenta a necessidade de reformulação metodológica para articular a interação entre os ordenamentos jurídicos em estímulo ao diálogo entre os juízes nacionais, quem tem fundamental responsabilidade enquanto mediador das ordenações em jogo (ALVARADO, 2016).

Vale destacar que essa rejeição restringe tão somente a supremacia constitucional na perspectiva do constitucionalismo tradicional, isto é, da compreensão de que o fato de a norma ter status constitucional, por si só, a insere no ápice do sistema jurídico escalonado. Isso porque, caracterizado pela opção decolonial,<sup>25</sup> o novo constitucionalismo latino-americano redefine a superioridade constitucional a partir do reconhecimento do papel da Constituição como núcleo de sentidos que coordena pluralidade de saberes e práticas jurídicas enraizadas na sociedade (MEDICI, 2010).

À luz do pluralismo, não existe uma regra única para a solução das controvérsias, não se pode afirmar que sempre prevalece "A" sobre "B". As regras de caráter formalistas, a exemplo das que determinam algo com base na origem, no destinatário ou na temporalidade da norma, estão proibidas de ser aplicadas. A resolução do conflito depende da autoridade julgadora que examinará as variáveis

---

<sup>25</sup> Vislumbra que as relações de poder não estão adstritas ao domínio econômico-político, jurídico e administrativo, já que envolve uma dimensão cultural e epistêmica, que reputa superior/correto o conhecimento produzido por regiões centrais do mundo e do sistema frente ao conhecimento oriundo de regiões periféricas. Por assim vislumbrar, sustenta a imprescindibilidade de um novo constitucionalismo que combata a perpetuação dos ideais do colonialismo.

em jogo (ACOSTA; CÁRDENAS, 2016).

Assim, o jurisconsulto, diante de *hard case*, precisa valer-se da hermenêutica pluritópica, consistente na aplicação dos direitos humanos, segundo os tópicos e os princípios da dignidade da pessoa humana *in concreto*, por diagnosticar que as culturas consideradas em si mesmo são incompletas e por identificar como alternativa à incompletude o diálogo entre as culturas orientado pelo princípio *pro homine* ou *pro persona* (MEDICI, 2010). Essa orientação foi positivada na CPE/2009, no seu art. 256. A substância deste artigo é o princípio *pro persona*, que nasce da finalidade dos tratados internacionais em assegurar os direitos humanos.

Para Cavallo e Alcalá (2016), tal norma-princípio é bidimensional, ou seja, apresenta dimensões interpretativa e normativa. A primeira vertente manifesta-se na interpretação extensiva dos direitos e na restritiva dos limites dos direitos. Na interpretação extensiva, três sentidos são verificados, quais sejam: 1º) os direitos devem ser interpretados da maneira mais ampla possível para dar efetividade no caso em questão e adotar um efeito útil em garantir o exercício e o gozo dos direitos das pessoas; 2º) quando existir mais de uma interpretação do texto, deve-se preferir aquela que melhor respeite e garanta os direitos; e 3º) quando a norma é contrária à CADH e não há possibilidade da adoção de interpretação conforme, está autorizado o intérprete a inaplicar essa norma no caso concreto.

Na restritiva, entende-se que a interpretação das limitações ou as restrições dos direitos procede-se taxativamente, sem desenvolver interpretação extensiva ou analógica de outras situações que não assinaladas de modo expreso no texto legal. Por sua vez, a segunda vertente manifesta-se na preferência da norma mais protetora de direitos e na conservação da norma mais favorável. Nesta situação (conservação), adiciona-se à análise o elemento de temporalidade, uma vez que se trata de casos em que uma norma posterior pode deixar sem aplicação ou derogar, em um caso específico, uma norma anterior, tácita ou expressamente (CAVALLO; ALCALÁ, 2016).

Enquanto naquela situação (preferência), seleciona-se dentre as normas concorrentes aquela cujo conteúdo ofereça uma proteção mais favorável à pessoa ou aquela que contenha uma proteção mais especializada para o indivíduo. Destarte, não é possível estabelecer um critério geral em que se afirme que a norma

internacional sempre será a mais protetora que qualquer norma nacional à medida que a norma externa constitui *standard* mínimo (CAVALLO; ALCALÁ, 2016).

Seguindo essa lógica, o Tribunal Constitucional Plurinacional (TCP), no Expediente nº 20960-2017-42 AIA, declara, por força do art. 256 da CPE/2009, a inconstitucionalidade das normas que restringem o exercício do direito político na sua modalidade passiva (ser votado), constantes na lei reguladora das eleições; e determina a inaplicabilidade das regras constitucionais proibidoras de mais de uma reeleição consecutiva. Na análise do caso, o TCP verifica que o Estado da Bolívia é signatário da CADH e que este documento internacional aduz que exclusivamente por razões de idade, nacionalidade, residência, idioma, instrução, capacidade civil ou mental, ou condenação, por juiz competente, é lícita a limitação de direitos consagrados na destacada convenção, dentre eles o direito político (art. 23).<sup>26</sup>

Malgrado tais previsões convencionais, há normas domésticas que condicionam a reeleição a uma só vez e de modo contínuo. Percebe-se, pois, que a limitação constante na regra pátria não está abarcada em nenhuma das hipóteses limitativas positivadas no texto da CADH. Com efeito, a norma convencional é valorada como mais favorável em comparação com a regra nacional. Por tal razão, o TCP conclui, então, que o art. 23 da CADH tem aplicação preferente perante as regras restritivas dispostas na CPE/2009 (preferência interpretativa), o que resulta na paralisação dos efeitos destas e na inconstitucionalidade dos atos normativos impugnados da lei de regência das eleições (preferência normativa).

Em que pese a inexistência de artigo semelhante, na CRFB/88, ao mencionado dispositivo boliviano, o princípio *pro persona* também tem aplicação no Brasil com arrimo no art. 29, alínea *b* da CADH;<sup>27</sup> art. 5º do Pacto Internacional de Direito Civil e

---

<sup>26</sup> "Art. 23. Direitos Políticos 1. Todos os cidadãos devem gozar dos seguintes direitos e oportunidades: a) de participar da direção dos assuntos públicos, diretamente ou por meio de representantes livremente eleitos; b) de votar e se eleitos em eleições periódicas autênticas, realizadas por sufrágio universal e igual e por voto secreto que garanta a livre expressão da vontade dos eleitores; e c) de ter acesso, em condições gerais de igualdade, às funções públicas de seu país. 2. A lei pode regular o exercício dos direitos e oportunidades e a que se refere o inciso anterior, exclusivamente por motivos de idade, nacionalidade, residência, idioma, instrução, capacidade civil ou mental, ou condenação, por juiz competente, em processo penal". (BRASIL, 1992a).

<sup>27</sup> "Normas de Interpretação. Nenhuma disposição desta Convenção pode ser interpretada no sentido de: d) excluir ou limitar o efeito que possam produzir a Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem e outros atos internacionais da mesma natureza" (BRASIL, 1992a).



Político;<sup>28</sup> e art. 5º do Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais;<sup>29</sup> pois o Estado Brasileiro é parte dos respectivos tratados internacionais. Ou seja, os sujeitos internacionais que fazem parte do SIDH estão vinculados a tal princípio (CAVALLO; ALCALÁ, 2016).

Nota-se que a aplicação deste princípio pelo STF, no julgamento do RE nº 466.343/SP, mesmo que a incidência de tal axioma não tenha se dado de modo expresso e haja a criação de nível hierárquico *in abstracto*, já que esse órgão jurisdicional, devido ao caráter especial dos tratados internacionais de direitos humanos na proteção da pessoa, afasta a aplicabilidade da parte final do art. 5º, inciso LXVII da CRFB/88 – prisão civil do depositário infiel – diante do efeito paralisante do art. 7º, 7 da CADH em relação à legislação infraconstitucional que rege a matéria. Essa é a principal observância deste princípio no Brasil naquilo que se refere ao relacionamento entre ordem interna e internacional.

Sobre esse tema, ensina Sarmiento (2008) que o efeito direto<sup>30</sup> da ordem jurídica internacional permite que, em caso de colisão normativa, se deixe de aplicar ou se refute a norma nacional contraditória com a norma externa, desde que a tentativa de leitura de compatibilização do direito interno e externo reste frustrada. Ainda assim, para que possa primar à ordem internacional, ela precisa ter eficácia e pretensão de efetividade no mundo jurídico, pois um ordenamento que não surte efeitos jurídicos não prima sobre nada.

Nesse panorama de pluralismo, a hierarquia *in abstracto* sede espaço para a hierarquia *in concreto*, o que significa que o sistema jurídico escalonado é

---

<sup>28</sup> “Art. 5. 1. Nenhuma disposição do presente Pacto poderá ser interpretada no sentido de reconhecer a um Estado, grupo ou indivíduo qualquer direito de dedicar-se a quaisquer atividades ou praticar quaisquer atos que tenham por objetivo destruir os direitos ou liberdades reconhecidos no presente Pacto ou impor-lhe limitações mais amplas do que aquelas nele previstas. 2. Não se admitirá qualquer restrição ou suspensão dos direitos humanos fundamentais reconhecidos ou vigentes em qualquer Estado Parte do presente Pacto em virtude de leis, convenções, regulamentos ou costumes, sob pretexto de que o presente Pacto não os reconheça ou os reconheça em menor grau”. (BRASIL, 1992b).

<sup>29</sup> “Art. 5º. 1. Nenhuma das disposições do presente Pacto poderá ser interpretada no sentido de reconhecer a um Estado, grupo ou indivíduo qualquer direito de dedicar-se a quaisquer atividades ou de praticar quaisquer atos que tenham por objetivo destruir os direitos ou liberdades reconhecidos no presente Pacto ou impor-lhe limitações mais amplas do que aquelas nele previstas. 2. Não se admitirá qualquer restrição ou suspensão dos direitos humanos fundamentais reconhecidos ou vigentes em qualquer país em virtude de leis, convenções, regulamentos ou costumes, sob pretexto de que o presente Pacto não os reconheça ou os reconheça em menor grau”. (BRASIL, 1992c).

<sup>30</sup> Compreende-se por efeito direto a aplicabilidade direta dos direitos internacionais dos direitos humanos no âmbito nacional.

reformulado à luz do princípio *pro persona*. Não sendo possível a harmonização entre a ordem interna e a internacional, o guia da prevalência não é mais o status da norma (nacional ou supranacional), mas sim o padrão de mais alta e melhor tutela da pessoa humana. Desse modo, em determinado contexto fático, a norma inserta, em tratado de direitos humanos, pode ter aplicação prevalente em comparação com a norma estatal; e, em outro cenário, ocorrer o inverso – a prevalência da norma nacional.

## 2. PODER CONSTITUINTE DERIVADO REFORMADOR

Identificam-se, ao menos, três perspectivas de tratamento do tema, a saber: histórico-genética, centrada no estudo da origem histórica do Poder Constituinte; jurídico-filosófica ou teórico-jurídica, destinada à análise do problema do fundamento de validade ou da pretensão de validade da constituição; e teórico-constitucional, ocupada de investigar a ordenação das instâncias e as forças presentes, seja no momento do aparecimento do Poder Constituinte (momento impulsivo), seja na fase constitutiva da Constituição (CANOTILHO, 2003).

Ao longo desta seção, estuda-se o Poder Constituinte Derivado Reformador nessas três perspectivas. Isso não quer dizer que a definição e as principais características do Poder Constituinte Originário não sejam elementos pesquisados nesse trabalho, haja vista que constituem assuntos cuja explicação é premissa para assimilação do desiderato dessa pesquisa.

A contemporânea acepção do Poder Constituinte como o processo histórico de revelação da Constituição (constitucionalismo inglês)<sup>1</sup> em documento escrito (constitucionalismo americano)<sup>2</sup> que rompe com o regime anterior (constitucionalismo francês)<sup>3</sup> é o saldo das experiências constituintes inglesa, americana e francesa (CANOTILHO, 2003).

---

<sup>1</sup> Para o autor, no constitucionalismo inglês, a forma de traçar limites ao poder e de garantir direitos e liberdades não era de criar uma constituição, entendida como lei fundamental, mas o de retratar os privilégios e as liberdades já conferidos a alguns indivíduos em diversos documentos normativos. Portanto, no modelo constitucional inglês, a Constituição é retrato de uma realidade sem capacidade de projetar nova ordem jurídica e política. Ou melhor, processo histórico de revelação do significado das normas constitucionais.

<sup>2</sup> No modelo norte-americano, surgido durante a práxis política das ex-colônias inglesas, o pacto social denominado constituição, que funda e rege o Estado, cujas normas estão inseridas em documento escrito, exige a participação direta do povo. Isso se baseia na ideia inglesa de que a fundação de determinada congregação é o resultado de um contrato no qual se estatua o disciplinamento de culto. Com efeito, os primeiros colonos norte-americanos incorporaram essa noção do pacto puritano ao seu esquema político (VALLE, 1993).

<sup>3</sup> A Constituição francesa é a primeira constituição escrita da Europa, elaborada ao longo dos anos de 1789-1791 e publicada, em um único instrumento, em 3 de setembro de 1791, com influência do modelo constitucional norte-americano. A diferença entre este modelo e o francês não pode ser buscada na oposição entre o regime republicano e o monárquico, uma vez que, já naquela época, na França, a situação do rei era mais fraca do que a de um governador ou presidente (JELLINEK, 2000). A identidade do modelo francês está na introdução da nação como titular do Poder Constituinte, que permite criar nova ordem jurídica e política dirigida ao futuro com ruptura ao "*ancien regime*". (CANOTILHO, 2003).

Cumpra salientar que, conquanto o surgimento da Constituição esteja associado a eventos de natureza revolucionária, sua compreensão como ordem jurídica fundamental da comunidade não exige, para sua existência, a vigência do princípio democrático e da soberania popular, uma vez que o constitucionalismo, esforço teórico e prático de limitação do poder do governante, surge mais de um século antes do conceito de constituição (DALMAU, 2012).

Mas que, segundo Dalmau (2012), com a passagem da modernidade para a contemporaneidade, que trouxe consigo a alteração da fundamentação do poder político, a participação do povo torna-se exigência para o reconhecimento da legitimidade do Poder Constituinte.

O que confere legitimidade à Constituição não é uma norma ética ou jurídica,<sup>4</sup> mas uma decisão política emanada de um ser político denominado Poder Constituinte, que tem força e autoridade de definir a forma e o modo da existência do Estado. No regime democrático, o povo é o sujeito de definição do Estado, consistente na unidade política do povo<sup>5</sup> (SCHMITT, 1996).

O próprio termo latino *constituere*, empregado para fazer referência à criação constitucional, é o resultado da junção do prefixo *con-* ao verbo *statuere*. Um dos significados gramaticais do pré-fixo é junto; enquanto do verbo, é construir, estabelecer, redigir. Assim, em tradução literal, *constituere* corresponde ao ato de fundar junto ou criar conjuntamente (KALYVAS, 2005).

Poder Constituinte e democracia são conceitos cada vez mais intercalados. Falar de um exige comentar sobre o outro na medida em que o Poder Constituinte, seja considerado como fonte onipotente e expansiva de elaboração de normas seja como sujeito de produção, identifica-se com a política<sup>6</sup> em uma sociedade

---

<sup>4</sup> Segundo Hermann Heller (2015), nesse ponto, Carl Schmitt se contradiz ao afirmar que normas éticas ou jurídicas não condicionam a validade de uma Constituição ao tempo em que diz que a situação jurídica de fato e de direito fornecem legitimidade à constituição. Na verdade, um Poder Constituinte que não está vinculado aos setores decisivos na estrutura do poder, por meio de princípios jurídicos comuns, não tem poder nem autoridade, ou melhor, sequer existe. O contingente humano, sem normatização, não tem vontade capaz de decisão nem poder com capacidade de ação e autoridade.

<sup>5</sup> Quando se fala que o Estado é unidade de ação e decisão, quer se dizer com isso que ele é o beneficiário das ações e das decisões do soberano, o povo (BEAUD, 1993).

<sup>6</sup> O produto desse poder, a Constituição, insere-se no centro da teoria política normativa e se revela com a maior e mais importante dimensão da política. Esta, no entanto, não se reduz à legalidade abstrata, isto é, o tratamento da política na Constituição não é exauriente. O Poder Constituinte muda o enfoque: de exame apenas interno da Constituição, geralmente mecânico, para o estudo do

democrática, pois além da atividade produtiva de normas, estrutura os poderes e regula a política democrática (NEGRI, 2015).<sup>7</sup> Se o regime democrático tem sentido jurídico é porque o povo intervém como detentor do poder soberano, isto é, do Poder Constituinte (BEAUD, 1993).

Para Sieyès (2019), a formação da sociedade política envolve três momentos diferentes: primeiro, os indivíduos decidem se reunir e formam uma nação; posteriormente, essas pessoas reunidas buscam dar consistência a essa união, discutem entre si e decidem (ato de vontade) sobre as necessidades públicas e os meios de provê-las. Nessa etapa, separa-se tudo o que é imprescindível para velar pela atenção pública e confia parcela dessa vontade nacional, isto é, do poder a alguns, mediante representação. A última época está atrelada não à vontade comum real, mas à representativa.

Observa-se que a nação antecede ao surgimento do Estado e que a constituição, que o funda, é obra do Poder Constituinte. Em outros termos, a nação não tem sua existência condicionada à regra ou forma constitucional,<sup>8</sup> tanto é que ela tem o poder (portanto, titular) de reformar a Constituição ou, diante da alteração das intenções, elaborar nova Constituição (SIEYÈS, 2019).

Sieyès transfere a soberania do povo para a nação,<sup>9</sup> que é exercida por meio de representantes eleitos.<sup>10</sup> Existem, assim, duas categorias de cidadãos. A primeira

---

dinamismo do relacionamento entre os documentos constitucionais e seus destinatários, evita-se a normatização total da política. Atenta-se, assim, aos momentos de descontinuidades legais e disruptivos (KALYVAS, 2005).

<sup>7</sup> Negri identifica que o povo, a nação ou a multiplicidade de poderes jurídicos e factuais podem ser o titular do Poder Constituinte (LEÓN, 2019).

<sup>8</sup> Tradução livre: "Uma nação não deve se prender a algumas formas positivo. Ele correria o risco de perder sua liberdade, sem retorno, porque apenas um sucesso momentâneo da tirania seria suficiente para sacrificar os povos sob o pretexto de uma constituição, a tal forma no que ele não será mais capaz de expressar livremente sua vontade e, portanto, abala dar as correntes do despotismo". No original: "[...] *una nación no debe encerrarse en unas formas positivas. Se expondría a perder su libertad, sin retorno, pues sólo bastaría un momentáneo éxito de la tiranía, para sacrificar a los pueblos con el pretexto de una constitución, a una forma tal en la que ya no podrá expresar libremente su voluntad, y por tanto sacudirse las cadenas del despotismo*" (SIEYÈS, 2019, p. 64).

<sup>9</sup> Povo refere-se ao elemento humano de determinado Estado, em que cada indivíduo considerado singularmente tem aptidão de participar na formação da vontade política do país, no gozo da cidadania; enquanto nação está ligada ao conceito de um agrupamento de pessoas que compartilham, em regra, as mesmas línguas, os mesmos costumes, a mesma cultura etc. Nesse último conceito, inserem-se não somente o povo, mas também outras pessoas (população).

<sup>10</sup> Para Jean-Jacques Rousseau (2009), a soberania e a titularidade do poder são indelegáveis e não admitem representação, visto que a soberania corresponde ao exercício da vontade geral pela coletividade e não por um(ns) indivíduo(s) em específico.

refere-se à cidadania passiva,<sup>11</sup> destinada à coletividade de cidadãos, que são possuidores de direitos civis ou naturais, tais como o direito à proteção pessoal, à tutela de sua propriedade e liberdade, mas não fazem parte da formação dos poderes públicos (COSANI, 2017).

Os cidadãos ativos, além da titularidade dos direitos civis, possuem direitos políticos, ou melhor, são aqueles que exercem o poder soberano, que organizam o Estado, definem direitos e estabelecem limites, escolhidos através de eleições periódicas (COSANI, 2017).

Para León (2019), três requisitos devem estar preenchidos para que o Estado seja democrático de direito, quais sejam: 1) a existência de uma constituição dotada de supremacia;<sup>12</sup> 2) o estabelecimento de direitos fundamentais na constituição; e 3) a defesa do pluralismo democrático. O Poder Constituinte traduz, assim, como poder consensual e democrático.

Malgrado a evolução no campo da legitimidade, Dalmau (2012) vislumbra involução da teoria do Poder Constituinte ao fazer desaparecer as transformações revolucionárias, sobretudo com a falta de significado jurídico da constituição e a elaboração conceitual do Poder Constituído, que representa o pensamento liberal conservador de boa parte do século XX. Com isso, qualquer avanço que se deseja produzir tem que se desenvolver nos limites do poder político organizado.

Compreendem-se por Poder Constituído aquele proveniente da ação do constituinte originário,<sup>13</sup> isto é, os poderes estatais (executivo, legislativo e judiciário)

---

<sup>11</sup> Nessa categoria de cidadãos, estão os estrangeiros, as crianças e as mulheres.

<sup>12</sup> Como o observado na seção primeira da dissertação, a supremacia, no contexto do pluralismo constitucional, não é mais estática. A justificativa para a primazia encontra-se na norma que mais e melhor proteja a pessoa humana, seja constitucional ou convencional.

<sup>13</sup> Segundo Ferreira Filho (2004), em sua interpretação do pensamento de Sieyès, o Poder Constituinte Originário apresenta quatro características, a saber: 1) situação de permanência, visto que o poder não desaparece após a conclusão de seu trabalho na elaboração do texto originário da constituição; 2) caráter ilimitado, pois o poder que cria o Estado não tem a obrigação de respeitar os limites postos pelo direito positivo anterior; 3) incondicional, uma vez que não está vinculado à forma prefixada para manifestar sua vontade; e 4) qualidade de inicial, porque dá origem ao ordenamento jurídico. Canotilho (2003), contudo, critica a ideia de ilimitação do poder por entender que este não se concebe em um limbo jurídico, político e social, motivo pelo qual sustenta que os padrões e os modelos de conduta culturais, sociais, ético arraigados na comunidade e, como vontade popular, devem ser observadas, assim como se exige a harmonia com os princípios de Direito Internacional (por exemplo, a autodeterminação, a observância dos direitos humanos) e de justiça (supralegais, mas intrajurídicos). Para Kalyvas (2005), isso não compromete o caráter ilimitado. Esses princípios, desde que gerais, claros e estáveis, servem para evitar arbitrariedade e violência pelo Poder Constituinte. São axiomas imanentes que nascem da sua própria ação de instituir. Em interpretação ao pensamento de Sieyès,

e o Poder Instituído. Este que se manifesta na modificação (derivado reformador), na revisão (derivado de revisão) da constituição e na formulação das constituições dos Estados-membros e na elaboração da Lei Orgânica do Distrito Federal (derivado decorrente), entre outras manifestações.<sup>14</sup> Todos eles têm como característica a derivação, a subordinação e o condicionamento (FERREIRA FILHO, 2013). Trata-se de um poder jurídico e não político, já que tem como seu nascedouro a constituição do Estado.

Diz-se derivado o Poder Constituinte Instituído por extrair sua força de validade do Poder Constituinte Originário, limitado,<sup>15</sup> pois, uma vez fundado por um poder que o antecede, está subordinado ao direito inaugurado com a constituição; e condicionado por se submeter às formas prescritas neste documento constitucional (FERREIRA FILHO, 2013). Adiciona-se a tais atributos a eficácia, já que o mencionado poder tem a pretensão de harmonizar o texto constitucional com a realidade política e social (TOMA, 2010).

Estuda-se, no tópico seguinte, a razão que justifica a necessidade de um Poder Constituinte Derivado Reformador nas constituições.

## 2.1 Fundamentação do Poder Constituinte Derivado Reformador

Caracterizado pela ausência de limites, o Poder Constituinte Originário manifesta suas escolhas políticas em documento escrito intitulado Constituição. Estas escolhas, no entanto, refletem as forças sociais, os princípios/costumes da

---

Beaud Olivier (1994) observa que o processo que leva ao estabelecimento de uma Constituição envolve dois fenômenos constituintes, a saber: um desconstituinte, correspondente o rompimento ilegal da ordem constitucional (atividade de desconstituição); e outro reconstituinte, que cria uma nova Constituição (atividade de reconstituição).

<sup>14</sup> Observa Ferreira Filho (2001) que se costuma diferenciar reforma, revisão e emenda. A primeira representa a alteração da Constituição em sua integralidade, a exemplo da EC nº 1/69 em relação à Constituição brasileira de 1967. A segunda refere-se à reforma periodicamente programada. Já a emenda é a modificação pontual no texto constitucional. Em que pese essa distinção semântica apresentada por Ferreira Filho, opta-se por empregar o poder de emendar a Constituição como sinônimo do poder de reformá-la, pois a teoria do Poder Constituinte, no Brasil, aborda esses termos de modo indistinto, então, para evitar interpretações equivocadas deste trabalho, adota-se a terminologia utilizada pela doutrina nacional.

<sup>15</sup> Burckhardt assume uma posição minoritária de acordo com a qual o Poder Constituinte não se sujeita a limitações, inclusive aquelas contempladas expressamente (limites expressos) no texto constitucional. (FERREIRA FILHO, 2013).

comunidade e as relações entre os sujeitos do Direito Internacional, no momento de sua formação, isto é - nos debates entre o povo ou os representantes deste na busca pelo consenso para compor a vontade estatal.

Como obras humanas, as constituições escritas, confeccionadas em determinada realidade histórica e cultural, são imperfeitas. Por tal motivo, precisam conter mecanismos para adaptar o seu texto às novas realidades e aos novos desafios políticos e jurídicos, bem como para preencher as lacunas que contenham. Essa possibilidade de adequação textual do documento constitucional é guiada pela preocupação em manter sua continuidade, sua identidade e seus princípios fundamentais<sup>16</sup> (ALCALÁ, 2009).

No que atinge à CRFB/88, Ulysses Guimarães (1988), então presidente da Assembleia Nacional Constituinte, em seu discurso no momento da promulgação, expressa que “[...] Constituição certamente não é perfeita. Ela própria o confessa ao admitir a reforma”. Essa reforma permite enfrentar a evolução das circunstâncias históricas e sociais dos povos (ALCALÁ, 2009).

Não obstante a importância desse mecanismo para adaptar a dinâmica constitucional às condições sociais em constante mudança, cada reforma da constituição representa uma operação, uma intervenção em um organismo vivente (sociedade), portanto, deve ser efetuada com cuidado e reserva para que não vilipendie o sentimento constitucional, com emendas empreendidas por razões oportunistas no intento de facilitar a gestão política (LOEWENSTEIN, 1979).

Aliás, entende Karl Loewenstein que, sob o prisma da validade, qualquer reforma constitucional, mesmo as puramente técnicas, concorrem por depreciar esse sentimento (HORTA, 1992). Em outros termos, a corrosão sentimental da constituição ocorre com a mera alteração de seu texto, independente do motivo da reforma destinar-se a interesses oportunistas ou não.

Sentimento constitucional é uma expressão utilizada para designar os fenômenos sociológicos e psicológico-sociais do existencialismo político mais difícil de captar. Traduz-se como a consciência da comunidade que, ao transcender os

---

<sup>16</sup> Os princípios fundamentais podem ser ampliados pela reforma constitucional, mas o Poder Reformador não é autorizado a reduzir ou a abolir direito ou garantia individual, pois há expressa vedação na Constituição nesse sentido (art. 60, §4º, inciso IV, da CRFB/88).



antagonismos e as tensões econômico-sociais, religiosas, político-partidária etc., integra detentores e destinatários do poder soberano em uma ordem comunitária dotada de força normativa (obrigatoriedade), que vincula o processo político aos interesses da sociedade (LOEWENSTEIN, 1979).

A criação desse sentimento depende de fatores irracionais, da vivência histórica e da mentalidade de um povo, sobretudo quando a constituição nasce em época de necessidade nacional. Isso explica, mas não exclusivamente, a longevidade de um diploma constitucional; tal como a Constituição Norte-americana de 1787, que, em torno de dois séculos, não sofreu modificação, o que reforçou sua força simbólica de durabilidade (LOEWENSTEIN, 1979).

A Constituição Norte-americana de 1787 é exemplo de constituição sintética, que não adentra em temas que não dizem respeito diretamente à matéria constitucional, daí as raras aparições do Poder Constituinte Reformador.

Ao observar essa situação das constituições concisas, Ferreira Filho (2001) assinala que a reforma do texto constitucional é consequência esperada de constituições analíticas, como a CRFB/88, que, ao detalhar soluções para além de limitar o poder estatal, organizar a política e estatuir direitos fundamentais, logo, tornam-se desatualizadas em face de novas políticas e novos tempos.

Para Karl Loewenstein, a dificuldade de concretização da norma constitucional, o constante processo de emenda da constituição, a indiferença para com este documento, entre outros fenômenos, implicam a erosão da consciência constitucional e a desvalorização da constituição em uma democracia constitucional (HORTA, 1992).

Horta (1992), em discordância com o pensamento de Karl Loewenstein no tocante ao relacionamento entre a reforma e o sentimento constitucional, defende que não acarretam, por si só, desestima constitucional às mudanças na constituição. Estas, em regra, introduzem correções e aperfeiçoamento no seu texto, por estar insatisfeito com o texto que propõe alterar ou substituir.

A fragilização do sentimento constitucional é efeito não do ato do Poder Constituinte Reformador, que adapta a Constituição ao novo contexto, ou da quantidade de emendas constitucionais, mas da sobreposição do interesse particular sobre o coletivo no exercício deste poder. Ademais, a reforma não pode ser

completa, ou melhor, sobre todo o texto constitucional, assim como não se é permitida a supressão ou a restrição dos direitos contidos no núcleo essencial da Constituição (tema comentado nas subseções 2.4 e 3.5), pois a descaracterizaria. A Constituição, nessas hipóteses, perderia sua identidade, a exemplo do que fez a EC nº 1/69<sup>17</sup> com a Constituição brasileira de 1964.

No tópico a seguir, estuda-se o procedimento de reforma constitucional, desde os legitimados para apresentar a proposta de emenda até a promulgação e publicação pelo CN. Incluída, nessa análise, a reflexão quanto à participação do chefe do Poder Executivo.

## 2.2 Procedimento de alteração formal da CRFB/88

Como visto no tópico anterior, o constituinte derivado reformador tem como fundamento a necessidade de atualização do texto constitucional consoante às exigências promovidas pela modificação da realidade da sociedade, sem que, com isso, haja descaracterização da identidade constitucional; revelada essa identidade nas escolhas do constituinte originário. Para que isso ocorra, a CRFB/88 estabelece procedimento solene a ser seguido pelo órgão competente.

Diz-se solene o procedimento de reforma, pois, no Brasil, o rito para aprovação de uma Proposta de Emenda Constitucional (PEC) é mais dificultoso do que para a criação ou para a alteração de uma lei. Enquanto que, para esta, impõem-se maioria simples ou absoluta a depender se se trata de lei ordinária ou complementar; para aquela reclama quórum de maioria qualificada (três quintos).

Essa complexidade maior na alteração formal da Constituição em comparação com o procedimento legislativo ordinário a qualifica como rígida<sup>18</sup> e

---

<sup>17</sup> Malgrado a EC nº 1/69 seja formalmente uma EC, tal o grau de alteração do texto da Constituição brasileira de 1964, que representou, no plano material, uma verdadeira nova constituição.

<sup>18</sup> Para Alexandre de Moraes (2003), o fato de a CRFB/88 possuir cláusulas pétreas a coloca em nível de dificuldade de alteração mais exacerbado do que as constituições rígidas, uma vez que tais cláusulas tornam aquilo a que elas se referem um assunto imutável; portanto, classifica-a como super-rígida. No entanto, essa visão desconsidera que a classificação como rígida, semiflexível ou flexível atine-se ao procedimento formal de modificação do texto da constituição e não ao conteúdo das normas constitucionais. Alguma dessas normas, mais especificamente as constantes no art. 60, §4º, da CRFB/88, apresentam temas que não são passíveis de abolição por ato do Poder Reformador.

serve como justificativa da manutenção da jurisdição constitucional<sup>19</sup> (FERRERES, 2003).

Ao vislumbrar a rigidez constitucional, Sieyès (2019) diferencia a representação ordinária da extraordinária. A primeira consiste na atuação dos representantes em assuntos do cotidiano do Estado, mas que não sejam de matéria constitucional. Por sua vez, a segunda compreende o corpo de representantes que tem poderes especiais e excepcionais para agir em substituição à assembleia da nação, em temas que demandam a manifestação da vontade nacional, que, por delegação e, nos limites desta, são a eles atribuídas.

Essa diferenciação não significa que há impedimento para que tais representações sejam exercidas pela mesma pessoa. A Constituição pode autorizar o exercício da representação extraordinária pelo representante ordinário (SIEYÈS, 2019), assim como fez a brasileira ao prever, no seu art. 60, §2º, que cada casa do CN votará a PEC em dois turnos de votação.

Ao legitimar o exercício do Poder Reformador pelo CN, a CRFB/88 não confunde a atividade do legislador ordinário com a do extraordinário, visto que os senadores e os deputados federais precisam observar rito mais solene para atuarem como representantes extraordinários.

Nesse sentido, Ferreira Filho (2002) explica que o poder de reformar e o poder de legislar não se confundem na medida em que atuam em áreas diferentes e seus atos têm alcances diversos. Enquanto este poder muda outras leis e somente é válido se não contradisser a constituição, a emenda tem como pressuposto a contradição da constituição, com mudança da organização política e jurídica fundamental, para adaptá-la às novas realidades.

Inicia-se o procedimento de reforma com a apresentação da PEC por um dos legitimados do art. 60, incisos I a III, da CRFB/88, quais sejam: o Presidente da República; no mínimo, 1/3 dos deputados federais ou/e senadores; e mais da metade das assembleias legislativas dos Estados da federação, com manifestação de maioria simples de seus membros.

---

<sup>19</sup> Há outras justificativas para a existência da jurisdição constitucional, por exemplo, a supremacia do bloco de constitucionalidade. Esse tema será abordado na seção 3 deste trabalho.

Dentre os legitimados, observa-se que o único que tem a faculdade de sozinho inaugurar o processo de reforma é o Presidente da República. Todos os outros são obrigados a reunir esforços para atingir a fração mínima determinada pela Constituição para propor reforma constitucional.<sup>20</sup>

Não há, no processo legislativo federal, iniciativa popular para reforma constitucional, a não ser que um dos legitimados se aproprie da ideia do povo e apresente a PEC. De acordo com o STF, isso não exclui a possibilidade do Poder Constituinte Decorrente positivar em sua constituição estadual ou na Lei Orgânica do Distrito Federal tal espécie de legitimado.<sup>21</sup>

Apresentada a PEC, a presidência da Câmara dos Deputados ou do Senado Federal, conforme quem seja a casa iniciadora, emitirá despacho de encaminhamento do projeto de emenda à Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania (CCJ), que tem a incumbência de emitir parecer sobre a admissibilidade da proposta (PONZILACQUA; HENRIQUES, 2017).

Esse parecer tem caráter opinativo, já que carece de poder terminativo a CCJ em relação às PECs e há interesse público envolvido nessa votação (PONZILACQUA; HENRIQUES, 2017), tanto que o Regimento Interno da Câmara dos Deputados (RICD), no seu art. 202, §1º, autoriza que o autor da proposta com o apoio de 1/3 dos deputados requeira a apreciação preliminar em plenário.

---

<sup>20</sup> Não se admite a iniciativa individual por senador ou deputado federal. A PEC deve ser subscrita por 27 senadores, 171 deputados ou em conjunto entre a Câmara e o Senado, para ser válida. Outra possibilidade é a manifestação por maioria simples dos membros das assembleias legislativas de 14 estados brasileiros ou 13 estados e o Distrito Federal. Apesar de o texto constitucional não fazer menção ao Distrito Federal, o STF entende que tal unidade exerce Poder Constituinte Derivado Decorrente semelhante aos Estados-membros, que o legitima a propor reforma da CRFB/88. *In verbis*, “[...] A Lei Orgânica do Distrito Federal constitui instrumento normativo primário destinado a regular, de modo subordinante - e com inegável primazia sobre o ordenamento positivo distrital - a vida jurídico-administrativa e político-institucional dessa entidade integrante da Federação brasileira. Esse ato representa, dentro do sistema de direito positivo, o momento inaugural e fundante da ordem jurídica vigente no âmbito do Distrito Federal. Em uma palavra: a Lei Orgânica equivale, em força, autoridade e eficácia jurídicas, a um verdadeiro estatuto constitucional, essencialmente equiparável as Constituições promulgadas pelos Estados-membros” (STF – ADI nº 980 MC, Relator CELSO DE MELLO, Tribunal Pleno, julgado em 3/02/1994, DJ 13/05/1994). (BRASIL, 1994).

<sup>21</sup> “[...] 3. É facultado aos Estados, no exercício de seu poder de auto-organização, a previsão de iniciativa popular para o processo de reforma das respectivas Constituições estaduais, em prestígio ao princípio da soberania popular (art. 1º, parágrafo único, art. 14, I e III, e art. 49, XV, da CF). 4. Ação direta de inconstitucionalidade parcialmente conhecida e, nessa parte, julgada parcialmente procedente” (STF - ADI nº 825, Relator Alexandre de Moraes, Tribunal Pleno, julgado em 25/10/2018, DJe nº 139, divulgado em 26/06/2019, publicado em 27/06/2019) (BRASIL, 2019).

Admitida pela CCJ, o relator designará comissão(ões) especial(is) para o exame da admissibilidade e do mérito da proposição (art. 202, §2º c/c art. 34, inciso I e §2º do RICD). O parecer desta comissão não vincula o plenário, que pode divergir das conclusões redigidas no opinativo.

Ao longo da tramitação, é factível que a proposta receba emenda apresentada pela CCJ, pela(s) comissão(ões) especial(is) ou pelo plenário da Câmara dos Deputados ou do Senado Federal, desde que obedecido o quórum de 1/3 de deputados ou senadores.<sup>22</sup> Nessa situação, devolve-se a proposta de análise das casas legislativas e suas respectivas comissões.

Não obstante, a supressão de termo ou expressão constante no texto do projeto pelo Senado Federal não precisa ser reapreciada pela Câmara dos Deputados, quando a redação remanescente, aprovada em ambas as casas legislativas, não perde seu sentido jurídico (BRASIL, 2006). Do mesmo modo, a supressão de palavra(s) pela Câmara de Deputados não necessita ser novamente apreciada pelo Senado Federal, se a eliminação de termo(s) não acarretar mudança da semântica jurídica.

Considera-se aprovada a PEC que obtiver, em dois turnos de votação em cada casa do CN, 3/5 dos votos de senadores e deputados federais, em sessão bicameral, ou seja, que 81 senadores e 308 deputados federais se posicionem favoravelmente à reforma do texto constitucional. A CRFB/88 não delimitou interstício mínimo entre esses turnos, o que impede a interferência judicial no processo político, espaço

---

<sup>22</sup> "Art. 202. [...] § 3º Somente perante a Comissão Especial poderão ser apresentadas emendas, com o mesmo quórum mínimo de assinaturas de Deputados e nas condições referidas no inciso II do artigo anterior, nas primeiras dez sessões do prazo que lhe está destinado para emitir parecer. § 4º O Relator ou a Comissão, em seu parecer, só poderá oferecer emenda ou substitutivo à proposta nas mesmas condições estabelecidas no inciso II do artigo precedente. [...] Art. 203. A proposta de emenda à Constituição recebida do Senado Federal, bem como as emendas do Senado à proposta de emenda à Constituição oriunda da Câmara, terá a mesma tramitação estabelecida no artigo precedente" (CÂMARA DOS DEPUTADOS, 1989). "Art. 356. [...] Parágrafo único. O parecer da Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania que concluir pela apresentação de emenda deverá conter assinaturas de Senadores que, complementando as dos membros da Comissão, compreendam, no mínimo, um terço dos membros do Senado. [...] Art. 358. Decorrido o prazo de que trata o art. 356 sem que a Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania haja proferido parecer, a proposta de emenda à Constituição será incluída em Ordem do Dia, para discussão, em primeiro turno, durante cinco sessões deliberativas ordinárias consecutivas. [...] § 2º Durante a discussão poderão ser oferecidas emendas assinadas por, no mínimo, um terço dos membros do Senado, desde que guardem relação direta e imediata com a matéria tratada na proposta" (SENADO FEDERAL, 2019).

destinado à atuação típica do Poder Legislativo.<sup>23</sup>

Malgrado a ausência de previsão, na constituição, do intervalo entre os turnos de votação, o Regimento Interno da Câmara dos Deputados estipula o lapso temporal de cinco sessões;<sup>24</sup> por sua vez, o Regimento Interno do Senado Federal estabelece o intervalo de cinco dias úteis entre uma votação e outra.<sup>25</sup> Com efeito, o desrespeito a tais prazos não consiste em afronta à norma constitucional, mas sim às normas regimentais.

Caso a proposta não atinja esse quórum de maioria qualificada, a matéria constante na PEC rejeitada ou prejudicada está impossibilitada de ser objeto de nova proposta na mesma sessão legislativa (art. 60, §5º, da CRFB/88).

Se aprovada em dois turnos de votação pela casa revisora, a PEC será então promulgada conjuntamente pelas Mesas da Câmara dos Deputados e do Senado Federal, com fulcro no art. 60, §3º, da CRFB/88.<sup>26</sup> A partir desse momento, a PEC se converte em EC e recebe um número de ordem (FERREIRA FILHO, 2001).

Diferentemente do processo legislativo ordinário, a participação do Presidente da República na reforma da Constituição restringe-se à iniciativa. Não há sanção ou veto, promulgação ou publicação por parte do chefe do Poder Executivo, visto que a alteração formal da Constituição é expressão do Poder Constituinte Derivado Reformador.

A solução encontrada pelo legislador extraordinário, em face da dificuldade do procedimento de reforma constitucional, consiste no fracionamento da PEC em que

---

<sup>23</sup> Nesse sentido, o STF assimila que a “[...] Constituição Federal de 1988 não fixou um intervalo temporal mínimo entre os dois turnos de votação para fins de aprovação de emendas à Constituição (CF, art. 62, §2º), de sorte que inexistente parâmetro objetivo que oriente o exame judicial do grau de solidez da vontade política de reformar a Lei Maior. A interferência judicial no âmago do processo político, verdadeiro *locus* da atuação típica dos agentes do Poder Legislativo, tem de gozar de lastro forte e categórico no que prevê o texto da Constituição Federal. Inexistência de ofensa formal à Constituição brasileira” (STF - ADI nº 4.425, Rel. Min. Luiz Fux, julgamento em 14/03/2013, Diário de Justiça nº 251, publicado 19/12/2013) (BRASIL, 2013).

<sup>24</sup> “Art. 202. [...] § 6º. A proposta será submetida a dois turnos de discussão e votação, com interstício de cinco sessões” (CÂMARA DOS DEPUTADOS, 1989).

<sup>25</sup> “Art. 362. O interstício entre o primeiro e o segundo turno será de, no mínimo, cinco dias úteis” (SENADO FEDERAL, 2019).

<sup>26</sup> “Art. 203. [...] Parágrafo único. Quando ultimada na Câmara a aprovação da proposta, será o fato comunicado ao Presidente do Senado e convocada sessão para promulgação da emenda” (CÂMARA DOS DEPUTADOS, 1989). “Art. 369. Quando a aprovação da proposta for ultimada no Senado, será o fato comunicado à Câmara dos Deputados e convocada sessão para promulgação da emenda (Const., art. 60, § 3º)” (SENADO FEDERAL, 1970).

o texto aprovado nas casas legislativas é promulgado e publicado, enquanto a parte textual que há divergência prossegue em tramitação. Essa estratégia é denominada PEC fracionada ou paralela, que tem como exemplo a EC nº 47/2005 (JUNQUEIRA, 2015).

Há, contudo, situações fáticas que impedem a Constituição de ser emendada e que, por impedir a manifestação do Poder Reformador, são denominadas pela doutrina de limitações circunstanciais. Estão elas taxativamente previstas no §1º, do art. 60, da CRFB/88. Destarte, durante a vigência de intervenção federal, estado de defesa e estado de sítio, a reforma constitucional está temporariamente impossibilitada, caso contrário, a norma constitucional derivada será considerada inconstitucional.<sup>27</sup>

Isso porque tais medidas apontadas importam numa anormalidade política que cobra do CN a fiscalização destas no intento de evitar arbitrariedades, com efeito, o ambiente desfavorável para apreciação objetiva das PECs (FERREIRA FILHO, 2001).

### **2.3 Limitações substanciais do Poder Constituinte Reformador**

A validade de uma EC não depende tão somente da observância ao rito traçado pelo constituinte originário e da ausência de circunstâncias impeditivas da reforma, mas também da preservação da identidade da constituição, mediante respeito às cláusulas pétreas. Estas, expressas ou implícitas, apresentam-se como limitação substancial (conteúdo) ao Poder Reformador, o que tem ocasionado divergência doutrinária acerca da possibilidade jurídica de limitá-lo.

Para Martínez (1998), em que pese limite e limitação serem empregados como sinônimos, esses substantivos possuem semântica distinta. O primeiro refere-se ao campo de ação ou ao exercício de um poder ou de uma faculdade; enquanto o segundo consiste na restrição da ação ou do exercício de um poder ou de uma

---

<sup>27</sup> O texto constitucional é indicativo que a vedação é da promulgação da EC, na vigência de estado de sítio, estado de defesa e intervenção federal, mas não da propositura e da discussão de PEC. Até houve a provocação do STF, mediante a impetração do Mandado de Segurança (MS) nº 35.535, para que esse órgão jurisdicional concedesse medida cautelar para impedir a tramitação de PEC durante a intervenção federal na segurança pública do estado do Rio de Janeiro, no entanto, tal remédio constitucional foi denegado por decisão monocrática do Min. Rel. Dias Toffoli, que diz que não há proibição expressa à tramitação durante o período da intervenção.

faculdade. Apenas se é factível restringir algo que já foi previamente delimitado. Assim, as cláusulas pétreas constituem limitações e não limites, uma vez que não delimitam, restringem algo já delimitado.

Em divergência a este raciocínio, Virgílio Afonso da Silva (2006) sustenta que não se pode distinguir regulamentação e restrições no âmbito dos direitos fundamentais, em um modelo de suporte fático amplo.<sup>28</sup> Nesse modelo, toda regulação deve ser interpretada como restrição, já que regulamentar o exercício de um direito acarreta excluir de tal exercício aquilo que a regulação não abordar; ao tempo que toda restrição precisa ser considerada regulamentação, visto que não se limita direito fundamental sem fundamentação e sem o objetivo de harmonizar o gozo desses direitos.

Conquanto as peculiaridades dos termos segundo Martínez, concorda-se com Virgílio Afonso da Silva quanto à impossibilidade de diferenciação entre regulamentação e restrição no âmbito dos direitos fundamentais. Por conseguinte adotam-se limites e limitações como substantivos sinônimos quando o modelo de suporte fático dos referidos direitos é amplo, que é o caso do Estado brasileiro.

Stephen Holmes (2012) chama a atenção para aquilo que entende ser o paradoxo da democracia, isto é, como uma constituição criada pelo antepassado restringe a tomada de decisão pelo povo de hoje ou amanhã. Há a pressuposição de que os cidadãos contemporâneos são míopes e indisciplinados a tal ponto que são capazes de sacrificar princípios duradouros por prazeres ou vantagens imediatas.

De um lado, a Constituição seria o freio, que impede o sacrifício desses princípios, portanto, uma necessidade.<sup>29</sup> Por outro, as normas constitucionais,

---

<sup>28</sup> O suporte fático é a conjugação do âmbito de proteção com a intervenção estatal. Aquele se refere ao que é tutelado pela norma jusfundamental, enquanto essa corresponde contra o que se é protegido. Quando se fala em modelo amplo de suporte fático duas são as significações principais: 1) qualquer fato, ação, estado ou posição jurídica que, em tese, diga respeito a algum direito fundamental deve ser considerada, *prima facie*, por ele protegida, o que afasta a ideia de exclusão de determinada ação, *a priori*, do âmbito de proteção; 2) a intervenção estatal se insere no suporte fático e também deve ser interpretada de modo amplo (SILVA, 2006).

<sup>29</sup> Nessa ótica, Luigi Ferrajoli (2008) defende que o princípio segundo o qual todas as gerações têm direito de deliberar sobre seu futuro pode ser manejado para sustentar teses contrárias à existência do Poder Constituinte permanente e radical, expressão da soberania popular. Isto é, teses que se contradizem com o propósito democrático. Conclui que a hígidez constitucional limita as gerações presentes para impossibilitar que estas aniquilem princípios constitucionais como a defesa do método democrático, do sufrágio universal, dos direitos políticos, dos direitos de liberdade, dos direitos sociais, dentre outros.



emanadas do Poder Constituinte Originário, seriam antidemocráticas ao restringir ou ao impossibilitar auto-organização e autodeterminação pela sociedade atual<sup>30</sup> (HOLMES, 2012).

Isso porque a fonte de legitimação democrática dos poderes públicos é a autonomia compreendida como a liberdade de governar por si mesmo e de regular sua própria conduta. (FERRAJOLI, 2008). É dizer impedir ou dificultar o povo atual, também titular do poder soberano tal qual o povo originário, de definir seu projeto de vida em comunidade e de seguir essa definição contrária ao princípio democrático, pois cria relação de superioridade entre a manifestação originária e a derivada.

Tanto é que a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1793 prevê, em seu artigo 28, que “[...] um povo tem sempre o direito de rever, de reformar e de mudar sua constituição: - Uma geração não pode sujeitar às suas leis às gerações futuras” (FRANÇA, 1793).

Mas para que o sistema político se qualifique como democrático é necessário que o poder das majorias de extirpar ou limitar as minorias de se tornarem majorias<sup>31</sup> seja afastado por normas com status constitucional (FERRAJOLI, 2008). Essas normas asseguram o regular funcionamento da regra da maioria, nas democracias, ao impor freios contramajoritários (ALBARELLO, 2012).

Cumprido esclarecer que o povo político (no sentido de participação na formação da vontade do Estado) não se esgota no povo majoritário, ainda que de fato as decisões políticas sejam, em regra, tomadas por maioria. Não se é factível esquecer que as minorias que votaram contra, abstiveram ou não compareceram ao sufrágio continuam como sujeitos políticos. Em outras palavras, a inércia, a divergência ou a abstenção na escolha não têm aptidão para afastar a cidadania (CANOTILHO, 2003).

Com efeito, aqueles que se abstiveram ou não compareceram podem querer se manifestar em outra ocasião, assim como os que votaram contra alterar seu voto em outro momento.

---

<sup>30</sup> Para John Locke (1988), qualquer promessa ou compromisso que alguém faz para si o obriga, mas nenhum pacto poderá vincular a posteridade.

<sup>31</sup> O regime democrático enfrenta o perigo, dentre outros, do manejo de seus próprios instrumentos contra sua existência. Ou seja, a malversação dos meios democráticos coloca a democracia em risco de extinção.

Loewenstein (1979) argumenta que a reforma da Constituição imposta às minorias (em termos quantitativos e/ou de força política) tanto as ameaça quanto fragiliza o sentimento constitucional. Essas minorias, na consciência de suas responsabilidades, têm papel construtivo em evitar isso.

Ignora-se o fracasso do Estado pela incompletude de sua Constituição ou pela necessidade de reforma, contudo, sabe-se que o excessivo poder dos partidos políticos e de grupos majoritários tem conduzido regimes estatais ao colapso. Destarte, a participação popular na EC é contribuição viva à educação política e elemento de integração política. É mais fácil viver com uma Constituição com lacunas do que em sujeição às arbitrariedades da maioria (LOEWENSTEIN, 1979).

Nessa perspectiva, a limitação substantiva das reformas constitucionais, ao evitar a concentração de poder, preserva e expande a capacidade de aprendizado social e política, bem como garante a livre discussão entre maioria e minoria. Por isso, guarda coerência com o regime democrático, ou melhor, opera como um componente deste regime (ALBARELLO, 2012).

A comunidade não se abdica de seu poder de decidir ao delegar aos representantes extraordinários o exercício do Poder Constituinte Derivado Reformador, que deve ser manejado em observância às limitações impostas pela delegação, sem possibilidade de suprimi-los, pois traduzem expressão da soberania da nação (ou do povo). Com efeito, esses representantes agem não conforme direito próprio, mas sim consoante direito alheio (SIEYÈS, 2019).

Em síntese, as cláusulas pétreas não são antagônicas à democracia; em verdade, constituem técnica protetiva do regime democrático em face das disfunções deste. Dentre elas, destacam-se: perda da identidade constitucional com reformas que eliminem as escolhas fundamentais do constituinte originário, ditadura da maioria, priorização do interesse particular.

Há, na ordem jurídico-constitucional, limitações de dois tipos, a saber: limitação expressa, que consiste em restrições previstas taxativamente no texto constitucional;<sup>32</sup> e limitação implícita, que recebe essa denominação por não se

---

<sup>32</sup> O fato de as cláusulas pétreas expressas estarem taxativamente previstas na constituição não significa que são estáticas, isto é, seu conteúdo não evolui. Elas se expandem à medida que reconhecidos novos direitos fundamentais, por exemplo, ou mesmo que ampliada a

encontrar estabelecida em norma positiva, mas decorrer dos princípios e dos valores do constitucionalismo que não se pode vulnerar (MARTÍNEZ, 1998).

São adjetivadas de materiais essas limitações, já que se referem a conteúdos de assuntos que não podem ser objeto de proposta de emendas tendentes a abolir ou a reduzi-los à inutilidade (FERRAZ, 2003).

Adiante, detalham-se as espécies de limitação expressa (2.3.1) e implícita (2.3.2), assim como o relacionamento destas com o Poder Constituinte Derivado Reformador e com o poder de celebrar tratados de direitos humanos.

### 2.3.1 Limitação expressa

No Brasil, as cláusulas expressas estão contempladas no art. 60, §4º, da CRFB/88, que tem a seguinte redação: “Art. 60 [...] § 4º Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir: I - a forma federativa de Estado; II - o voto direto, secreto, universal e periódico; III - a separação dos Poderes; IV - os direitos e garantias individuais” (BRASIL, 1988).

O texto constitucional fala em tendente a abolir o que significa que é interdito ao Poder Constituinte Derivado Reformador extinguir ou reduzir o conteúdo a tal ponto que se aproxime da extinção dos valores consagrados em cada um dos incisos do art. 60, §4º, da CRFB/88 (FERREIRA FILHO, 2001). Mas não quer dizer que a atividade de reforma não possa traçar limitação a eles.<sup>33</sup>

Essa limitação, no entanto, precisa preservar o núcleo essencial dos direitos fundamentais,<sup>34</sup> compreendido como a fração de conteúdo de determinado direito sem a qual ele perde sua mínima eficácia (SARLET, 2018).

Nesse sentido, o STF, no julgamento da ADI nº 2024-2/DF (BRASIL, 2007), exara o entendimento segundo o qual o §4º, do art. 60, da CRFB/88 não consiste na intangibilidade literal do referido tema na constituição, mas sim a tutela do núcleo

---

abrangência/proteção desses direitos pela interpretação judicial, por EC ou por tratado internacional de direitos humanos.

<sup>33</sup> Por exemplo, na Inglaterra e nos Estados Unidos, os direitos fundamentais tiveram que aceitar limitações em função do interesse da vida comunitária. Quando a liberdade e a igualdade transladam do estado natural para a sociedade estatal, o exercício desses direitos jusfundamentais está submetido às condições da vida em comunidade. (LOEWENSTEIN, 1979).

<sup>34</sup> Esse tema será trabalhado com mais profundidade na seção 3 dessa dissertação.

essencial.

Acrescenta Silva (2006) que não basta o preenchimento do suporte fático para a consequência jurídica de um direito fundamental, é preciso que inexista fundamentação constitucional para a intervenção estatal nesse direito, senão será o caso da restrição ao direito fundamental, que impede a realização do preceito da norma jusfundamental.

Consequentemente, a motivação constitucional tem a aptidão de limitar o direito fundamental com o desiderato de manter a harmonia entre as normas contempladas no bloco de constitucionalidade. Feitas essas considerações, passa-se ao exame dos limites materiais expressos.

### 2.3.1.1 Forma federativa de Estado

A cláusula pétreia constante no art. 60, §4º, inciso I, da CRFB/88 visa proteger a forma federativa de Estado contra o ato do constituinte reformador que tente converter o Brasil em um Estado unitário, ainda que descentralizado, ou que gere discriminação injustificada<sup>35</sup> entre as unidades federativas.

A implementação do federalismo, assevera Boff (2013), está relacionada à criação de um ordenamento jurídico dinâmico, posto que a resolução de tarefas seja mais eficiente em pequenas unidades do que em grande. Com efeito, a proximidade do poder decisório das comunidades facilita a tomada de soluções para os problemas e o atendimento aos anseios do povo.

Composta pela União, pelos Estados-membros, pelo Distrito Federal e pelos municípios, a Federação brasileira é regida pelo princípio da indissolubilidade segundo o qual não é autorizado a nenhum desses entes se desvincularem do pacto que os unem (art. 1º, *caput*, da CRFB/88). Uma explicação para isso é que a soberania é da República Federativa do Brasil e não dos entes isoladamente. Estes gozam de autonomia (art. 18, da CRFB/88).

A CRFB/88, no escopo de evitar conflito federativo, distribui competência entre os entes; nos seus artigos 21 e 22, elenca as atribuições da União e, no seu art. 30, as dos

---

<sup>35</sup> Políticas públicas podem ser confeccionadas e aplicadas distintamente com o propósito de reduzir as desigualdades regionais (art. 3º, inciso III, da CRFB/88).

municípios. Remanescentemente (art. 25, §1º), aquilo que não se amolda a atribuições federais e municipais é de competência dos Estados-membros. Aplica-se o axioma da preponderância do interesse de acordo com o qual compete à União tratar de matéria nacional; aos Estados-membros e ao Distrito Federal, temas ligados ao interesse regional; e aos municípios, as matérias de interesse local.

Caracterizados pela capacidade de legislar, de auto-organização, de autoadministração, de autogoverno;<sup>36</sup> os estados e os municípios tiveram, com o advento da CRFB/88, ampliação de suas competências de modo que a emenda que subtrai parcela dessas capacidades, por menor que seja, é considerada inconstitucional por violar o princípio federativo (BOFF, 2013).

Esse entender de Boff faria com que fosse inviável a confecção de EC com o escopo de fazer pequenos ajustes nas competências dos entes federativos, mesmo que respeitado o núcleo essencial da federação. Isso enrijece a distribuição de atribuições de tal modo que impossibilita o acompanhamento destas às alterações na realidade fática.<sup>37</sup>

O STF, no julgamento da ADI nº 939 (BRASIL, 1994), tem compreendido que a imunidade recíproca (art. 150, III, alínea b, da CRFB/88) constitui cláusula pétrea inerente ao pacto federativo, motivo pelo qual ao Poder Constituinte é vedado editar EC, a fim de suprimi-la ou reduzir o seu conteúdo essencial.<sup>38</sup>

Logo, a referida cláusula pétrea interdita não a alteração da Constituição no tocante à definição das competências destinadas a cada ente político, mas sim a modificação que a elimine ou atinja seu núcleo essencial.

---

<sup>36</sup> A capacidade de legislar refere-se à produção de suas próprias normas; a auto-organização consiste na criação da Constituição dos Estados-membros e da Lei Orgânica dos municípios e do Distrito Federal; a autoadministração diz respeito à competência de cada ente; e autogoverno atine à possibilidade de eleger seus próprios governantes. Para mais informações sobre o pacto federativo do Brasil, consultar o texto "Reflexões sobre a Federação Brasileira" de autoria de Peppe et al. (1997).

<sup>37</sup> Nesse sentido, o STF exara o entendimento de que "[...] a 'forma federativa de Estado' - elevado a princípio intangível por todas as Constituições da República - não pode ser conceituada a partir de um modelo ideal e apriorístico de Federação, mas, sim, daquele que o constituinte originário concretamente adotou e, como o adotou, erigiu em limite material imposto às futuras emendas à Constituição; de resto as limitações materiais ao Poder Constituinte de Reforma, que o art. 60, § 4º, da Lei Fundamental enumera, não significam a intangibilidade literal da respectiva disciplina na Constituição originária, mas apenas a proteção do núcleo essencial dos princípios e institutos cuja preservação nelas se protege [...]" (STF - ADI nº 2024 MC, Relator SEPÚLVEDA PERTENCE, Tribunal Pleno, julgado em 27/10/1999, DJ 01/12/2000). (BRASIL, 1999).

<sup>38</sup> "[...] 2. - o princípio da imunidade tributária recíproca (que veda a União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos municípios a instituição de impostos sobre o patrimônio, rendas ou serviços uns dos outros) e que e garantia da Federação (art. 60, par. 4., inciso I, e art. 150, VI, 'a', da C.F.) [...]" (STF - ADI nº 939, Relator SYDNEY SANCHES, Tribunal Pleno, julgado em 15/12/1993, DJ 18/03/1994).

### 2.3.1.2 Voto direto, secreto, universal e periódico

O Estado brasileiro adota a democracia como regime político (parágrafo único do art. 1º, da CRFB/88), em que o povo exerce diretamente o poder ou através dos representantes eleitos pelo sufrágio universal e pelo voto secreto e direto com igual valor para todos os indivíduos (art. 14, da CRFB/88). Em vista à importância da soberania popular, o constituinte originário reserva-lhe status de cláusula pétrea expressa no art. 60, §4º, inciso II, da CRFB/88.

A universalidade do sufrágio está atrelada à potencialidade de que qualquer cidadão brasileiro, independente de etnia, sexo, crença ou classe social, tem de exercer seus direitos políticos. O voto é exemplo desse exercício, mas não se restringe àquele, uma vez que existem outras ferramentas de participação direta do povo (elemento da democracia direta), tais como referendo, plebiscito, iniciativa popular de lei, consultas populares.

Quando se fala em voto direto se quer dizer que não se admite a votação por procuração (por interposta pessoa), pois é ato personalíssimo da pessoa, ou seja, ela própria escolhe seu representante ou manifesta-se favorável ou desfavoravelmente sobre determinado tema submetido à consulta. Além de direto, o voto tem que ser sigiloso.

O caráter secreto do voto é uma garantia contra a prática do chamado voto de cabresto, recorrente durante o período do Brasil coronelista (entre 1891 e 1930), em que havia fraude da eleição, mediante o uso da coação pelo poder local, que comprometia a liberdade de escolha do eleitor (BERTOLOTTO, 2019).

A periodicidade das eleições, por sua vez, é consequência da forma republicana de governo; limite implícito ao poder de reforma, que cobra alternância no poder. Esta, em um regime democrático, se dá por meio de eleições periódicas no âmbito nacional, regional (estadual e distrital) e municipal, nas quais são escolhidos o chefe do Poder Executivo e os legisladores.

A cláusula pétrea do inciso II, do §4º, art. 60, da CRFB/88 retira do constituinte reformador a possibilidade de editar EC que elimine a universalidade, a natureza personalíssima, a periodicidade e o sigilo do voto. Tal limite não contempla a obrigatoriedade de votar (art. 14, 2º, inciso I, da CRFB/88), então pode haver reforma constitucional para tornar o voto facultativo, por exemplo.

### 2.3.1.3 Separação dos poderes

Com fulcro no art. 2º, da CRFB/88, “[...] são Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário” (BRASIL, 1988). Apesar de este artigo fazer referência expressamente à União, trata-se de uma norma de reprodução obrigatória a ser observada pelo constituinte decorrente e respeitada pelos municípios.<sup>39</sup> O tema relativo à separação de poderes está elencado entre as matérias que limitam a atuação do Poder Constituinte Reformador, mais precisamente no art. 60, §4º, inciso III, da CRFB/88.

Sabe-se que o poder estatal tem como característica a indivisibilidade, mas isso não torna a expressão separação de poder equivocada, já que o que se quer dizer com o seu emprego é que há divisão de competências e funções entre diferentes órgãos que compõem o Estado (PELICIOLI, 2006). O objetivo da não concentração das funções em um único órgão é evitar o abuso do poder pelo exercente.

Em reconhecimento da relevância desse instituto, a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789 prevê, em seu art. 16, que “qualquer sociedade em que não esteja assegurada a garantia dos direitos, nem estabelecida a separação dos poderes não tem Constituição” (FRANÇA, 1789).

Não se centra no estudo da origem do instituto, que atribuem a idealização a Aristóteles, a John Locke e a Montesquieu, mas no seu significado enquanto cláusula pétrea. Certo é que tal separação não seja absoluta, isto é, haja funções desempenhadas por órgãos que não lhes são próprias (atípica).

A separação de poderes, na constituição, não é a da doutrina clássica, visto que, em princípio, compete ao legislativo produzir atos normativos; ao judiciário, julgar; e ao executivo, administrar. Entretanto, a Constituição prescreve funções atípicas; a título ilustrativo, é possível mencionar a medida provisória, que é ato do Poder Executivo com força de lei (FERREIRA FILHO, 2015).

Fundamenta-se essa divisão de poderes em dois elementos, quais sejam: a) especialização funcional, que quer dizer que o órgão é especializado na função para a qual foi incumbido – legislativa, executiva ou judiciária; b) independência orgânica,

---

<sup>39</sup> Os municípios não exercem o Poder Constituinte Decorrente e não possuem Poder Judiciário próprio.

que consiste na ausência de subordinação entre Legislativo, Executivo e Judiciário (SILVA, 2009).

Para Araújo (2015), cada órgão tem garantias próprias e a harmonia entre os poderes, exigência do art. 2º, da CRFB/88, deve ser aquela traçada pelo constituinte originário, como medida de equilíbrio. No entanto, houve modificações na Constituição em tempos distintos que, se consideradas em conjunto, descaracterizaria a separação de poderes na forma como foi inicialmente concebida. Ou seja, tal instituto não é mais o mesmo do que o do momento da promulgação.

A EC nº35/2001, sem adentrar no mérito da constitucionalidade ou não, é citada por Araújo (2015) como exemplo de alteração que afeta o equilíbrio entre os Poderes Constituídos. Isso devido ao fato de que essa emenda, entre outras providências, retira a necessidade de pedido de autorização pelo STF à casa legislativa (art. 53, da CRFB/88) para que seja aberto processo contra deputado federal ou senador, conseqüentemente atingindo a garantia do Poder Legislativo.

No tocante à petrificação, o que se proíbe não é o ajuste por EC das competências entre os órgãos, mas a eliminação de funções e/ou das garantias que asseguram o harmônico exercício da atividade legislativa, executiva e judiciária.

#### **2.3.1.4 Direitos e garantias individuais**

De acordo com o art. 60, §4º, inciso IV, da CRFB/88, é terminalmente vedada a proposta de EC tendente a abolir os direitos e as garantias individuais, o que tem ensejado discussão entre juristas em torno da extensão dessa norma proibidora e da possibilidade de ampliação pela reforma constitucional e/ou celebração de tratados internacionais de direitos humanos daquilo que se busca proteger com essa cláusula pétrea.

Sabe-se que a CRFB/88 destina o Título II para o que denomina "direitos e garantias fundamentais", o que compreende a) os direitos e deveres individuais e coletivos (Capítulo I); b) os direitos sociais (Capítulo II); c) a nacionalidade (Capítulo III); d) os direitos políticos (Capítulo IV); e e) os partidos políticos (Capítulo V). Questiona-se: a expressão "direito e garantias individuais", prevista no art. 60, §4º, inciso IV, da CRFB/88, refere-se tão só aos direitos de primeira geração ou inclui os demais direitos fundamentais?



Duas correntes doutrinárias se propõem responder a esse questionamento, a saber: restritiva e ampliativa. A primeira, capitaneada por Gilmar Mendes (1997), defende que somente os direitos individuais estariam contemplados na referida limitação material, haja vista que guardam coerência e uniformidade - em especial os direitos de liberdade e igualdade - no decorrer da história constitucional dos países e, por efeito, são identificados como núcleo essencial do Estado de Direito. Já os direitos sociais oscilam conforme o estágio de desenvolvimento da sociedade; logo, exigem atualização ou adaptação ao longo do transcorrer do lapso temporal. Por essa razão, afastam-se os direitos sociais de tal limitação.

Para Mendes (1997), malgrado os direitos individuais estarem consagrados no art. 5º da CRFB/88, tal dispositivo contempla outros direitos fundamentais, o que demanda ao intérprete diferenciar a geração de direitos a que pertence cada inciso para fins de limitação do Poder Reformador. Por exemplo, o preceito que determina que o legislador está obrigado a definir a ação de grupos armados e a prática do racismo como delitos inafiançáveis e imprescritíveis não contém "direito e garantia individual". Por não conter tal espécie de direitos não se encontra o constituinte reformador a ela vinculado.

Por outro lado, a corrente ampliativa argumenta que a CFRB/88 não utiliza, no sentido técnico, os termos direitos individuais e fundamentais. Conseqüentemente, não se distingue a tutela do direito fundamental conforme a categoria geracional a que pertença. Em verdade, a fragmentação dos direitos fundamentais prejudica a compreensão de sua indivisibilidade e complementaridade, pois tais direitos são demonstração da dignidade da pessoa humana (MAIOLINO, 2011).

Não se confunde esta visão doutrinária, apesar do nome, com interpretação ampliativa de norma restritiva, que expande o sentido da norma para abarcar fatos ou situação não previstos pelo texto.<sup>40</sup> Isso porque a norma extraída do texto constitucional é a que inclui, no âmbito de eficácia protetiva, os direitos sociais (MAIOLINO, 2011) e a que vislumbra que todos os direitos fundamentais são direitos de titularidade individual, ainda que alguns deles sejam de expressão coletiva (SARLET, 2018).

Negar os direitos sociais o status de cláusula pétrea, sustenta Ingo Sarlet (2018), conduziria a situação paradoxal: por exemplo, o mandado de segurança coletivo não iria

---

<sup>40</sup> Ensina Friedrich Müller (2009) que norma é o resultado do processo de interpretação do texto normativo. Não há norma senão após a interpretação.

compor aos limites substanciais ao tempo que o mandado de segurança individual gozaria da irredutibilidade oriunda desse tipo de cláusula.

Entre a posição restritiva e a ampliativa, há aquela que alega que, embora os direitos sociais não estejam enunciadamente expressos como cláusula pétrea, eles estão protegidos contra a reforma constitucional por traduzirem limites substanciais implícitos (MARTA; ABUJAMRA, 2010). Prevalece, todavia, o entendimento segundo o qual se contemplam todos os direitos fundamentais, previstos ou não no art. 5º da CRFB/88, a expressão “direitos e garantias individuais”, empregada pelo constituinte originário no art. 60, §4º, inciso IV, da CRFB/88.

O STF segue essa lógica, no julgamento da ADI nº 939-DF (BRASIL, 1994), de relatoria do Ministro Sidney Sanches, ao considerar inconstitucional o art. 2º da EC nº 3/1993 por afrontar o princípio da anterioridade tributária e da proibição da tributação com efeito de confisco dentre outros (art. 150, inciso III, alínea “b” c/c inciso VI, da CRFB/88), que constituem direitos individuais do contribuinte.<sup>41</sup>

Em vista da amplitude da referida cláusula pétrea, duas foram as PEC's que se propuseram alterar a redação do art. 60, §4º, inciso IV, da CRFB/88 para substituir o termo

---

<sup>41</sup> “Direito Constitucional e Tributário. Ação Direta de Inconstitucionalidade de Emenda Constitucional e de Lei Complementar. I.P.M.F. Imposto Provisório sobre a Movimentação ou a Transmissão de Valores e de Créditos e Direitos de Natureza Financeira - I.P.M.F. Artigos 5., par. 2., 60, par. 4., incisos I e IV, 150, incisos III, 'b', e VI, 'a', 'b', 'c' e 'd', da Constituição Federal. 1. Uma Emenda Constitucional, emanada, portanto, de Constituinte derivada, incidindo em violação a Constituição originária, pode ser declarada inconstitucional, pelo Supremo Tribunal Federal, cuja função precípua e de guarda da Constituição (art. 102, I, 'a', da C.F.). 2. A Emenda Constitucional n. 3, de 17.03.1993, que, no art. 2., autorizou a União a instituir o I.P.M.F., incidiu em vício de inconstitucionalidade, ao dispor, no parágrafo 2. desse dispositivo, que, quanto a tal tributo, não se aplica o 'art. 150, III, 'b' e VI', da Constituição, porque, desse modo, violou os seguintes princípios e normas imutáveis (somente eles, não outros): 1. - o princípio da anterioridade, que e garantia individual do contribuinte (art. 5., par. 2., art. 60, par. 4., inciso IV e art. 150, III, 'b' da Constituição); 2. - o princípio da imunidade tributária recíproca (que veda a União, aos estados, ao Distrito Federal e aos municípios a instituição de impostos sobre o patrimônio, rendas ou serviços uns dos outros) e que e garantia da Federação (art. 60, par. 4., inciso I, e art. 150, VI, 'a', da C.F.); 3. - a norma que, estabelecendo outras imunidades impede a criação de impostos (art. 150, III) sobre: 'b'): templos de qualquer culto; 'c'): patrimônio, renda ou serviços dos partidos políticos, inclusive suas fundações, das entidades sindicais dos trabalhadores, das instituições de educação e de assistência social, sem fins lucrativos, atendidos os requisitos da lei; e 'd'): livros, jornais, periódicos e o papel destinado a sua impressão; 3. Em consequência, e inconstitucional, também, a Lei Complementar n. 77, de 13.07.1993, sem redução de textos, nos pontos em que determinou a incidência do tributo no mesmo ano (art. 28) e deixou de reconhecer as imunidades previstas no art. 150, VI, 'a', 'b', 'c' e 'd' da C.F. (arts. 3., 4. e 8. do mesmo diploma, L.C. n. 77/93). 4. Ação Direta de Inconstitucionalidade julgada procedente, em parte, para tais fins, por maioria, nos termos do voto do Relator, mantida, com relação a todos os contribuintes, em caráter definitivo, a medida cautelar, que suspendera a cobrança do tributo no ano de 1993” (STF - ADI nº 939, Relator Ministro Sydney Sanches, Tribunal Pleno, julgado em 15/12/1993, DJe 18/03/1994).

“direitos e garantias individuais” por “direitos e garantias fundamentais” (PEC nº 313/2004) ou “direitos humanos e suas garantias, inclusive quando decorram de tratados internacionais” (PEC nº 321/2004).

Arquivaram-se, contudo, essas propostas, com fulcro no art. 105 do RICD, pois, finda a legislatura, não foram submetidas à deliberação da Câmara dos Deputados.<sup>42</sup> Observa Saigg (2010) que, em que pese não ter recebido parecer no exame de admissibilidade pela CCJ, o relator da PEC nº 313/2004 manifesta-se favoravelmente a ela; já, no tocante à PEC nº 321/2004,<sup>43</sup> designados dois relatores, um se posiciona pela sua admissibilidade enquanto o outro, pela rejeição. Este último entende que não compete ao Poder Reformador proceder à alteração proposta.

Certo é que a CRFB/88, no seu art. 5º, §2º, determina que “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” (BRASIL, 1988).

Essas normas internacionais de direitos humanos, conforme já ensinado na subseção 1.5 dessa dissertação, podem ser internalizadas como equivalentes à EC, desde que aprovadas por 3/5 em cada casa legislativa em dois turnos de escrutínio. Mas, aprovadas ou não por este rito solene, gozam de status de norma materialmente constitucional.

Com efeito, os tratados internacionais de direitos humanos celebrados pelo Brasil ao lado da Constituição compõem um bloco de constitucionalidade cujos direitos fundamentais têm aplicabilidade imediata (art. 5º, §1º, da CRFB/88), vinculam Poder Público / particulares e constituem limites substanciais ao Poder Constituinte Derivado Reformador como prescreve o inciso IV, §4º, do art. 60 da CRFB/88.<sup>44</sup>

Conclui-se que, apesar de o art. 60, §4º, inciso IV, da CRFB/88 fazer menção à primeira dimensão dos direitos fundamentais (direitos individuais) e não se referir aos

---

<sup>42</sup> O arquivamento ocorreu em 1 de fevereiro de 2007. Disponível em: <https://bityli.com/Yw45w3>. Acesso em: 24 nov. 2021.

<sup>43</sup> PEC nº 321/2004, em 21 de março de 2007, é desarquivada e, em 1 de fevereiro de 2011, novamente é arquivada. Disponível em: <https://bityli.com/zq4wvV>. Acesso em: 24 nov. 2021.

<sup>44</sup> Discorda dessa ótica Saigg (2010). Para quem a EC que acrescente nova cláusula pétrea ou amplie a abrangência de uma já existente é inconstitucional por violar limitação formal implícita, qual seja: competência exclusiva do constituinte originário para definir os institutos e os princípios intangíveis em uma ordem constitucional.

direitos sociais, a supracitada cláusula pétrea abrange todos os direitos fundamentais, independente de prescrito no art. 5º da CRFB/88 ou em outro dispositivo da Constituição, pois factível localizarem em tratado internacional de direitos humanos ou decorrerem de seus princípios consagrados.

A pergunta que se faz é como os direitos fundamentais contemplados na Constituição e em convenção internacional interagem sem implicar redução do seu núcleo essencial. Tema esse que ocupa a subseção 2.4. Antes disso, no entanto, trabalham-se, em 2.3.2, as restrições implícitas ao constituinte reformador.

### **2.3.2 Limitações implícitas**

Diverge a doutrina quanto à existência de limites implícitos ao Poder Reformador nos ordenamentos jurídico-constitucionais. Há duas correntes principais que trabalham o tema, a saber: uma que advoga pela presença, no sistema jurídico, de princípios que, embora não expressos, limitam formal e/ou substancialmente a atividade do constituinte derivado; outra que se coloca contra tais limites.

Para esta última parcela da doutrina, os limites implícitos são inaceitáveis, posto que se o Estado tem a potestade de, mediante a adoção de um procedimento jurídico, decidir sobre sua própria extinção por fusão ou anexação de seu território ao de outros Estados, a exemplo da reunificação alemã, é inconcebível pensar impossibilitar a modificação de seu ordenamento (VALLE, 1993).

Tal argumento não se coaduna com a soberania popular na medida em que o legislador extraordinário (quem recebe do povo a delegação para o exercício do Poder Reformador) não tem o poder de extinguir o Estado, pois não é o titular da soberania. Em outras palavras, essa delegação não é absoluta e nem implica renúncia do poder soberano. Somente este, dadas suas características, teria tal faculdade. Ainda assim, seria ilógico pensar que o poder que constitui é o que abdica da independência do Estado ou cede parte de seu território a outro Estado.

Entende-se que há medidas que servem para garantir determinados valores fundamentais de status constitucional que não devem estar expressas em disposições ou institutos concretos, pois são imanentes, implícitas ou inerentes à constituição.

Tratam-se, para Karl Loewenstein (1979), do ressurgimento do direito natural como reação ao positivismo jurídico, que predomina durante os anos 20.

Identificar os limites implícitos afasta o subjetivismo, que é criticado por aqueles que defendem a inexistência da referida limitação (VANOSSI, 1975). Para evitar isso, Maiolino (2011), ao estudar a ordem constitucional brasileira, categoriza os seguintes limites: 1) forma republicana de governo, uma vez que foi a escolha do povo manifestada no plebiscito ocorrido em 1993;<sup>45</sup> 2) Estado democrático de direito e os princípios dele decorrentes, já que o próprio constituinte originário deixa essa intenção registrada no preâmbulo da CRFB/88; e 3) titularidade do poder e o procedimento de alteração formal da constituição.

Amplia-se limitação 1 para compreender o sistema presidencialista de governo, já que é igualmente fruto de escolha popular. Ou seja, tanto a forma republicana quanto o sistema presidencialista são limites implícitos.

Os dois primeiros (1 e 2) referem-se aos limites materiais, enquanto o último (3) está atrelado à forma, que impede a edição de emenda constitucional para alterar a titularidade do poder soberano ou para suprimir o §4º, do art. 60, da CRFB/88 e, em sequência, modificar a matéria da cláusula pétrea. Essa supressão destinada à alteração de conteúdo intangível é denominada pelos doutrinadores de tese da dupla reforma.<sup>46</sup>

## 2.4 As cláusulas pétreas e os tratados internacionais de direitos humanos

Os tratados internacionais de direitos humanos, tal como comentado em 2.3.1.4, podem constituir limite substancial expreso (art. 60, §4º, inciso IV, da CRFB/88) ao Poder Constituinte Reformador, desde que o direito previsto na norma convencional inove positivamente o sistema jurídico,<sup>47</sup> mantenha ou expanda o conteúdo e a tutela de direitos fundamentais/humanos.

---

<sup>45</sup> Segundo o art. 2º de Atos das Disposições Constitucionais Transitórias (ADCT), em 7 de setembro de 1993, realiza-se plebiscito para definição do sistema (presidencialismo ou parlamentarismo) e da forma de governo (república ou monarquia constitucional) (BRASIL, 1988).

<sup>46</sup> Acerca da plausibilidade ou não da tese da dupla reforma, consultar o texto intitulado "Reflexões sobre a teoria das cláusulas pétreas" de Adriano Sant'Ana Pedra (2006).

<sup>47</sup> Quer se dizer com inovar positivamente a introdução, na ordem jurídica, de um direito antes por ela não contemplado. Direito que não existia e que, com a celebração de convenção internacional de direitos humanos, passa a existir.

Na hipótese de convivência entre direitos fundamentais desse bloco de constitucionalidade, composto por normas convencionais (com status constitucional) e constitucionais, para além da reflexão do princípio *pro homine* ou *pro persona* (estudado em 1.6.3), busca-se compreender a validade normativa à luz da vedação ao retrocesso de direitos conquistados ao longo da história da humanidade.

A proibição do retrocesso no campo das conquistas sociais não tem o significado de que qualquer norma restritiva de direito seja inválida, ainda que tenha justificativa para essa restrição. O que se quer dizer com esse princípio é que a evolução dos direitos fundamentais/humanos depende não só do avanço progressivo dos direitos, mas também da motivação racional para o ato de limitar<sup>48</sup> (ROIG, 2018).

Destarte, a expansão do conteúdo, da proteção, do exercício, dentre outras dimensões normativas, está associada ao princípio da efetividade e da não regressividade. Não se pode falar de um sem se tratar do outro, em virtude de, do interdito de involução, extrai-se a noção de que os direitos humanos e fundamentais precisam caminhar rumo ao progresso.<sup>49</sup>

Na abordagem do axioma da regressividade, há duas perspectivas possíveis, a saber: regressividade de resultado, que concerne à adoção de políticas públicas, pelo Estado, que apresentam resultado desvantajoso ou mais tênue em relação à política pública anteriormente adotada; e regressividade normativa, quando a extensão dos direitos conferidos por uma norma é menor (COURTINS, 2006).

Observa-se que nas duas perspectivas de regressividade há análise comparativa de uma política pública (de resultado) ou norma (normativa) com outra. Assim, a regressividade pressupõe a comparação, em que os indicadores ou as

---

<sup>48</sup> Há, na limitação de direito fundamental e humano, a inversão da carga probatória. "De acordo com o esquema sugerido, a regressividade constitui um fator agravado de análise da razoabilidade. Por isso, a prova de que uma norma é regressiva determina uma presunção de invalidade ou inconstitucionalidade, transferindo ao Estado a carga de argumentar a favor da racionalidade da legislação proposta" (COURTIN, 2006, tradução livre).

<sup>49</sup> O título da obra de Christian Courtins "*Ni um paso atrás*" é indicativo que não se anda para trás quando se trata de direitos sociais e que, se for para andar, que seja para frente. Amplia-se esse entendimento para comportar não somente a espécie direito social, mas o gênero direitos fundamentais e humanos. Quer-se avanço tanto dos direitos sociais quanto dos direitos individuais e transindividuais, por exemplo. O objetivo de avançar é, pois, do gênero e não apenas da espécie.

referências, no primeiro caso, são empíricos, estudados isolada ou conjuntamente; enquanto, no segundo, o parâmetro é a norma, logo, normativo (COURTINS, 2006).

Atém-se à perspectiva normativa de regressividade por estar diretamente ligada ao objeto de pesquisa, apesar de reconhecer a importância do estudo da regressividade de resultado. Por esta visão normativa, o que determina se uma norma interrompe a continuidade do progresso de direitos de titularidade da pessoa humana é o fato de ela limitar ou abolir benefício ou direito outrora concedidos.

A temporalidade é adicionada à verificação de regresso normativo,<sup>50</sup> visto que o exame comparativo se dá de normas elaboradas em momentos diferentes, baseadas em princípios distintos, exigências de contextos sociais variados. Presente e futuro demarcam a comparação jusfundamental, o passado é evitado por simbolizar o regresso. Disso se infere que o legislador do presente deve legislar para ampliar direitos do presente, instituir novos direitos ou ainda regular melhor os efeitos jurídicos decorrentes de relações jurídicas não consumadas fundadas em normas do passado.

Marca, então, a evolução da doutrina de direitos humanos e a expansão dos textos sobre direitos humanos; nova tipologia de obrigação que conjuga três verbos, quais sejam – respeitar, proteger e aplicar. A atividade dos poderes estatais, dos agentes públicos e dos particulares destina-se à observância desse tipo obrigacional. Aqui, a oração “para cada direito uma obrigação” não expressa a verdade, porque os direitos humanos estão vinculados a amplo conjunto de deveres de diferentes ordens com graus variados de realização (ROIG, 2018).

Nesse sentido, todo direito humano corresponde à gama de garantias e obrigações institucionais que regulamentam aspectos relacionados com sua defesa e proteção; as medidas procedimentais e de prestação direta de bens; e a organização de institutos. Trata-se de complexo de deveres oriundos de direitos humanos (ROIG, 2018).

Segundo Roig (2018), na maioria dos textos em que são previstos, constituições ou convenções, esses direitos têm a natureza jurídica de princípios e

---

<sup>50</sup> Adiciona-se a temporalidade também à regressividade de resultado, já que há a confrontação entre a política pública formulada e/ou aplicada em determinado momento com outra pensada e/ou incidida em tempo distinto.

não de regras; além disso, não constituem limitação, mas possibilidade de tutela, modulação, que permite o seu desenvolvimento e a sua ampliação.

Dissente de Roig quanto à limitação, Cavallo (2016) defende que os direitos humanos limitam o exercício de todo o poder, inclusive do poder soberano. O Estado, conseqüentemente, tem o dever de agir ou omitir conforme a tipologia de obrigação caracterizada pelos verbos respeitar, proteger e garantir.

O constituinte derivado enquanto exercente de poder está subordinado a esse limite. Por tal motivo, não é factível a reforma da Constituição para suprimir ou tornar imprestável o direito humano/fundamental. O constituinte originário manifesta-se com essa cláusula pétrea pela conservação de certos conteúdos constitucionais (SARLET, 2008), bem como pela expansão dessas matérias.

Tal conservação e/ou expansão destina-se não só ao direito constitucional, mas também ao Direito Internacional dos direitos humanos, haja vista que, na última década, a doutrina nacional e estrangeira tem sustentado a inauguração de uma paulatina construção de um *ius commune interamericanum* (CAVALLO, 2016).

Esse direito comum reflete padrões mínimos de tutela da pessoa humana, provenientes da CADH ou da sua interpretação pela CorteIDH, que são aplicáveis no Estado pelos juízes nacionais (CAVALLO, 2016). Não se é permitido esquecer, no entanto, da possibilidade de os juízes domésticos ampliarem *standards* mínimos ao adotarem interpretação extensiva<sup>51</sup> ou inovadora<sup>52</sup> da CADH (ALCALÁ, 2012).

No direito comum interamericano, a afirmação que se fez, na seção 1, para o princípio *pro persona* acerca do seu caráter vinculativo aos Estados membros da SIDH é válida para o axioma da não regressividade, já que aquele princípio indicia a necessidade de progresso no campo dos direitos humanos. Portanto, obriga o Brasil a adotar medidas que ampliem o referido padrão mínimo de proteção.

No que atine ao princípio da efetividade, outra face da proibição do retrocesso, quatro são os elementos que auxiliam sua intelecção, como amplo esquema teórico, que fornecem razões para determinação do conteúdo e do alcance dos direitos humanos e fundamentais, quais sejam: 1<sup>a</sup>) interpretação pelo órgão jurisdicional

---

<sup>51</sup> Udicário é direta, não depende de provocação e nem de autorização constitucional ou legislativa (MAZZUOLI, 2018).

<sup>52</sup> Através da interpretação inovadora, o magistrado trata de alguns direitos contidos na CADH, sobre os quais a CorteIDH ainda não emitiu pronunciamento.



internacional de direitos humanos;<sup>53</sup> 2ª) interdependência dos direitos humanos;<sup>54</sup> 3ª) força vinculante das obrigações inerentes à tutela dos direitos humanos pelos Estados; e 4ª) natureza jurídica de princípio<sup>55</sup> (ROIG, 2018).

Denota-se que a preponderância da natureza principiológica, dos direitos humanos encartados nos textos, viabiliza que os órgãos jurisdicionais do Estado adotem, no exercício da interpretação, medidas que maximizem a efetividade (conteúdo e alcance) ou acarretem regressividade desses direitos. Portanto, o retrocesso na proteção da pessoa humana na perspectiva normativa pode se materializar por ato legislativo, administrativo e judicial.

A jurisprudência do sistema global e do SIDH, ao criar *standards* mínimos, orienta os juízes nacionais na aplicação dos direitos humanos de modo a estimular a promoção da máxima efetividade de tais direitos e a repressão de comportamentos regressivos por parte do Estado.

Há invalidação da norma regressiva ou da sua não aplicação nas situações em que os padrões de tutela da pessoa humana (convencional, constitucional ou jurisprudencial) injustificadamente são desrespeitados ou a justificativa apresentada pela norma restritiva do direito não é razoável.

Por conseguinte, uma EC pode ser declarada nula por violar um direito previsto em tratado internacional de direitos humanos (art. 60, §4º, inciso IV, da CRFB/88), assim como uma convenção deixar de ser aplicada por ofender direito fundamental consagrado na CRFB/88, diante de seu caráter mais limitado em comparação com a norma da Constituição.

O citado limite substancial atua não só repressiva, como também preventivamente, posto que impede, verificada a regressividade, a conclusão do ciclo de formação de EC e a finalização do processo de internalização do tratado internacional de direitos humanos.

---

<sup>53</sup> Os textos em que esses direitos estão sedimentados são instrumentos vivos que se adaptam às mudanças axiológicas e ideológicas, mediante atividade interpretativa.

<sup>54</sup> Essa característica tem o sentido de que o gozo de determinado direito humano depende do grau de realização dos demais, dada igualdade de relevância e ausência de hierarquia entre eles.

<sup>55</sup> A maioria dos direitos humanos tem a natureza jurídica de princípio, o que confere maior maleabilidade ao intérprete para adaptar o texto às alterações contextuais.

Ocupa-se a terceira seção deste trabalho de pesquisar, justamente, as normas e os princípios hermenêuticos que conduzam o julgador, no controle jurisdicional de constitucionalidade e convencionalidade, a favorecer o avanço no campo dos direitos humanos e fundamentais e quais os critérios utilizados pelo STF na definição do núcleo essencial desses direitos.

### 3. CONTROLE JURISDICIONAL DE CONSTITUCIONALIDADE E CONVENCIONALIDADE

Com o compartilhamento autorizado da soberania estatal com outros sujeitos do Direito Internacional,<sup>1</sup> a supremacia e a unidade constitucional foram substituídas pela supremacia e pela unidade do bloco de constitucionalidade em uma visão dinâmica. Isso significa que nem sempre o critério hierárquico justifica, por si só, a invalidação ou não aplicação de determinada norma colidente. Dentre as normas que compõem tal bloco, por vezes, é escolhida aquela que mais e melhor tutele a pessoa humana (seção 1).

A norma escolhida pode ser a constante em um tratado internacional de direitos humanos, celebrado pelo Brasil, ou a oriunda da manifestação do Poder Constituinte Derivado Reformador<sup>2</sup> (seção 2). Essa escolha é realizada pelo mecanismo denominado controle jurisdicional de constitucionalidade e convencionalidade<sup>3</sup> a depender do parâmetro. Se o paradigma for a Constituição, trata-se da primeira espécie de controle; se norma convencional, fala-se nessa segunda espécie.

Vale dizer que o controle de convencionalidade, no Brasil, tem como paradigma o *corpus juris* internacional de proteção, isto é, todo o mosaico de tutela do sistema global e regional interamericano (MAZZUOLI, 2018).

---

<sup>1</sup> Esse compartilhamento da soberania entre os sujeitos do Direito Internacional se diz autorizado, porque um Estado ou uma Organização Internacional, mediante a celebração de tratados, autoriza sua vinculação às normas convencionais neles previstas.

<sup>2</sup> Otto Bachof (1951) entende que inclusive as normas constitucionais originárias, confeccionadas pelo Poder Constituinte Ilimitado, podem ser consideradas inconstitucionais, por exemplo, quando uma norma constitucional viola norma constitucional de grau superior, ou seja, disposição apenas formalmente constitucional contraria disposição materialmente constitucional. É possível também que essa contradição seja aparente, situação em que o constituinte prevê exceção à regra.

<sup>3</sup> A compatibilização das normas domésticas com os tratados que versem sobre direitos humanos em vigor no Estado, desde que mais benéficos, isto é, o controle de convencionalidade é uma obrigação convencional decorrente do SIDH e dos seus instrumentos de proteção, mormente a CADB de 1969, que, nos seus art. 1º e 2º, impõe aos Estados-partes o dever a) de respeitar as liberdades e os direitos nela reconhecidos e de assegurar o seu pleno e livre exercício por toda pessoa sujeita à sua jurisdição, e b) de adotar todas as medidas legislativas ou de outra natureza que forem necessárias para tornarem efetivos os direitos e as liberdades estabelecidos. Ademais, o referido controle decorre também da jurisprudência da CortelDH. Por isso, o exame de compatibilidade material (parâmetro a norma convencional) pelo Poder Judiciário é direto, não depende de provocação e nem de autorização constitucional ou legislativa (MAZZUOLI, 2018).

Certo é que a norma doméstica (fala-se em EC) e a norma convencional são factíveis de virem a ser declaradas inconstitucionais pelo órgão judicial por inconstitucionalidade formal (procedimento) e/ou material (conteúdo), que varia segundo a tese procedimentalista ou a substancialista do controle acolhida pelo ordenamento jurídico. Assunto que se ocupa o tópico 3.1.

Disso se extrai a noção de que é possível a inconstitucionalidade de EC por ofender convenção de direitos humanos ou o inverso, inconstitucionalidade da norma convencional por desrespeitar norma constitucional. No primeiro caso, a inconstitucionalidade implica sempre que não for situação de aplicação do diálogo das fontes,<sup>4</sup> invalidação da norma violadora, na medida em que esse tratado, se mais favorável (princípio *pro persona*) do que os direitos consagrados na constituição, constitui cláusula pétrea prevista no art. 60, §4º, inciso IV, da CRFB/88.<sup>5</sup>

Na segunda hipótese, a invalidação não é o resultado da inconstitucionalidade, já que, em virtude do *pacta sunt servanda*,<sup>6</sup> após a ratificação do tratado, o Estado está vinculado às suas disposições. Exime-se, entretanto, do cumprimento de tal convenção, se a denunciar. Corresponde a denúncia ao ato formal pelo qual o Poder Executivo retira o Estado do tratado internacional (GUSMÃO et al., 2013).

Conforme Gusmão et al. (2013), o controle de constitucionalidade desse tratado internacional tem aptidão de gerar crise institucional e internacional, visto que, tipicamente repressivo, o resultado desse controle poderia acarretar descumprimento do acordo internacional ou mesmo a denúncia (ato do Poder Executivo).

Discorda-se desses autores no tocante à possibilidade de controle, porque nem sempre a norma declarada inconstitucional tem como consequência a sua

---

<sup>4</sup> Vale destacar que, no contexto do pluralismo jurídico, de acordo com a teoria do diálogo das fontes, sistematizada por Erik Jayme, tratados, leis, constituições etc. não se revogam reciprocamente, mas interagem entre si. O magistrado ao verificar essa interação, no escopo de manter a coerência do sistema, coordena as fontes e delibera no sentido do que elas visam a acrescer (MARQUES, 2012).

<sup>5</sup> Percebe-se que foi adotada uma concepção mais ampla da intangibilidade do art. 60, §4º, inciso IV, da CRFB/88 para abarcar os direitos e as garantias fundamentais e humanos, pois o constituinte originário não empregou a expressão "direitos e garantias individuais" no seu caráter técnico, isto é, relacionado à primeira geração de direitos (vide o item 2.3.1.4).

<sup>6</sup> Esse princípio tem previsão no art. 46 da Convenção de Viena sobre Direito dos Tratados de 1969 e no art. 46 da Convenção de Viena sobre Direitos dos Tratados entre Estados e Organizações Internacionais ou entre Organizações Internacionais de 1986 (vide o item 1.6.1).

nulidade.<sup>7</sup> O efeito, em vez de invalidação, pode ser a não aplicação da norma convencional no caso concreto, em atenção ao caráter mais benéfico da norma constitucional. Assim, o controle de constitucionalidade do decreto que internaliza a convenção restringiria a seleção de qual seria a norma incidente naquele contexto fático-jurídico.

Se o direito doméstico (constitucional) é mais favorável do que o direito externo, o magistrado, no controle de constitucionalidade, com fundamento no princípio *pro persona*, aplica aquele direito. Não há aqui que se falar em descumprimento do *pacta sunt servanda*, pois o direito local foi além do *standard* mínimo contido no tratado internacional de direitos humanos. Em verdade, por ir além, a norma pátria satisfaz a obrigação internacional.

Gusmão et al. (2013) admitem o exame jurisdicional de compatibilização prévio da potencial convenção. Esse controle preventivo permite que o Direito Internacional já nasça no ordenamento jurídico interno de modo compatível com a Constituição vigente. Para isso, ou há reforma constitucional (Poder Constituinte) para adequar o texto da Constituição ao tratado, ou há a negativa pelo judiciário da ratificação do tratado/acordo.<sup>8</sup>

Em síntese, o controle judicial, em matéria de direitos humanos, se dá preventiva, quando o processo de internalização não foi concluído, ou melhor, durante o ciclo de formação do decreto que internaliza o compromisso internacional; ou repressivamente, quando concluído tal ciclo.

Devido a CRFB/88 manter o sistema misto ou híbrido, são competentes não somente corte constitucional (sistema concentrado ou por via principal), mas

---

<sup>7</sup> Precisam-se diferenciar dois tipos de antinomia, a saber: antinomia em abstrato e em concreto. Enquanto a primeira ocorre quando duas ou mais normas carregam consequências jurídicas incompatíveis com suposições de fato *in abstrato*, a segunda se dá no momento da aplicação em que se constata que duas ou mais normas têm consequência jurídica incompatível a um mesmo suporte fático *in concreto* (GUASTINI, 1999). Na hipótese do conflito normativo *in abstrato*, uma norma derroga outra. Outro é o caso do conflito normativo *in concreto*, portanto, eventual, em que as normas em colisão permanecem válidas, no entanto, uma delas é selecionada para ser aplicada para solução da demanda jurídica. Isto é o exemplo do que ocorrer normalmente com a colisão de princípios.

<sup>8</sup> Com semelhança a esse tratamento dado ao conflito entre a norma interna e externa, a Constituição Espanhola positiva no seu art. 95, que "[...] 1. La celebración de un tratado internacional que contenga estipulaciones contrarias a la Constitución exigirá la previa revisión constitucional. 2. El Gobierno o cualquiera de las Cámaras puede requerir al Tribunal Constitucional para que declare si existe o no esa contradicción" (ESPANHA, 1978).

também qualquer juízo ou tribunal (sistema difuso ou por via incidental) para realizar o supracitado controle<sup>9</sup> (BARROSO, 2019).

Consoante o art. 43, tanto da Convenção de Viena sobre Direito dos Tratados de 1969 quanto da Convenção de Viena sobre Direitos dos Tratados entre Estados e Organizações Internacionais ou entre Organizações Internacionais de 1986, salienta-se que ainda que seja declarada a nulidade do tratado ou este tiver sido extinto pelo decurso do tempo ou pela denúncia, a obrigação enunciada na convenção, que a ela está vinculada em virtude do Direito Internacional, independente da existência e da validade do pacto, não resta prejudicada. É dizer o Estado continua obrigado.<sup>10</sup>

Nessa seção, estuda-se a definição pelo Poder Judiciário da norma jurídica aplicável, seja constitucional ou convencional, em caso de colisão entre as disposições normativas que integram o bloco de constitucionalidade.

No que concerne às normas domésticas, delimita-se à análise das ECs por estar diretamente associada ao objeto de estudo desse trabalho. Não se ignora, contudo, a importância que os tratados de direitos humanos desempenham em relação às normas constitucionais originárias, ao orientar o jurista na interpretação e na aplicação do direito.

---

<sup>9</sup> A CRFB/88 inova a sistemática do controle de constitucionalidade ao ampliar o exercício da jurisdição constitucional no Estado brasileiro para além da legitimidade exclusiva do procurador-geral da república. São igualmente legitimados o Presidente da República, a mesa do senado, a mesa da câmara dos deputados federais, a mesa das assembleias legislativas dos Estados-membros ou da câmara legislativa do Distrito Federal, governador, conselho federal da OAB e a confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional (BARROSO, 2019).

<sup>10</sup> "Artigo 43. Obrigações Impostas pelo Direito Internacional. Independentemente de um Tratado. A nulidade de um tratado, sua extinção ou denúncia, a retirada de uma das partes ou a suspensão da execução de um tratado em consequência da aplicação da presente Convenção ou das disposições do tratado não prejudicarão, de nenhum modo, o dever de um Estado de cumprir qualquer obrigação enunciada no tratado à qual estaria ele sujeito em virtude do Direito Internacional, independentemente do tratado" (BRASIL, 2009a). "Artigo 43. Obrigações impostas pelo Direito Internacional, independentemente de um tratado. A nulidade de um tratado, sua extinção, sua denúncia, a retirada de uma das partes ou a suspensão da execução de um tratado em consequência da aplicação da presente Convenção ou das disposições do tratado não prejudicarão, de nenhum modo, o dever de um Estado ou de uma organização internacional de cumprir qualquer obrigação enunciada no tratado à qual estaria sujeito em virtude do Direito Internacional, independentemente do tratado" (BRASIL, 2015).

### 3.1 Debate entre procedimentalista e substancialista

Duas são as principais teses que debatem o espaço de atuação do Poder Judiciário no controle de constitucionalidade e convencionalidade das leis e dos atos normativos emanados do Poder Público, a saber: procedimentalista e substancialista.

Apesar das diferenças entre elas, ambas as teses compartilham da compreensão da importância do Poder Judiciário nas democracias contemporâneas enquanto instituição estratégica que não se adstringe à função declarativa do direito. O órgão jurisdicional impõe-se como agência indutora, perante os outros poderes, de um efetivo *checks and balances* e de garantia da autonomia individual (HOMMERDING, 2006).

A corrente procedimentalista, capitaneada por John Hart Ely, nasce como resposta ao que se entende por falsa dicotomia, presente nos debates constitucionais norte-americanos da década de 70 e 80 do século XX, entre abordagem não interpretacionista e interpretacionista. Os não interpretacionistas também conhecidos como positivistas exegéticos defendem que a interpretação constitucional precisa estar vinculada às intenções e ao pensamento do constituinte originário (BURCKHART, 2021).

Por sua vez, os interpretacionistas ou jusnaturalistas advogam a necessidade de busca por valores e princípios, elementos extrínsecos à Constituição, para legitimar a interpretação constitucional e promover bom funcionamento do controle ao reavaliar as opções axiológicas do legislativo (BURCKHART, 2021).

Tanto uma abordagem quanto outra não se coadunam com os pressupostos democráticos do sistema, seja por destoar do verdadeiro significado de algumas disposições constitucionais, seja por tentar embasar o direito em fenômenos que lhe são externos (BURCKHART, 2021).

Nesse contexto, John Hart Ely (2010) apresenta a tese procedimentalista com equilíbrio entre as duas abordagens dominantes à época, pois, ao tempo em que reconhece a penetração dos valores substanciais no processo democrático, delimita a função judicial à questão participativa, desobstrutiva dos canais democráticos;

excluída desta a reavaliação do mérito das decisões proferidas pelos órgãos políticos.

Em concordância com esse pensamento, Dimitri Dimoulis et al. (2007) aduz que as cortes constitucionais têm a missão de assegurar as condições procedimentais da democracia, ou seja, garantir a regularidade do processo em sentido amplo.

Por serem especialistas na questão processual e encontrarem-se à margem do jogo político, os magistrados estão mais preparados para enfrentarem e executarem as normas do que as autoridades políticas. Todavia, não podem fazer juízo valorativo na aplicação do mandamento constitucional,<sup>11</sup> já que se trata de expressão da soberania popular (ELY, 2010).

Streck (2017) vislumbra que tal tese se distancia da realidade de países periféricos como é o caso do Brasil; em que, por exemplo, passadas mais de três décadas da promulgação da CRFB/88, grande parte dos direitos fundamentais não foi efetivada. Longe estão os procedimentalistas, por sua especificidade formal, de prever meios que possibilitem a elaboração de um projeto voltado à construção de uma democracia substancial, na qual o resgate das promessas da modernidade e a inclusão social sejam prioridades.

Ao se preocupar exclusivamente com o rito estatuído pela Constituição e com o funcionamento das instituições, os procedimentalistas ou formalistas fragilizam o tecido constitucional, na medida em que ele perde resiliência e força (BELLO; BERCOVICI; LIMA, 2018).

Como forma de combater as deficiências da corrente procedimentalista, surge o substancialismo. Teoria essa sustentada por Ronald Dworkin (2002), Mauro Capeletti (1999), dentre outros defensores, segundo a qual se ampliam as margens da função judicial para permitir ao Poder Judiciário ser também sujeito ativo na promoção dos direitos fundamentais e na redução das desigualdades.

Isso não quer dizer que os Poderes Executivo e Legislativo estejam dispensados de atuar no propósito de alcançar os fins constitucionais. Na verdade,

---

<sup>11</sup> “[...] o juiz deve intervir somente quando um time obtém uma vantagem injusta, não quando o time ‘errado’ faz gol. Não é justo dizer que o governo está ‘funcionando mal’ só porque às vezes ele gera resultados com os quais discordamos, por mais forte que seja nossa discordância [...]” (ELY, 2010, p. 136-137).



o que esta corrente pretende é inserir o judiciário na responsabilidade da perseguição de tais fins. Para tanto, concede-lhe papel criativo do direito.

Esse papel é exercido pelos juízes no momento em que interpretam o direito para julgar as demandas pelas quais foram provocados. Não há discricionariedade na decisão, já que encontra-se fundado no próprio direito. Situação distinta do positivismo jurídico, em que, no julgamento do caso difícil, quando inexistente regra preexistente clara que se amolde à ação judicial, o magistrado tem o poder discricionário, de legislar novos direitos e em seguida aplicar retroativamente ao caso em questão (DWORKIN, 2002).

Nessa perspectiva, o positivismo jurídico autoriza ao Poder Judiciário, em casos de difícil resolução, substituir-se ao Poder Legislativo. De encontro a tal substituição, a tese substancialista argumenta que a criatividade<sup>12</sup> dos juízes baseia-se em conjunto de princípios pelos quais estão obrigados (DWORKIN, 2002).

Esses princípios são padrões normativos, portanto, elemento interno e não externo do direito, que orientam e vinculam os magistrados na tomada de decisão, sob o risco de, caso não observados, denegar o conteúdo normativo do direito e, com isso, resultar na invalidade do ato decisório (DWORKIN, 2002).

Dworkin defende o Direito como atividade interpretativa e, por tal razão, propõe leitura principiológica da Constituição, ou seja, leitura deontológica do documento constitucional baseada em princípios jurídicos que têm como ponto de partida a reconstrução da concepção da dignidade da pessoa humana (PEDRON; CARVALHO, 2016).

Aliás, é factível a anulação de uma lei ou um ato normativo, emanado de órgão político (executivo ou legislativo), pelo Poder Judiciário com base em argumentos principiológicos<sup>13</sup> e na integridade do direito, sem que haja prejuízo à democracia. Isso se justifica pelo fato de haver condições e pressupostos fundamentais

---

<sup>12</sup> Cumpre esclarecer que, em que pesem os juízes, ao interpretar as normas, ao criarem, por vias reflexas, o direito, sua função não se confunde com a atividade do legislador, uma vez que o processo judicial depende da iniciativa das partes para que o juízo ou o tribunal exerça o poder jurisdicional, e os efeitos da decisão judicial são, em regra, *inter partes*. Aproxima-se, no entanto, do ponto de vista substancial (CAPPELETTI, 1999).

<sup>13</sup> São aqueles que fundamentam uma decisão política ao mostrar que a referida decisão garante um direito de um indivíduo ou de um grupo. Tratam-se de argumentos a favor de leis contrárias à discriminação, ou seja, em benefício de uma minoria ou grupo em situação de vulnerabilidade.

estabelecidos, implícita ou explicitamente, pela Constituição (BURCKHART, 2021).

Reconstrói-se a noção de política para atender à exigência de guarda da dignidade da pessoa humana, na sua dupla dimensão normativa, a saber: tratamento com igual respeito e consideração, bem como autonomia de definir o projeto pessoal de felicidade que se busca. Destarte, há a ressignificação da ideia de democracia, que não mais se reduz ao cumprimento da regra da maioria (PEDRON; CARVALHO, 2016).

Essa tese substancial reforça o caráter normativo da constituição, ao evidenciar que os direitos fundamentais sociais têm conteúdo compromissório que exige comportamento estatal rumo a sua concretização. Diante da inércia injustificada dos demais poderes nessa missão, a jurisdição constitucional está legitimada a implementar tais compromissos assumidos pelo Estado em seu texto constitucional (STRECK, 2017).

Em outras palavras, o Poder Judiciário tem a incumbência de evitar a perpetuação de injustiças e inconstitucionalidades. Está ele, para além da checagem da observância do rito traçado pelo constituinte, habilitado a adentrar no mérito das escolhas, por meio da interpretação, para que estas se coadunem com os fins constitucionais.

Pedron e Carvalho (2016) entendem que a compreensão dworkiniana de integridade do direito,<sup>14</sup> resultante de um conjunto de princípios acerca de justiça, devido processo legal e equanimidade, cobra dos magistrados a incidência desses padrões normativos nos casos que lhes são apresentados no desiderato de a solução ser justa e equitativa de acordo com as mesmas normas.

Para Burckhart (2021), é difícil demarcar com precisão as fronteiras entre procedimentalismo e substancialismo, haja vista que todo procedimentalismo possui elementos valorativos (substanciais) e todo substancialismo pressupõe um rito (procedimento).

---

<sup>14</sup> Dessa noção de integridade, Dworkin cria a figura do juiz Hércules, sujeito dotado de paciência e inteligência, para reinterpretar todo o ordenamento jurídico na busca por uma única resposta correta para o caso difícil (DWORKIN, 2002). Os juízes são desafiados a seguir as decisões jurisdicionais tomadas no passado como em um "romance em cadeia". Nesse romance, cada juiz é responsável por um capítulo de uma obra já começada, daí a necessidade da preocupação com a ligação em relação ao capítulo que já está escrito com o que está em produção e com a abertura da produção de outros capítulos (DWORKIN, 2001).

O fracasso de ambas as teorias está relacionado à tentativa de conciliação entre a soberania popular e os direitos fundamentais, em uma democracia constitucional, na qual atribuem-se a função protetora dos procedimentos democráticos ou dos valores morais às cortes constitucionais (CONSANI, 2016).

A doutrina elabora catálogos com as diretrizes de conduta que os magistrados devem se pautar para cumprir sua missão de controlar a constitucionalidade e a convencionalidade das disposições normativas sem invadir o âmbito de competência legislativa. Esses catálogos do comportamento judicial variam e divergem entre si, já que refletem as concepções de Estado, de Constituição e de Direito (PULIDO, 1999).

No Brasil, o sistema jurídico-constitucional legitima ao Poder Judiciário, sem ofensa ao princípio da separação de poderes, o controle tanto do devido processo legal quanto do conteúdo de leis e atos normativos.<sup>15</sup>

Inclusive, no tocante à PEC, pretensão do Poder Constituinte Reformador, factível também o exame de compatibilidade com a matéria veiculada em cláusula pétrea (art. 60, §4º, da CRFB/88). Nesse caso, o controle jurisdicional se realiza preventivamente, já que o objetado controlado não é uma EC, mas uma PEC.<sup>16</sup>

Finalizado o processo solene de reforma, as normas constitucionais derivadas que ofenderem cláusulas pétreas ou não forem elaboradas pelo rito previsto pelo constituinte originário são normas constitucionais inconstitucionais<sup>17</sup> (BACHOF, 1951).

Com efeito, no Estado brasileiro, há o acolhimento de uma postura intermediária, segundo a qual, como ensina Polido (1999), não se concebe a Constituição como um documento em que estão encartadas todas as soluções

---

<sup>15</sup> No julgamento do Agravo Regimental em MS nº 24.667, de relatoria do Min. Carlos Velloso, o STF admite o controle jurisdicional preventivo de constitucionalidade, mediante a impetração de MS pelo parlamento com o desiderato de assegurar o devido processo legislativo.

<sup>16</sup> O controle jurisdicional, em regra, é repressivo. "[...] Somente em duas situações a jurisprudência do STF abre exceção a essa regra: a primeira, quando se trata de Proposta de Emenda à Constituição – PEC que seja manifestamente ofensiva à cláusula pétrea; e a segunda, em relação ao projeto de lei ou de PEC em cuja tramitação for verificada manifesta ofensa a alguma das cláusulas constitucionais que disciplinam o correspondente processo legislativo" (STF – Mandado de Segurança nº 32.033, voto do Min. Teori Zavascki, julgamento 20/06/2013, publicado 18/02/2014). (BRASIL, 2014).

<sup>17</sup> O choque entre as limitações substanciais e o poder, sobremaneira o executivo, de Napoleão III a Hugo Cháves, acarreta o desfazimento da Constituição por constituições substitutas, em sua maioria, ditatoriais, ou o enfraquecimento daquela que se mantinha em que pese ser desrespeitada (MOREIRA, 2011).

substanciais para qualquer conflito constitucional; tampouco, pode ser ela entendida como conjunto de procedimento que tem a jurisdição constitucional como sentinela.

Tal postura intermediária congrega componentes do procedimentalismo e do substancialismo. Esses elementos, no entanto, não são aplicados na integralidade. Fazem-se adaptações a eles para que convivam em harmonia.

Exemplo disso é a vedação ao judiciário de adentrar na análise do mérito administrativo (conveniência e oportunidade) de uma decisão política, salvo se essa violar a proporcionalidade e a razoabilidade (tema estudado no item 3.2). Essas adaptações atribuem ao modelo de controle de constitucionalidade e convencionalidade pátrio identidade própria.

### **3.2 Razoabilidade e proporcionalidade**

A razoabilidade e a proporcionalidade derivam da vinculação do Estado à legislação (Estado de direito) e, por tal razão, prestam-se a combater a prática de arbitrariedades pelo Poder Público. Dentre outras causas, a similitude na finalidade desses institutos faz com que, muitas vezes, sejam empregados como princípios sinônimos, apesar de possuírem identidade própria e distinta.

Pela razoabilidade, afere-se se os atos emanados do Poder Público estão informados pelo valor da justiça. Nessa aferição, considera-se razoável tudo aquilo que esteja em equilíbrio, em harmonia e em conformidade com a razão, ou seja, necessária à adequação entre os motivos (circunstâncias fáticas), os fins e os meios da norma. Isso porque são fatores presentes na ação criativa do direito (BARROSO, 2010).

Dois são os passos mais notáveis nessa verificação, quais sejam: primeiro, faz-se uma análise da dimensão interna do princípio para depois examinar sua dimensão externa. Daí dizer que a razoabilidade é bidimensional (BARROSO, 2010).

Pela razoabilidade interna, e se diz interna por ser feita no interior da norma em estudo, estabelece uma relação racional entre os motivos, os meios e os fins do ato normativo. Enquanto pela razoabilidade externa, inaugurada após a qualificação da norma como razoável na perspectiva interna, procede-se à avaliação da adequação da norma com os meios e os fins admitidos pela Constituição (BARROSO,

2010).

Numa compreensão mais ampla do que Barroso, a adequação da norma (razoável internamente) deve se ocorrer não somente com a constituição, mas também com o bloco de constitucionalidade. Isto é, os fins e os meios pesquisados e considerados são aqueles previstos no texto constitucional, em tratados internacionais de direitos humanos etc.

Para Humberto Ávila (2004), a razoabilidade traz consigo, no mínimo, quatro exigências, a saber: 1ª) interpretação das normas com base naquilo que normalmente acontece e nos aspectos individuais; 2ª) relação de congruência entre a norma que diferencia e o fundamento da diferenciação entre os sujeitos; 3ª) equivalência entre a medida adotada e o critério que a dimensiona e 4ª) coerência lógica, que compreende a consistência interna (ausência de contradições lógicas entre seu conteúdo) e a consistência externa (circunstâncias necessárias para aplicação) da norma.

Cita-se, como exemplo, as decisões do STF para a primeira exigência, o RE nº 192553-1 e o HC nº 77.003-4; para a segunda, a ADI nº 1.753-2; para a terceira, a Representação nº 1.077. No que atine à quarta exigência, esta foi construída pelo Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul no julgamento ADI estadual nº 70002017721 (ÁVILA, 2004).

Nessas deliberações, o STF considera irrazoáveis, respectivamente, a presunção de ausência de procuração quando a defesa escrita é apresentada em papel timbrado da procuradoria; a contratação de servidor sem concurso público; o aumento do prazo para interposição de ação rescisória pelo Poder Público; e a criação de taxa judiciária em percentual fixo. Ofenderia a razoabilidade, por exemplo, a lei que preveja a obrigação para uma pessoa e a consequência do descumprimento para outra ou a norma que contenha obrigação impossível de ser cumprida.

As normas constitucionais derivadas e aquelas decorrentes de tratados internacionais de direitos humanos, pelo princípio da razoabilidade, são avaliadas isoladamente, isto é, embora factível a interpretação sistêmica, não se estuda a eventual colisão entre as disposições normativas, que, em regra, têm natureza de princípios jurídicos. A pesquisa centra-se na norma em análise, desconsiderada a colisão.

Caso haja colisão entre os direitos do bloco de constitucionalidade, o exame não é de razoabilidade, mas de proporcionalidade, o que pressupõe, ao menos, duas normas. Sejam elas da constituição: uma do documento constitucional e outra constante em convenção internacional, ou as duas estejam localizadas no direito externo (princípios previstos em tratados).

A própria natureza dos princípios colidentes, que é de mandamentos de otimização diante das possibilidades fáticas e jurídicas, implica a máxima da proporcionalidade, verdadeira também a lógica inversa – essa acarreta aquela. Ou seja, ao tempo em que os princípios dependem da proporcionalidade para se identificar seu valor, esta necessita de tal espécie normativa para ser exercida (ALEXY, 2015).

No método da ponderação, aplicação da proporcionalidade, não se estabelece ordem hierárquica entre os diferentes direitos ou bens. Todos estes, a não ser que o texto constitucional preveja, possuem *in abstracto* igual importância ou peso. A diferenciação de pesos é consequência do exame do caso concreto (SANCHÍS, 2000).

Aquilo que, dadas certas condições fáticas e jurídicas, tinha determinado peso, dizer superior a outro bem jurídico, em circunstâncias distintas, pode apresentar valor inferior ou menor e os bens contrapostos são os mesmos. Desse modo, lícito afirmar que o valor dos princípios, em regra, é concreto e não abstrato.

Trata-se de hierarquia móvel que não conduz a declaração de invalidade de um dos direitos ou dos bens constitucionais (oriundos do bloco de constitucionalidade) em conflito. Tanto um quanto o outro são preservados por mais que, em cada colisão, seja necessário reconhecer a primazia de um sobre o outro<sup>18</sup> (SANCHÍS, 2000).

Esclarece que não se é permitido dizer que a proporcionalidade é uma norma-princípio, porque (1) a sua estrutura trifásica, descrita abstratamente, não autoriza a concretização em princípio gradual – há uma única possibilidade de aplicação; (2) a neutralidade do seu conteúdo normativo em relação ao contexto fático faz com que sua aplicação independa das possibilidades fáticas e jurídicas; (3) a sua explicação

---

<sup>18</sup> Na ótica de Sanchís (2000), somente se procede à invalidação da norma quando gerar um sacrifício manifestamente desproporcional, gratuito e muito gravoso ou faltar-lhe idoneidade para alcançar o fim que se propõe. A invalidade é declarada ainda quando a regulação do direito fundamental atingir o núcleo essencial desse direito.

*in abstracto* elimina, em tese, a idoneidade e a necessidade de ponderação – não tem seu conteúdo modificado na colisão com outros princípios (ÁVILA, 1999).

Também não se é permitido dizer que é norma-regra, visto que o dever de proporcionalidade não funciona sem complementação material de outras normas e não se estabelece o conteúdo atinente à conduta humana ou à aplicação de outras normas. *A contrario sensu*, depende de outros direitos para, por intermédio das condições que tal dever prescreve, se entender o que é permitido, devido ou proibido diante de determinado ordenamento jurídico (ÁVILA, 1999).

Malgrado haver quem fale em princípio da proporcionalidade, o dever de proporcionalidade não tem a natureza jurídica de princípio, nem de regra. Na verdade, tal máxima constitui postulado normativo aplicativo, já que impõe uma condição estrutural ou formal de aplicação ou conhecimento concreto de outras normas (ÁVILA, 1999).

Enquanto a razoabilidade é bidimensional, a proporcionalidade é tridimensional. Portanto, três são as máximas estudadas – a adequação, a necessidade e a proporcionalidade em sentido estrito – que precisam estar cumulativamente presentes para a medida se qualificar como proporcional.

As máximas da adequação e da necessidade derivam do fato de os princípios serem mandamento de otimização frente às possibilidades fáticas; já a máxima da proporcionalidade em sentido estrito provém da natureza dos princípios como mandamento de otimização em face das possibilidades jurídicas (ALEXY, 2015).

Na adequação, analisa-se se a medida adotada (M1) com base em determinado princípio (P1) é adequada para atingir o seu objetivo (O). Na necessidade, identifica-se, dentre as medidas adequadas (M1, M2, M3, etc.), qual a que acarrete menor prejuízo ao outro princípio em colisão (P2). Por fim, na proporcionalidade em sentido estrito, faz-se comparação custo e benefício entre a limitação (ato restritivo) e a preservação do direito fundamental (ALEXY, 2015).

Pela aplicação do supracitado postulado, o STF, no Agravo Regimental no Inquérito nº 3.922 (BRASIL, 2015), considera proporcional a restrição ao direito de intimidade mediante afastamento do sigilo bancário, na hipótese de indícios da existência de organização criminosa voltada para a prática de delitos contra a administração pública, de desvio de recursos públicos e de fraudes, bem como da

suspeita de participação da investigada nesses crimes. A limitação se mostra adequada, pois tem aptidão de atingir o objetivo – demonstração de autoria e materialidade delitiva; necessária, por inexistir meio menos gravoso e igualmente eficaz; e proporcional em sentido estrito, já que as vantagens do afastamento para a investigação são superiores ao sacrifício.

Outro exemplo de posicionamento do STF pela proporcionalidade do ato normativo (art. 12, *caput*, da Lei nº 13.116/2015) que limita um direito fundamental, no caso, o direito real de propriedade é a ADI nº 6.482 (BRASIL, 2021).

Nesta, o órgão jurisdicional aduz que tal limitação é adequada, uma vez que a edição de lei federal para tratar sobre o tema é exigência (1) das dificuldades históricas de uniformidade na disciplina normativa acerca da implementação da infraestrutura de telecomunicação; e (2) da extensão da competência privativa da União para legislar sobre a matéria (art. 21, inciso XI, da CRFB/88). Sob o prisma da necessidade, não há meio menos gravoso para garantir a finalidade da norma, visto que deixar ao poder dos demais entes da federação geraria desequilíbrio na política nacional dos serviços de telecomunicações. Sob a ótica da proporcionalidade em sentido estrito, o tratamento pela lei federal, em vez de ter efeito prejudicial, evita o aniquilamento do direito real de propriedade.

Se o STF preserva a norma proporcional, afasta a medida desproporcional, como fez na RE nº 349703<sup>19</sup> (BRASIL, 2009) e na ADI nº 907 (BRASIL, 2017). Na primeira, entende que a prisão civil do devedor-fiduciante é excessiva, visto que existem, no ordenamento jurídico brasileiro, outros meios eficazes e menos onerosos de se cobrar a dívida do devedor inadimplente, assim o sacrifício do direito

---

<sup>19</sup> “[...] A prisão civil do devedor-fiduciante no âmbito do contrato de alienação fiduciária em garantia viola o princípio da proporcionalidade, visto que: a) o ordenamento jurídico prevê outros meios processuais-executórios postos à disposição do credor-fiduciário para a garantia do crédito, de forma que a prisão civil, como medida extrema de coerção do devedor inadimplente, não passa no exame da proporcionalidade como proibição de excesso, em sua tríplice configuração: adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito; e b) o Decreto-Lei nº 911/69, ao instituir uma ficção jurídica, equiparando o devedor-fiduciante ao depositário, para todos os efeitos previstos nas leis civis e penais, criou uma figura atípica de depósito, transbordando os limites do conteúdo semântico da expressão ‘depositário infiel’ insculpida no art. 5º, inciso LXVII, da Constituição e, dessa forma, desfigurando o instituto do depósito em sua conformação constitucional, o que perfaz a violação ao princípio da reserva legal proporcional [...]” (STF - RE nº 349703, Rel. Min. Carlos Britto, Rel. Min. p/ Acórdão Gilmar Mendes, Tribunal Pleno, julgado 03/12/2008, DJe nº 104, divulgado 04/06/2009, publicado 05/06/2009). (BRASIL, 2009).



fundamental da liberdade de locomoção pelo encarceramento civil ocasiona prejuízo maior do que sua manutenção.

Na ADI nº 907<sup>20</sup>, o STF declara a inconstitucionalidade da Lei estadual nº 2.130/1993, que obriga os estabelecimentos comerciais, no estado do Rio de Janeiro, a prestar serviço de empacotamento dos produtos comercializados. Tal norma ofende ao princípio da proporcionalidade por ser inadequada (presença de um empacotador não aumenta a proteção dos direitos do consumidor), desnecessária (processo mecânico é menos oneroso do que a contratação de pessoa para prestar esse serviço) e desproporcional em sentido estrito (as sanções previstas são capazes de falir um supermercado de pequeno e médio porte).

A proporcionalidade, ao examinar a limitação de direitos fundamentais e humanos e ao se preocupar com a preservação do núcleo essencial à luz da teoria relativa (vide item 3.5), constitui instrumento em favor da expansão dos citados direitos e contra o retrocesso no campo das conquistas da humanidade.

Tal a importância desse dever, que, ao lado da razoabilidade, foi positivado no art. 2º, *caput*, da Lei nº 9.784/1999, como princípio que rege o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal.

No tópico seguinte, explica-se a harmonização constitucional como técnica de garantir a unidade do bloco de constitucionalidade e de evitar possíveis contradições entre as normas que aí estão inseridas.

---

<sup>20</sup> “[...] a Lei nº 2.130/1993, do Estado do Rio de Janeiro, padece de vício material. Isso porque a restrição ao princípio da livre iniciativa, protegido pelo art. 170, *caput*, da Constituição, a pretexto de proteger os consumidores, não atende ao princípio da proporcionalidade, nas suas três dimensões: (i) adequação; (ii) necessidade; e (iii) proporcionalidade em sentido estrito. 4. A providência imposta pela lei estadual é inadequada porque a simples presença de um empacotador em supermercados não é uma medida que aumente a proteção dos direitos do consumidor, mas sim uma mera conveniência em benefício dos eventuais clientes. Trata-se também de medida desnecessária, pois a obrigação de contratar um empregado ou um fornecedor de mão-de-obra exclusivamente com essa finalidade poderia ser facilmente substituída por um processo mecânico. Por fim, as sanções impostas revelam a desproporcionalidade em sentido estrito, eis que capazes de verdadeiramente falir um supermercado de pequeno ou médio porte. 5. Procedência da ação, para declarar a inconstitucionalidade da Lei nº 2.130/1993, do Estado do Rio de Janeiro, confirmando-se a liminar deferida pelo Min. Sepúlveda Pertence” (STF – ADI nº 907, Rel. Min. Alexandre de Moraes, Rel. Min. p/ Acórdão Roberto Barroso, Tribunal Pleno, julgado 01/08/2017, DJe nº 266, divulgado 23/11/2017, publicado 24/11/2017). (BRASIL, 2017).

### 3.3 A máxima efetividade dos direitos fundamentais e a harmonização constitucional

O problema da coerência do sistema jurídico, no plano hermenêutico, está atrelado à existência de antinomias jurídicas, isto é, de contradições entre as normas no ordenamento. Por efeito, só se designa como coerente o sistema em que seus elementos estejam em harmonia, convivam sem conflito normativo.

Soares (2018) classifica as antinomias em duas espécies – próprias e impróprias. Aquelas ocorrem toda vez que uma norma jurídica faculta uma determinada conduta e outra proíbe esse mesmo comportamento; já estas, são discrepâncias mais débeis entre normas jurídicas no que concerne às terminologias, aos sentidos, às finalidades e aos valores.

Dentre as impróprias, há antinomia teológica, quando uma norma jurídica define os meios para a aplicabilidade de outra, porém esses meios se revelam incompatíveis com o fim previsto na norma originária; antinomia valorativa, divergência entre os valores consagrados em duas ou mais normas; antinomia principiológica, quando os princípios entram em colisão; e antinomia semântica, dissenso do significado das palavras ou das expressões empregadas nas normas jurídicas (SOARES, 2018).

Para Norberto Bobbio (1995), a resolução do conflito normativo consiste na eliminação de uma das normas envolvidas na antinomia segundo um dos três critérios – cronológico, da especialidade e hierárquico. Pelo critério cronológico, norma posterior prevalece sobre a norma anterior; pelo critério da especialidade, *lex specialis derogat generali*; e pelo critério da hierarquia,<sup>21</sup> à luz de um sistema jurídico escalonado, norma superior derroga norma inferior.

Admite Bobbio (1995) que esses critérios não possuem capacidade de solucionar conflito entre normas que estão no mesmo nível hierárquico, tais como as constantes no bloco de constitucionalidade. EC não derroga tratados de direitos humanos, compromisso internacional não derroga EC, jurisprudência do SIDH não derroga EC ou tratado. A respeito da primeira situação, possibilitar a derrogação resultaria em violação ao princípio *pacta sunt servanda* (como o comentado no introdutório dessa seção).

---

<sup>21</sup> Na seção 1, mais especificamente no item 1.6.3, no contexto do pluralismo constitucional, o critério hierárquico deixa de ser o principal na determinação da invalidação ou não aplicação de uma norma jurídica. Ao lado dele, há o critério *pro persona* de acordo com o qual o direito mais protetivo é selecionado, independente de a norma ser constitucional ou convencional.

Igualmente não valem em caso de antinomia principiológica, pois o conflito entre princípios não implica na eliminação (definitiva) da norma-princípio colidente, mas, quando possível, na harmonização entre eles ou no afastamento (temporário) de um no caso concreto (vide item 3.3). Assim, primeiro tenta-se satisfazer ambos os princípios; na impossibilidade dessa satisfação simultânea, como resultado da ponderação, aplica-se um dentre eles.

Isso porque a norma constitucional (e as normas do bloco de constitucionalidade gozam desse status) não tem sua existência por si só, depende ela da realidade. Ao tempo que depende, dada sua força normativa, conforma a realidade.<sup>22</sup> A situação regulada por ela pretende ser concretizada. Destarte, a interpretação adequada é a que conseguir concretizar o sentido da norma dentro das condições reais dominantes (HESSE, 2004).

Como normas jurídicas que são, as normas constitucionais preservam o atributo essencial da imperatividade. Essa espécie normativa, assim como qualquer outra norma, contém prescrição, ordem, mandamento com força jurídica e não exclusivamente moral. A sua transgressão deflagra mecanismo de cumprimento forçado, de coação, que se mostra apto a garantir-lhe a imperatividade, a exemplo do estabelecimento de consequências pela insubmissão ao seu comando (BARROSO, 2006).

Portanto, a solução para a colisão principiológica não é, de início, o afastamento de um para satisfação de outro, na medida em que isso, em tese, gera desobediência a um dos direitos constitucionais previstos e, conseqüentemente, sujeita aquele que descumpre o comando aos efeitos da coação.

Barroso (2006) observa que a experiência constitucional brasileira revela, além da instabilidade, que o projeto institucional, até a CRFB/88, teve como característica a frustração de propósitos dos sucessivos textos que buscavam repercutir sobre a realidade político-social do país. Havia no Brasil, na antevéspera da convocação da constituinte de 1988, uma doença persistente: insinceridade constitucional.

A Constituição, nesse contexto, transfigura em instrumento de dominação ideológica com promessas que não seriam realizadas. Não havia anuência quanto ao

---

<sup>22</sup> Hesse, apesar de reconhecer que a norma constitucional é conformada pela realidade, discorda da compreensão de Ferdinand Lassalle (2008) segundo a qual a constituição, ao não constituir retrato das relações de poder dominantes em dado momento, caracteriza-se como folha de papel e vem a sucumbir na primeira oportunidade em que entrar em conflito com os fatores reais de poder.

sentido da constituição por parte dos “fatores reais do poder”,<sup>23</sup> que construíram uma realidade, refratária a uma concreta democratização do Estado e da sociedade. A doutrina da efetividade apresenta-se, desta feita, como instrumento de superação da supremacia política exercida acima da norma constitucional e de enfrentamento da insinceridade normativa (BARROSO, 2006).

Em reforço à normatividade constitucional, a CRFB/88 proclama, no seu art. 5º, §1º, que todas as normas definidoras de direitos fundamentais apresentam aplicabilidade imediata. Fica, pois, evidente que esses direitos não são simples programas de ação do Poder Público ou declarações políticas invertidas de eficácia jurídica limitada ou diferida (direcionados ao futuro), já que vinculam direta e imediatamente (presente) todos os poderes constituídos (DIMOULIS; MARTINS, 2014).

Ao lado da normatividade, há, na hermenêutica constitucional, o princípio da máxima efetividade que se traduz em apelo aos intérpretes da Constituição, a fim de que a norma constitucional, mormente a que veicula direitos fundamentais, busque densificar esses direitos; cuja abertura das normas, em regra, torna viável a interpretação extensiva (COELHO, 2002).

Em situações concretas, todavia, a otimização dos direitos fundamentais, em benefício de titular específico, mostra-se hábil a proporcionar a simultânea compreensão ou o sacrifício de iguais direitos de outrem, sobre os quais a ordem constitucional exige também otimização (COELHO, 2002).

Nessas hipóteses, para que haja preservação da coerência do sistema normativo e não se rompa a unidade da constituição,<sup>24</sup> Konrad Hesse (1998) ensina que o intérprete deve se basilar pelo princípio da concordância prática ou da harmonização.<sup>25</sup> De acordo

---

<sup>23</sup> Vale-se da expressão de Ferdinand Lassalle (2008), empregada para se referir à força eficaz e ativa que informa todas as instituições jurídicas da sociedade e que determina que estas não possam ser, em conteúdo, a não ser tal como ela estabelece. Essa força concentra-se nos estamentos sociais, que detêm poder.

<sup>24</sup> Segundo o princípio da unidade, os elementos da Constituição guardam conexão e interpedência entre si, o que justifica o dever de que as normas constitucionais sejam interpretadas em conjunto com o todo (constituição e, em perspectiva mais ampla, bloco de constitucionalidade) em prevenção à contradição entre elas.

<sup>25</sup> Virgílio Afonso da Silva (2005) entende que os princípios da interpretação constitucional, dentre eles a harmonização e a máxima efetividade, carecem de relevância para resolução de problemas jurídico-constitucionais no Brasil, uma vez que não se diferenciam dos cânones tradicionais de interpretação, tais como os formulados por Savigny em meados do século XIX, além da impossibilidade de aplicação conjunta desses princípios com outros métodos de interpretação constitucional. A respeito da concordância prática, Silva diz que este princípio é aplicado, no Brasil, de modo complementar e

com esse cânone interpretativo, os bens jurídicos tutelados pela ordem jurídico-constitucional precisam ser coordenados um ao outro de forma que cada um deles seja concretizado. Não se é factível um realizá-lo à custa do outro.

Coelho (2002) avalia que essa conciliação, entretanto, é apenas formal ou principiológica, haja vista que, nas demandas reais, acolhe-se, por inteiro ou em grande parte, a pretensão de uma das pessoas que integram a relação jurídica; a outra se conforma com o ato decisório que lhe foi adverso. Esse é o deslinde de toda disputa que não é construída mediante negociação.

Discorda-se desse entendimento, uma vez que, na atividade de otimização dos direitos constitucionais,<sup>26</sup> imposição do princípio da unidade, os bens jurídicos em colisão devem ser limitados no desiderato de que todos eles possam atingir eficácia ótima. Essa limitação *in concreto* se dá na proporção do que é imprescindível para a concordância dos bens envolvidos no conflito (HESSE, 1998).

Inclusive, o STF, no julgamento do RE nº 971959,<sup>27</sup> de relatoria do Min. Luiz Fux, dá aplicação prática ao princípio da harmonização ao considerar típica, mesmo diante da

---

sucessivamente ao princípio da proporcionalidade, mesmo diante da afirmação de Hesse no sentido de que a harmonização não implica sopesamento de bens ou valores. Quanto à máxima efetividade, Silva afirma que ela já está embutida na noção de concordância prática e força normativa da constituição. Não bastasse isso, acrescenta que esse máximo de efetividade nem sempre pode ser alcançado. Não obstante essas críticas apresentadas por Silva, entende-se que elas não merecem respaldo, porque não se é permitido negar a importância desempenhada por esses princípios da interpretação constitucional sob o argumento que são cânones velhos transvestidos em nomes novos. Aliás, se verdadeira essa fala de Silva, ainda assim tais normas-princípio exerceriam papel primordial na interpretação da norma constitucional, pois os métodos tradicionais também são considerados na análise do texto normativo do bloco de constitucionalidade. Impossível se negar a importância pela suposta ausência de originalidade. Por fim, vale destacar que 1) não há confusão na aplicação da proporcionalidade e da harmonização, já que o âmbito de incidência dessas normas é distinto; 2) ao importar esses cânones, foram eles adaptados para atender às peculiaridades do sistema jurídico pátrio; 3) a concordância prática é consequência da força normativa e da máxima efetividade; e 4) a norma constitucional estabelece tanto padrão com a pretensão de ser efetivado quanto mecanismos para tornar isso possível.

<sup>26</sup> O intérprete, nessa atividade de otimização dos direitos e na solução dos problemas jurídicos, deve priorizar os pontos de vistas e os critérios que produzam efeito criador e conservador da unidade política, isto é, efeito integrador (HESSE, 1998), porque toda constituição, como condição de possibilidade de qualquer sistema jurídico, necessita produzir e manter a coesão social e política (COELHO, 2002).

<sup>27</sup> “[...] 9. A persecução penal, pela sua natureza, admite a relativização de direitos nas hipóteses de justificável tensão (e aparente colisão) entre o dever do Poder Público de promover uma repressão eficaz às condutas puníveis e as esferas de liberdade e/ou intimidade daquele que se encontre na posição de suspeito ou acusado. É o que ocorre com a garantia do *nemo tenetur se detegere*, que pode ser eventualmente relativizada pelo legislador. [...] 11. A garantia do *nemo tenetur se detegere* se insere no mesmo conjunto de direitos subjetivos e garantias do cidadão brasileiro de que são exemplos os direitos à intimidade, privacidade e honra, o que implica dizer que a relativização da garantia é admissível, embora mediante a observância dos parâmetros constitucionais pertinentes à

vedação à autoincriminação (*nemo tenetur se detegere*), a conduta do indivíduo que atribui falsa identidade perante a autoridade policial com o fim de ocultar maus antecedentes. Chega-se a essa conclusão ao compreender que a mencionada garantia, como direito fundamental de natureza principiológica, admite relativização para se permitir a efetivação, em certa medida, de outros direitos/deveres em tensão, tal como o dever que o Poder Público tem de promover repressão eficaz às condutas delituosas.

A concordância prática, por conseguinte, revela-se como instrumento manejado pelo Poder Judiciário para, no exercício do controle de constitucionalidade e/ou convencionalidade, garantir a coerência do sistema e a efetivação dos direitos fundamentais. Nessa lógica, a jurisdição constitucional tem papel ativo na realização dos comandos previstos no bloco de constitucionalidade.

A passagem da hermenêutica jurídica para a constitucional trouxe para a teoria da interpretação esse princípio da harmonização, assim como técnicas de decisão em face da inconstitucionalidade e da inconveniência etc. Vivencia, atualmente, a influência do pluralismo constitucional, com sua preocupação em tutelar da pessoa humana, na hermenêutica constitucional. Sobre isso, o tópico 3.4 se ocupa.

### **3.4 Novos vetores hermenêuticos da norma constitucional e legitimidade democrática da jurisdição constitucional**

Aponta-se a insuficiência dos métodos da hermenêutica jurídica para interpretar a norma constitucional como o motivo da necessidade de metodologia da interpretação apropriada, isto é, de uma hermenêutica constitucional. Há, destarte, passagem da hermenêutica jurídica para hermenêutica constitucional. Essa mudança não nega os métodos clássicos, em vez disso, os associa aos novos vetores interpretativos<sup>28</sup> e às técnicas de decisão, quando o ato de interpretar é

---

harmonização de princípios eventualmente colidentes. Diante desse quadro, o direito à não autoincriminação não pode ser interpretado como o direito do suspeito, acusado ou réu a não participar da produção de medidas probatórias [...]” (STF - RE nº 971959, Rel. Min. Luiz Fux, Tribunal Pleno, julgado 14/11/2018, DJe nº 190, divulgado 30/07/2020, publicado 31/07/2020). (BRASIL, 2020).

<sup>28</sup> Apresentam-se como princípios da interpretação constitucional, advindos da hermenêutica constitucional, catalogados em rol não exaustivo por Konrad Hesse, a unidade da constituição, a concordância prática, a correção funcional, a eficácia integradora, a força normativa da constituição, a máxima efetividade, entre outros. Estes princípios, com exceção da correção funcional, foram

exercido pelo Poder Judiciário.

Hesse (1998), em referência aos métodos tradicionais, aduz que, em regra, eles buscam verificar a vontade do legislador (subjctiva) ou a vontade da norma (objetiva) na pesquisa do seu texto, do sentido, da finalidade etc. Ao decidir, no emprego dos cânones clássicos, o magistrado faz, sem atenção ao caso concreto, juízo silogístico entre a norma e o fato da vida.

Isso não possibilita mais uma compreensão adequada das constituições modernas, porque o constituinte não prevê critérios unívocos para todos os casos de interpretação. Há situações para as quais não há critério definido, embora a Constituição apresente pontos de apoio para se chegar à decisão. Com efeito, não se pode verificar a vontade real, subjctiva ou objetiva, que sequer foi manifestada, a não ser que com base em presunção e, portanto, algo fictício (HESSE, 1998).

Ademais, chama-se atenção para a imprecisão no emprego de palavras e expressões no texto constitucional, cujo significado varia de linguístico geral ao jurídico especial (HESSE, 1998), pois a diversidade na semântica dos termos não se coaduna com a doutrina tradicional ao buscar um sentido único para as disposições normativas.

A interpretação constitucional se diferencia da atividade de interpretar a Constituição segundo os cânones clássicos da hermenêutica jurídica, concebidos em um período em que as matrizes do pensamento jurídico estavam alicerçadas em "bases privatísticas" (GUERRA FILHO, 2005, p. 73).

Nasce a hermenêutica constitucional, após o holocausto nazista, com a retomada do projeto político e jurídico antipositivista da época da República de Weimar (GUERRA FILHO, 2005), ao se vislumbrar as características que tornam as normas constitucionais merecedoras de especial tratamento em comparação com as demais normas jurídicas. Barroso (2009) identifica quatro peculiaridades da norma constitucional, quais sejam: superioridade hierárquica, natureza de linguagem, conteúdo específico e caráter político.

---

trabalhados no item 3.3. A correção funcional ou justeza veda ao intérprete, ao aplicar a norma em uma situação concreta, posicionar-se contrário a um sistema prévia e coerentemente ponderado de repartição de competência entre os poderes constituídos, ou seja, proíbe de adotar comportamento que abale o esquema organizatório e funcional (COELHO, 2002).

A primeira refere-se à supremacia que normas dessa espécie possuem no ordenamento jurídico frente a outras normas; a segunda está atrelada à preponderância de normas-princípio no sistema normativo, o que confere maior abertura, maior grau de abstração e menor densidade jurídica; a terceira atine-se ao fato de existir, na Constituição, normas de conduta (comando mais consequência pelo descumprimento), de organização (estruturação do Estado e de seu funcionamento), programáticas (estabelecem fins a serem atingidos) etc.; enquanto a quarta concerne à gênese política de tais normas (BARROSO, 2009).

Apesar de a definição de quais os valores a serem tutelados e os objetivos a serem buscados pelo sistema jurídico-constitucional ser questão política e não jurídica consumada essa decisão pelo Poder Constituinte, o poder político transforma-se em jurídico, visto que a exteriorização dessa decisão acontece por meio de normas jurídicas (BARROSO, 2006).

A interpretação da Constituição e/ou do bloco de constitucionalidade constitui processo aberto no qual estão envolvidos não somente os poderes estatais e os órgãos públicos, mas também qualquer do povo. Pretende com isso, Peter Häberle (1997) defender a democratização da atividade hermenêutica constitucional, tanto que denomina a titularidade desse exercício à "sociedade aberta dos intérpretes da Constituição", pois as forças pluralistas da sociedade representam um pedaço da publicidade e da realidade constitucional.<sup>29</sup>

É conhecido, todavia, o papel da jurisdição constitucional na aplicação e na efetivação dos direitos consagrados na Constituição e/ou no bloco de constitucionalidade, ainda mais quando se tratam dos órgãos de cúpula, aqueles que dizem a última palavra em matéria constitucional.

No Brasil, o constituinte originário reserva essa função de guarda ao STF (art. 102 da CRFB/88), na oportunidade em que delimita as competências (atribuições) originárias desse órgão. Sem hesitação, outros órgãos do Poder Judiciário pátrio podem, no desempenho da função criativa e diante de caso concreto, garantir a

---

<sup>29</sup> Para Peter Häberle (1997), há relação direta entre os critérios de interpretação constitucional e a pluralidade da sociedade de modo que quanto mais pluralista for a sociedade mais aberto hão de ser os critérios de interpretação.



unidade e a supremacia constitucional, mas não de forma definitiva.<sup>30</sup>

Tal unidade e supremacia constitucional (valores) são asseguradas, sobretudo, pelo instrumento do controle jurisdicional de constitucionalidade/convencionalidade, seja na via difusa (qualquer juízo ou tribunal) ou concentrada (somente o STF, em âmbito nacional, ou o Tribunal de Justiça, em âmbito estadual) mediante a nulidade ou o afastamento do ato inconstitucional/inconvencional. Na via difusa, essa verificação de compatibilidade se dá incidentalmente no julgamento do caso concreto, por isso também é denominado como controle concreto. Enquanto, na via concentrada, a Corte Constitucional aprecia a lei ou o ato normativo em tese (recebe o nome de controle abstrato) e seu ato decisório produz efeito *erga omnes*<sup>31</sup> (MENDES, 2010).

Em vez de declarar a nulidade ou o afastamento, o STF tem a faculdade de adotar a técnica de decisão intermediária ao reconhecer a inconstitucionalidade. Essa decisão pode assumir a natureza interpretativa, pela qual o tribunal seleciona, dentre as interpretações possíveis, a que melhor se adéqua à Constituição ou elimina significados inconstitucionais; ou manipulativa, na qual atribui significado aos dispositivos interpretados, ainda que este não possa ser extraído de seu programa normativo, para, ao modificar o seu conteúdo, compatibilizá-lo com a constituição<sup>32</sup> (BARROSO, 2019).

Como exemplo de decisão interpretativa, cita-se a proferida no bojo da ADI nº 5.971 (BRASIL, 2019), na qual o STF exclama que a única interpretação do art. 2º,

---

<sup>30</sup> Não definitiva no sentido de que outros órgãos jurisdicionais que não o STF não têm a competência para dar a última palavra em matéria constitucional.

<sup>31</sup> O efeito *erga omnes* consiste na produção de efeitos contra todos, exceto em relação ao plenário do STF e ao exercício da atividade legiferante pelo Congresso Nacional.

<sup>32</sup> São espécies de decisões interpretativas: a) interpretação conforme à constituição, nessa o intérprete faz uma leitura da norma de modo a adequar o seu sentido com os fins constitucionais ou declara a não incidência da norma diante de determinada situação fática; b) declaração de inconstitucionalidade parcial sem redução do texto, na qual se exclui uma interpretação por considerá-la inconstitucional; c) declaração de inconstitucionalidade sem pronúncia de nulidade (apelo ao legislador), quando se reconhece a inconstitucionalidade, porém mantém-se seus efeitos dentro de certo período, concedendo prazo ao legislador para que produza a norma, pois, na sua permanência em inércia, gerará situação de vácuo normativo, que é prejudicial para toda a coletividade (pronúncia de nulidade diferida); e d) declaração de constitucionalidade em trânsito para a inconstitucionalidade, hipótese em que o tribunal reconhece a lei ou o ato normativo como constitucional enquanto perdurar situação fática (inconstitucionalidade progressiva). Por sua vez, são tipos de decisões manipulativas a) aditiva, quando há inconstitucionalidade por omissão parcial e o órgão jurisdicional procura compatibilizar o diploma normativo com a constituição, ampliando o âmbito de incidência da norma; e b) substitutiva, nessa substitui uma disciplina inconstitucional por uma que esteja compatível com a norma constitucional (BARROSO, 2019).

inciso I, da Lei distrital nº 6.160/2018, que se mostra em consonância com a Constituição é a que não exclui, para fins de aplicação das políticas públicas contempladas na lei objeto do controle, o reconhecimento da união estável de pessoas do mesmo sexo do conceito de entidade familiar.

Por sua vez, é exemplo de decisão manipulativa a tomada pelo STF na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) nº 54; nessa, o Tribunal Pleno adiciona, dentre as hipóteses de exclusão de ilicitude, a interrupção da gestação de feto anencéfalo por concluir que o ato de interrupção decorre dos direitos à privacidade, à liberdade sexual e reprodutiva, à saúde e à autodeterminação da mulher. Logo, não há que se falar em cometimento dos delitos tipificados nos arts. 124, 126 e 128, incisos I e II, do Código Penal.

Esse controle de constitucionalidade é questionado pela ausência de legitimidade democrática do poder jurisdicional para alterar a Constituição e “criar” o direito, haja vista que sua função não é legislativa, nem tão pouco constituinte (STRECK; LIMA; OLIVEIRA, 2007). O espaço de atuação de cada Poder Constituído é definido consoante o princípio fundamental da separação de poderes (art. 2º da CRFB/88) de maneira que qualquer interferência sem autorização constitucional é ilegítima por vilipendiar a escolha do povo, titular do poder soberano (parágrafo único do art. 1º da CRFB/88).

Tal problema ganha notoriedade quando se observa que uma decisão em sede de controle concentrado ou difuso de constitucionalidade/convencionalidade, tomada pela maioria absoluta do STF (6 votos), ou a aprovação de uma súmula do STF, construída com 8 votos (quórum mínimo), têm aptidão de modificar a ordem constitucional; ao tempo que o Poder Constituinte Reformador necessita, para aprovar uma EC, da deliberação positiva de 3/5 de deputados federais e senadores, em dois turnos de votação (STRECK; LIMA; OLIVEIRA, 2007). Isso retrata verdadeira assimetria entre as exigências formais para alterar a estrutura jurídica do país entre membros eleitos diretamente pelo povo e aqueles nomeados pelo Presidente da República.

Não se pode negar, contudo, a importante incumbência da jurisdição constitucional: a) de velar pela integridade dos direitos fundamentais; b) de repelir condutas estatais abusivas; c) de conferir primazia à dignidade da pessoa humana;

d) de fazer cumprir os tratados internacionais de direitos humanos; e e) de neutralizar qualquer potencial opressão do Estado ao indivíduo (MELLO FILHO, 2018).

Aliás, cabe dizer que a separação de poderes preconizada pelo Estado democrático de direito se apoia não somente em uma rede de limitações, que singulariza esse regime político, mas também na existência de multiplicidade de controles (dentre eles, o judicial), por meio dos quais as restrições se articulam. Especificamente quanto ao controle judicial, este está inter-relacionado com os limites à proporção que a jurisdição constitucional funciona como atualizadora das limitações preestabelecidas (ARAGÓN, 2002).

Assim, quando o órgão jurisdicional declara a nulidade de uma lei ou ato normativo por inconstitucionalidade ou por ilegalidade, não atua ele em situação de superioridade sobre o Poder Legislativo, mas como assegurador de que os limites dos Poderes Constituídos sejam cumpridos (ARAGÓN, 2002). Nessa perspectiva, o controle jurisdicional de constitucionalidade e de convencionalidade não ofende a separação de poderes (art. 2º, da CRFB/88), ao revés, reforça-a ao exigir o cumprimento dos limites prefixados e ao atualizá-los.

Inegável é a expansão da adoção do controle de constitucionalidade/convencionalidade nos ordenamentos jurídicos nos mais variados países do mundo. Isso fez com que se buscasse uma legitimidade racional do uso desse mecanismo pelo Poder Judiciário. É dizer que há ressignificação da discussão sobre a quem compete a função de guardião da Constituição, travada entre Kelsen (2003) e Schmitt (2009), nos tempos de Weimar, para um debate não tão radical.

Atualmente, polemiza-se não sobre a existência do controle,<sup>33</sup> mas sim acerca da forma de exercício, de como compatibilizar o controle de constitucionalidade/convencionalidade com o funcionamento da democracia representativa, dos limites das competências dos tribunais

---

<sup>33</sup> A controvérsia em torno da delimitação da função da jurisdição constitucional pressupõe admitir a existência de uma corte constitucional como instituição estatal e reconhecer a compatibilidade entre a proteção dos direitos fundamentais e o funcionamento dos mecanismos da democracia representativa; entre o constitucionalismo e a democracia. Em que pese Pulido fazer referência expressa à democracia representativa, esse raciocínio também se aplica na democracia semidireta, em que o povo exerce tanto diretamente (democracia direta) o poder soberano quanto através dos seus representantes eleitos (democracia semidireta). Ou seja, o debate sobre os limites da jurisdição constitucional tem como pressuposto a aceitação de que o Estado democrático não repele a tutela dos direitos fundamentais.

constitucionais e dos limítrofes que demarcam o exercício adequado das atribuições em respeito à atividade legislativa (PULIDO, 1999).

Se, por um lado, a regulação da vida política de uma sociedade provém de procedimentos de deliberação que foram seguidos pelas instituições representativas; por outro, essa regulação está subordinada à Constituição e aos direitos fundamentais. Diante disso, a Corte Constitucional tem a missão de verificar a observância dessa sujeição (PULIDO, 1999).

Vislumbra-se, pois, que o STF detém legitimidade racional, desde que observados os limites traçados pelo constituinte ao delimitar sua competência originária, para salvaguardar a coerência constitucional e convencional do arcabouço normativo brasileiro e impedir a perpetuação de violações estatais ou de outra espécie a direitos fundamentais, principalmente, de grupos em situação de vulnerabilidade e minoritários. Concomitantemente, tutela a pessoa humana, ao agir em função do bloco de constitucionalidade, que conforma a realidade.

Essa conclusão tem como base a teoria dos direitos fundamentais e a "nova hermenêutica constitucional", que foram edificadas sob o prisma da proteção da dignidade humana e simbolizam a reaproximação entre ética e direito<sup>34</sup> (BARROSO, 2009).

Com essa reaproximação, o STF passa a utilizar os tratados de direitos humanos como parâmetro da interpretação constitucional,<sup>35</sup> visto que estabelecem critérios hermenêuticos de definição do conteúdo das normas constitucionais (MAUÉS, 2013).

Consideradas a legitimidade democrática da jurisdição constitucional e a função do STF de intérprete último da Constituição e do bloco de constitucionalidade, o tópico 3.5 trabalha qual

---

<sup>34</sup> A reaproximação entre o direito e a moral não autoriza ao Poder Judiciário confundir um com o outro, tal qual, relata Maus, aconteceu no judiciário alemão ao aplicar a jurisprudência dos valores. Segundo essa doutrina, o direito está subordinado à moral (BAHIA, 2005). Apropria-se a Corte Constitucional dos interesses sociais, dos discursos morais e dos processos de formação de vontade política, transformando a Constituição em um texto através do qual os magistrados definiriam os comportamentos e os valores entendidos como corretos e, como se dogma fosse, essa definição deveria ser observada por todos (MAUS, 2000).

<sup>35</sup> A preocupação em proteger os direitos humanos fez com que o STF, no julgamento do Agravo em Recurso Extraordinário nº 954858/RJ (BRASIL, 2017), fixasse o entendimento segundo o qual os atos de impérios, praticados no território brasileiro, por Estado estrangeiro em violação ao Direito Internacional dos direitos humanos (por exemplo, a morte de não combatentes em período de guerra), não gozam de imunidade de jurisdição.

a teoria e o critério perfilhados pelo Brasil no tocante à definição de núcleo essencial dos direitos fundamentais e dos direitos humanos. Para isso, confronta a discussão doutrinária com a jurisprudência do STF acerca do tema.

### 3.5 STF e núcleos essenciais

Em que pese o texto constitucional brasileiro carecer de cláusula expressa no tocante ao núcleo essencial como limite dos limites, como fizeram a Lei Fundamental da República Federal da Alemanha de 1949, no seu art. 19.2,<sup>36</sup> e a Constituição Espanhola de 1978, no seu art. 53.1<sup>37</sup> essa cláusula se aplica no Brasil por ela decorrer do dever de progressividade e do não retrocesso no campo dos direitos humanos e fundamentais (matéria tratada no item 2.4 dessa dissertação).

A busca por definição desse núcleo essencial e a ausência de consenso doutrinário na fixação de métodos para se chegar a tal definição ocasionaram a proliferação de diversas teorias e critérios. Destacam-se, dentre elas, as teorias absoluta e relativa e, dentre elas, os critérios objetivo e subjetivo.

De acordo com a teoria absoluta, o conteúdo essencial é um núcleo duro do direito, que resiste às intromissões que pretendem realizar o legislador (HUERTAS, 2008), ou melhor, que deve ser preservador em todo caso, ainda que concorram razões justificadoras para a restrição. Portanto, é a parte do conteúdo do direito<sup>38</sup> que não admite negociação ou debate (SANCHÍS, 2000). Nessa ótica, o conteúdo essencial é afetado quando suas propriedades básicas são prejudicadas pela lei ou em razão dela (HUERTAS, 2008).

Para a teoria relativa, somente há ofensa ao conteúdo essencial de um direito fundamental se a limitação for desproporcional (inadequada, desnecessária ou

---

<sup>36</sup> "Art. 19. (1) Na medida em que, segundo esta Lei Fundamental, um direito fundamental possa ser restringido por lei ou em virtude de lei, essa lei tem de ser genérica e não limitada a um caso particular. Além disso, a lei terá de citar o direito fundamental em questão, indicando o artigo correspondente. (2) Em nenhum caso, um direito fundamental poderá ser violado em sua essência" (ALEMANHA, 1949).

<sup>37</sup> "Artículo 53. 1. Los derechos y libertades reconocidos en el Capítulo Segundo del presente Título vinculan a todos los poderes públicos. Sólo por ley, que en todo caso deberá respetar su contenido esencial, podrá regularse el ejercicio de tales derechos y libertades, que se tutelarán de acuerdo con lo previsto en el artículo 161, 1, a)" (ESPANHA, 1978).

<sup>38</sup> Segundo Huertas (2008), distingue-se o conteúdo do direito, que é o todo, do conteúdo essencial, que corresponde à parte substancial e intangível desse todo. Tudo o que não for essencial, é acessório e passível de modificação pelo legislador.

desproporcional em sentido estrito), o que pressupõe a realização de sopesamento (ALEXY, 2015). Investiga-se, para desvendar qual seja o núcleo irreduzível, a finalidade da restrição. Consequentemente, inexistente elemento permanente identificável (HUERTAS, 2008).

Nessa visão relativa, tem-se entendido que para delimitar o conteúdo essencial deve seguir dois caminhos complementares. O primeiro deles consiste em estabelecer relação entre a linguagem utilizada nas disposições normativas e as metalinguagens, que representa as ideias generalizadas e as convicções admitidas entre os juristas; para, depois, centrar-se em perquirir os interesses juridicamente tutelados no propósito de protegê-los (YUPANQUI, 1992).

De um lado, a teoria relativa provoca o esvaziamento da cláusula do conteúdo essencial ao permitir a limitação de direitos, desde que haja justificativa para tanto, o que, em tese, teria capacidade de ensejar o sacrifício por completo do direito se a proteção de algum bem constitucional em conflito assim exigir (HUERTAS, 2008); de outro, a teoria absoluta qualifica tal cláusula como desnecessária, pois a natureza constitucional desses direitos já impediria de serem lesionados, quiçá em sua essência. Isso inviabiliza a alteração pelo legislador (SANCHÍS, 2000).

Consoante Sanchís (2000), o problema que apresenta a cláusula referente ao conteúdo essencial é que se trata de um conceito indeterminado e imprevisível<sup>39</sup> no sentido de que parece impossível estabelecer critérios mínimos para delimitar em abstrato o que de essencial tem cada direito fundamental. Nessas condições, apenas após ajuizamento perante o Tribunal Constitucional, este órgão determina *in concreto* os direitos que tiveram sua essencialidade reconhecida.

Dentro do marco argumentativo inerente à limitação de direitos, essa cláusula desempenha duas funções agregadoras, a saber: 1) função autônoma, que é aquela que reforça aos juristas e aos intérpretes a centralidade dos direitos fundamentais em um Estado constitucional; e 2) função fiduciária, que reclama maior justificação para o ato de limitar (SANCHÍS, 2000).

A definição do que exprime tal cláusula, segundo o critério objetivo, exige estudo global do problema, visto que os artigos que contemplam direitos

---

<sup>39</sup> O autor, em nota explicativa, confessa que toma emprestada a terminologia conceito imprevisível de M. Aragón para se referir aos princípios e aos valores constitucionais.

fundamentais pertencem ao todo, ordenamento jurídico. Destarte, é admissível que um direito de caráter jusfundamental possa deixar de ser aplicado a um particular, sem que isso atinja o conteúdo essencial, contanto que continue vigente para as demais pessoas (LOPES, 2004).

Sob o prisma do critério subjetivo, a análise para tal definição deve levar em consideração a gravidade da limitação do direito em relação à pessoa afetada, pois ela é, e não a coletividade, sujeito desse direito fundamental (LOPES, 2004).

Nesse cenário de inexistência de uniformidade no tratamento doutrinário do tema, questiona-se qual a teoria e o critério adotados pelo STF na definição do conteúdo essencial dos direitos fundamentais.

Em 1998, o STF, no MS nº 23.047, aplica a teoria relativa quanto ao núcleo essencial por compreender, por maioria dos votos, que o conteúdo da forma federativa de estado é concreto e extraído de normas constitucionais. Nessa decisão, a corte utiliza o critério objetivo ao não considerar o efeito do ato decisório em relação às pessoas atingidas que, embora recolhedores da contribuição previdenciária, não preenchiam todas as condições para gozar dos benefícios legais (REZENDE, 2014).

No HC nº 82.959, o STF vale-se da teoria relativa e do critério subjetivo ao, respectivamente, declarar inconstitucional o art. 2º, §1º, da Lei nº 8.072/90, por esvaziar o direito fundamental à individualização da pena e ir contra a ressocialização do apenado, em atenção às consequências que a norma inconstitucional causaria no indivíduo (REZENDE, 2014).

Essa mesma teoria e esse critério foram aplicados na RE nº 511.961, ao não recepcionar a norma que exigia diploma de curso superior com registro no Ministério da Educação para o exercício da atividade de jornalismo. O STF, em conta do interesse coletivo e das peculiaridades da profissão, entende que essa exigência restringe em abstrato e incondicionadamente o livre exercício da liberdade jornalística, o que deve ser afastado do sistema normativo brasileiro (REZENDE, 2014).

Na ADI nº 4.717, de relatoria da Min. Cármen Lúcia, o STF<sup>40</sup> reconhece a inconstitucionalidade da Lei nº 12.678/2012, por ferir o núcleo essencial do direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado (art. 225, da CRFB/88) ao reduzir a proteção dos ecossistemas abrangidos pelas unidades de conservação atingidas pela lei, ou seja, ao ofender ao princípio da vedação do retrocesso social em matéria ambiental. Observa-se que a referida decisão compara o padrão de proteção no caso concreto e se preocupa com os efeitos que podem ser gerados pela lei impugnada.

Por sua vez, no julgamento da ADI nº 6.096,<sup>41</sup> o STF se manifesta no sentido de que o núcleo essencial do direito à previdência social é irrenunciável, indisponível e imprescritível, razão pela qual o segurado ou o beneficiário, ainda que tenha sido mantido inerte, tem a faculdade de exercer esse direito a qualquer tempo. Importa, pois, violação a tal núcleo a norma que fixar prazo decadencial para o exercício e não preservar o fundo do direito na hipótese de negação do benefício. Nesse acórdão, é nítido o emprego do critério objetivo, pois se considera a consequência jurídica da norma para as pessoas que permaneceram inertes e tiveram seu benefício negado.

---

<sup>40</sup> “[...] 3. As medidas provisórias não podem veicular norma que altere espaços territoriais especialmente protegidos, sob pena de ofensa ao art. 225, inc. III, da Constituição da República. 4. As alterações promovidas pela Lei n. 12.678/2012 importaram diminuição da proteção dos ecossistemas abrangidos pelas unidades de conservação por ela atingidas, acarretando ofensa ao princípio da proibição de retrocesso socioambiental, pois atingiram o núcleo essencial do direito fundamental ao meio ambiente ecologicamente equilibrado previsto no art. 225 da Constituição da República. 5. Ação direta de inconstitucionalidade parcialmente conhecida e, nessa parte, julgada procedente, sem pronúncia de nulidade” (STF - ADI nº 4717, Rel. Min. Cármen Lúcia, Tribunal Pleno, julgado 05/04/2018, DJe nº 031, divulgado em 14/02/2019, publicado 15/02/2019). (BRASIL, 2019).

<sup>41</sup> “[...] 6. O núcleo essencial do direito fundamental à previdência social é irrenunciável e indisponível, motivo pelo qual não deve ser afetada pelos efeitos do tempo e da inércia de seu titular a pretensão relativa ao direito ao recebimento de benefício previdenciário. Este Supremo Tribunal Federal, no RE 626.489, de relatoria do i. Min. Roberto Barroso, admitiu a instituição de prazo decadencial para a revisão do ato concessório porque atingida tão somente a pretensão de rediscutir a graduação pecuniária do benefício, isto é, a forma de cálculo ou o valor final da prestação, já que, concedida a pretensão que visa ao recebimento do benefício, encontra-se preservado o próprio fundo do direito. 7. No caso dos autos, ao contrário, admitir a incidência do instituto para o caso de indeferimento, cancelamento ou cessação importa ofensa à Constituição da República e ao que assentou esta Corte em momento anterior, porquanto, não preservado o fundo de direito na hipótese em que negado o benefício, caso inviabilizada pelo decurso do tempo a rediscussão da negativa, é comprometido o exercício do direito material à sua obtenção. 8. Ação direta conhecida em parte e, na parte remanescente, julgada parcialmente procedente, declarando a inconstitucionalidade do art. 24 da Lei 13.846/2019 no que deu nova redação ao art. 103 da Lei 8.213/1991” (STF nº ADI 6.096, Rel. Min. Edson Fachin, Tribunal Pleno, julgado em 13/10/2020, DJe nº 280, divulgado 25/11/2020, publicado 26/11/2020). (BRASIL, 2020).



Em 24 de agosto de 2020, na ADI nº 5.852,<sup>42</sup> o STF declara a inconstitucionalidade do Decreto executivo nº 14.827/2017, do estado de Mato Grosso do Sul, por implicar restrição injustificada e desproporcional ao núcleo essencial do direito fundamental de reunião, além de causar insegurança jurídica. Em outros termos, o citado decreto não se desincumbe do ônus argumentativo qualificado que a limitação de direito fundamental cobra. Tal manifestação judicial é exemplo do acolhimento da teoria relativa no tocante aos limites dos limites.

A Tabela 2 sintetiza essas manifestações do STF quanto à teoria e ao critério, empregados no exame da compatibilidade de uma restrição a um direito fundamental com o bloco de constitucionalidade.

---

<sup>42</sup> “[...] 1. O exercício da liberdade de reunião é essencial para a criação de um ambiente democrático real que oportunize ao cidadão desempenhar adequadamente o seu papel de cointérprete da Constituição, propiciando a criação de agendas sociais que poderiam passar ao largo dos interesses político-partidários hegemônicos. 2. A liberdade de reunião alcança o nível de visibilidade desejado e comunica a sua mensagem quando da realização de atos eventualmente inconvenientes para os não-participantes do protesto, os quais, se razoáveis e não-violentos, devem ser tolerados pelo Estado e pela sociedade. 3. A posição privilegiada (*preferred position*) ocupada pelas liberdades comunicativas no sistema jurídico brasileiro demanda que eventuais limitações devem estar em harmonia com outros valores constitucionais, recebendo um ônus argumentativo qualificado. 4. *In casu*, as medidas restritivas contidas no Decreto proscvem a realização de manifestações na área do ‘Parque dos Poderes’, local que concentra a organização político-administrativa do Estado de Mato Grosso do Sul, ao não permitirem a utilização de qualquer forma de comunicação visual (cartazes) ou auditiva (ruídos) que transmita a mensagem motivadora da reunião a terceiros. 5. A vedação da prática de qualquer ato que possa acarretar perturbação à execução da atividade laboral pelos servidores e pelas autoridades públicas, ao acesso ao serviço público pela população em geral, ao trânsito de veículos e de pessoas, bem como degradação ou prejuízo ao meio ambiente, concede verdadeira carta-branca para a restrição do uso do bem público com base em juízo de conveniência e oportunidade das autoridades, subordinando a realização de reunião pública à discricionariedade administrativa, já que todo e qualquer ato de manifestação pública pressupõe algum grau de afetação a direitos de terceiros. 6. *In casu*, o Poder Executivo foi além do que a Constituição Federal autoriza em matéria de legalidade, ao criar, *ab nihilo*, tipos sancionadores que inovam na ordem jurídica e que representam verdadeira restrição do núcleo essencial do direito fundamental, sem fundamento legal que delineie princípios inteligíveis (*intelligible principles*) aptos a guiar sua respectiva aplicação e controle. 7. As sanções contidas no Decreto incidem específica e exclusivamente sobre condutas praticadas no centro administrativo da cidade de Campo Grande, sobrepondo-se injustificadamente a outros tipos sancionadores que já tutelam os mesmos bens jurídicos, em violação aos princípios da segurança jurídica e da proporcionalidade e fazendo transparecer que o fim almejado pelo administrador foi o da vedação ampla de todas as formas de manifestação política, cultural e social nas imediações das sedes dos Poderes estaduais – e não qualquer proteção ao meio ambiente ou à segurança pública. 8. Ação julgada procedente para declarar a inconstitucionalidade do Decreto estadual 14.827, de 28 de agosto de 2017, de Mato Grosso do Sul (STF - ADI nº 5852, Rel. Min. Dias Toffoli, Rel. p/ Acórdão Min. Luiz Fux, Tribunal Pleno, julgado 24/08/2020, DJe nº 280, divulgado 25/11/2020, publicado 26/11/2020). (BRASIL, 2020).

**Tabela 2 - Núcleo Essencial dos Direitos Fundamentais E STF**

<b>AÇÃO</b>	<b>DIREITO FUNDAMENTAL</b>	<b>TEORIA DO CONTEÚDO ESSENCIAL</b>	<b>CRITÉRIO DE DEFINIÇÃO DO CONTEÚDO ESSENCIAL</b>
MS nº 23047	Previdência social	Relativa	Objetivo
HC nº 82.959	Individualização da pena	Relativa	Subjetivo
RE nº 511.961	Liberdade jornalística	Relativa	Subjetivo
ADI nº 4.717	Meio ambiente ecologicamente equilibrado	Relativa	Subjetivo
ADI nº 6.096	Previdência social	Relativa	Subjetivo
ADI nº 5.852	Reunião	Relativa	Subjetiva

Fonte: própria.

Essas seis decisões analisadas indiciam que propendera, no STF, a adoção da teoria relativa do núcleo essencial dos direitos fundamentais e do critério objetivo de delimitação desse núcleo. Logo, confirmada a ideia de que, diante do não consenso na doutrina acerca dos elementos essenciais do direito, necessita-se das manifestações do órgão jurisdicional, no exercício de seu controle de constitucionalidade e convencionalidade.

## CONCLUSÃO

Com a promulgação da CRFB/88, em momento de compartilhamento autorizado da soberania estatal com outros sujeitos do Direito Internacional pela garantia de proteção à pessoa humana, havia o indicativo, pela interpretação do art. 5º, 2º, de que os tratados de direitos humanos gozariam de status constitucional tais quais as normas consagradas no texto da constituição. O STF, entretanto, divergia desse posicionamento. No intento de findar esse debate, sobreveio a EC nº 45/2004 que acresce o §3º ao art. 5º. As discussões entre doutrina e jurisprudência persistiram. Ao longo dessas, o STF altera seu entendimento acerca da natureza jurídica da norma internacional: de legal ou supralegal para constitucional.

A oscilação da jurisprudência do STF e a defesa doutrinária pela constitucionalização do Direito Internacional dos direitos humanos retratam a importância atribuída ao critério hierárquico no sistema jurídico-constitucional brasileiro. De acordo com esse critério, sob influência do pensamento kelseniano, a constituição, por gozar de superioridade normativa, fornece fundamento de validade a todo o direito. Nessa lógica, a antinomia seria solucionada pela invalidação da norma inferior. Ou seja, uma solução baseada em uma visão estática do ordenamento jurídico alheia ao dinamismo e à complexidade das relações jurídicas.

Com a globalização, ao tempo que surgiram novos sujeitos do Direito Internacional (organizações internacionais e empresas multinacionais, por exemplo) desaparece o contexto eminentemente estadistas em que a teoria monista e dualista foram formuladas. Essas teorias e suas derivações não se prestam mais a explicar a interação entre ordem interna e externa. Diante disso, nasce o pluralismo constitucional como proposta teórica capaz de atender às atuais demandas.

Tal proposição enxerga que, apesar de distintos, Direito Internacional e direito nacional se complementam, sem que se estabeleça hierarquia *in abstracto*, visto que a pluralidade da sociedade contemporânea exige dinamismo do direito constitucional. Deste cenário, extrai-se a questão central da pesquisa, qual seja: é permitido ao Poder Judiciário, com base em tratados de direitos humanos, limitar materialmente o exercício do Poder Constituinte Derivado Reformador?

Na seção 1, verifica-se que as convenções de direitos humanos são internalizadas por um procedimento simplificado ou na forma do art. 5º, §3º, da CRFB/88, isto é, aprovadas por 3/5 dos votos em cada casa do CN em dois turnos de votação; neste caso, equiparam-se à EC. A matéria nelas veiculada deve estar em consonância com as normas *jus cogens*, ser possível de execução e não desrespeitar as cláusulas pétreas. Seja por um rito ou por outro, o STF, desde 11 de maio de 2020, no julgamento da ADI nº 5.543/DF, compreende que esses tratados têm status constitucional.

Isso porque o §2º, do art. 5º, da CRFB/88 possibilita ao órgão jurisdicional robustecer a proteção internacional dos direitos humanos, ao passo que o art. 5º, §3º, destina-se ao órgão legislativo, que tem a faculdade de internalizar pactos internacionais como equivalentes à EC. Portanto, há, no Brasil, um bloco de constitucionalidade, formado, dentre outros, pelo documento constitucional, pelos compromissos internacionais de direitos humanos e pela jurisprudência da CortelDH. Esta última, integra o bloco na medida em que o Estado brasileiro é parte da CADH. Com efeito, os objetivos específicos 1, 2 e 3 foram satisfeitos.

A seção 2 ocupa-se da análise do objetivo específico 4. Nessa parte do trabalho, constata-se que, não obstante o art. 60, §4º, inciso IV, da CRFB/88 fazer menção à primeira dimensão dos direitos fundamentais (direitos individuais), essa cláusula pétrea abrange todos os direitos fundamentais, independente da geração a que pertençam e do local em que são encontrados, pois factível localizarem em tratado internacional de direitos humanos ou decorrerem de seus princípios consagrados.

O caráter taxativo da previsão das cláusulas pétreas expressas não tem o significado de que são elas estáticas, ou seja, de que seu conteúdo não evolui. Elas se expandem à proporção que são reconhecidos novos direitos fundamentais ou mesmo que ampliada a abrangência/proteção desses direitos pela interpretação judicial, por EC ou por tratado de direitos humanos. Destarte, um tratado de direitos humanos tem potencialidade de impedir a reforma constitucional, contanto que esta importe em afetação ao núcleo essencial do direito materialmente fundamental assegurado por aquele.

Na seção 3, percebe-se que a ordem jurídica pátria assume, quanto à jurisdição constitucional, uma postura interdiária em relação ao procedimentalismo e ao

substancialismo; pela qual se admite a realização do controle formal e material dos atos normativos, por qualquer órgão do Poder Judiciário no intento de garantir a unidade e a supremacia constitucional. Contudo, o STF é o intérprete último do bloco de constitucionalidade, aquele que dá a última palavra acerca da interpretação das normas constitucionais, uma vez que o constituinte originário, ao delimitar as competências (atribuições) originárias desse órgão, reserva-lhe a função de guardião da Constituição (art. 102 da CRFB/88).

Observados esses limites traçados pelo constituinte ao delimitar a competência originária, o STF detém legitimidade racional para salvaguardar a coerência do sistema normativo brasileiro; impedir a perpetuação de violações estatais ou de outra espécie a direitos fundamentais, principalmente, de grupos em situação de vulnerabilidade e minoritários; e, por consequência, tutelar a pessoa humana, ao agir em função do bloco de constitucionalidade, que conforma a realidade. A seção 3 satisfaz, assim, o objetivo específico 5.

Ao rejeitar a supremacia normativa *in abstracto* como critério universal de solução das controvérsias, o pluralismo constitucional determina que a resposta para as demandas dependa do exame das variáveis em jogo pela autoridade julgadora; dentre elas, os direitos envolvidos e o efeito do julgamento nos destinatários da norma. A hierarquia é, pois, estabelecida *in concreto*. O magistrado, na apreciação dessas variáveis, orienta-se pelo princípio *pro homine* ou *pro persona*.

Segundo esse princípio, aplicado no Brasil em decorrência de ser Estado parte do PIDCP e do PIDESC e por integrar o SIDH, na formação do juízo sobre determinada causa, o julgador deve não só interpretar de maneira mais ampla os direitos para que estes progridam, mas também preferir que a norma mais benéfica seja constitucional ou convencional; assim entendidas as que mais e melhor tutelem a pessoa humana.

A atividade jurisdicional caminha, à luz da vedação do retrocesso social, rumo ao progresso no campo das conquistas da humanidade, ou seja, em direção antagônica à regressividade injustificada, não razoável e desproporcional. Nessa perspectiva, ante a abertura à ordem internacional, os tratados, desde que inovem positivamente, mantenham ou expandam o conteúdo e a guarda dos direitos fundamentais e humanos, constituem limite substancial expresso ao Poder Constituinte Derivado Reformador e vetor de interpretação do ordenamento jurídico.

Por constituir conteúdo irreduzível, a norma convencional mais benéfica obsta a conclusão do ciclo de formação de ECs e interrompe o processo de internalização de outros tratados que com ela colidam; ao mesmo tempo, repele as normas constitucionais ou convencionais incompatíveis.

Em que pese a jurisdição constitucional, na análise da compatibilidade material, em regra, atuar repressivamente, essa regra é excepcionada pelas cláusulas pétreas. Portanto, como o tratado tem aptidão de ser cláusula pétrea, positivada no art. 60, §4º, inciso IV, da CRFB/88, dada sua natureza de direito materialmente fundamental; autorizado o controle jurisdicional preventivo e repressivo de convencionalidade, o que confirma a hipótese levantada.

Para além da confirmação da hipótese, vislumbra-se a possibilidade de inconstitucionalidade de um tratado por ofensa à norma constitucional mais benéfica, sem implicar transgressão ao *pacta sunt servanda*. Isso se justifica pelo fato de nem sempre o resultado da inconstitucionalidade ser a invalidação. Em verdade, esta é consequência última. Na inconstitucionalidade de convenção, quando não exequível a harmonização, o juiz afasta incidência desta no caso concreto e aplica a norma constitucional mais benéfica.

Na inconveniência de norma constitucional, o magistrado, com o fim de promover a máxima efetividade dos direitos fundamentais e garantir a coerência do sistema, tenta harmonizar os bens envolvidos no conflito mediante a limitação de cada um na proporção exigida para que sejam simultaneamente satisfeitos. Normalmente, o conflito envolve normas-princípios.

Frustrada a tentativa de concordância prática, estuda-se se uma norma limita a outra, se essa limitação foi justificada e se tal restrição não representa afetação do conteúdo essencial de uma cláusula pétrea. Caso a norma constitucional derivada afete o referido núcleo, não exponha justificativa, seja desproporcional ou qualifique-se como não razoável, será ela invalidada.

Persistindo o conflito normativo, aplica-se a norma convencional mais favorável. Aqui são duas as situações: 1) deixa de aplicar a norma constitucional originária, tal como fez o STF no julgamento do RE nº 466.343/SP; 2) deixa de aplicar

ou declara a inconvenção/inconstitucionalidade<sup>1</sup> da norma constitucional derivada com o uso das técnicas intermediárias de decisão ou determina a invalidade.

Cumpra esclarecer, no entanto, que se a norma parâmetro constitucional ou convencional for posterior a outra norma constitucional ou convencional objeto do controle, o exame não é de constitucionalidade ou convencionalidade, mas de recepção ou não.

Por fim, conclui-se que a hierarquia *in abstracto* sede espaço para a hierarquia *in concreto*, o que significa que o sistema jurídico escalonado é reformulado à luz do princípio *pro persona*. Não sendo possível a harmonização entre a ordem interna e a internacional, o guia da prevalência não é mais o status da norma (nacional ou supranacional), mas sim o padrão de mais alta e melhor tutela da pessoa humana. Destarte, a norma constante em tratado de direitos humanos, em determinado contexto fático, pode ter aplicação prevalente em comparação com a norma estatal; e, em outro cenário, ocorrer o inverso – a prevalência da norma nacional.

---

<sup>1</sup> Fala-se em inconstitucionalidade da norma constitucional derivada incompatível com a norma convencional, pois esta tem o *status* constitucional.





## REFERÊNCIAS

ACKERMAN, Bruce. **Nós, o povo soberano: fundamentos do direito constitucional**. Tradução de Maura Raposa de Mello. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

ACOSTA, Paola Andrea; CÁRDENAS, Julián Huertas. Teorías sobre la relación entre el Derecho Interno y el Derecho Internacional. In: Sociedad Latinoamericana de Derecho Internacional. **Artículos de Investigación Indexados**: serie documentos de trabajo nº 11. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2016. p. 1-19.

ACOSTA-LOPEZ, Juanalnés; DUQUE-VALLEJO, Ana María. Declaración Universal de Derechos Humanos ¿Norma de ius cogens? **Revista Colombiana de Derecho Internacional**, Bogotá, n. 12, jun. 2008.

ALBARELLO, Juan Gabriel Gómez. Reformas inconstitucionales a la Constitución: ¿un caso agravado de la tensión entre la democracia y el constitucionalismo?. **Análisis Político**, Bogotá, v. 25, n. 75, p. 67-88, ago. 2012.

ALBUQUERQUE, Newton de Menezes. **Teoria política da soberania**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2001.

ALCALÁ, Humberto Nogueira. Consideraciones sobre Poder Constituyente y Reforma de la Constitución en la teoría y la práctica constitucional. **Ius Et Praxis**, Talca, v. 15, n. 1, p. 229-262, maio 2009.

ALCALÁ, Humberto Nogueira. Diálogo interjurisdiccional, control de convencionalidad y jurisprudencia del tribunal constitucional en periodo 2006 – 2011. **Revista do Curso de Direito**, São Luís, v. 2, n. 4, p. 131-203, dez. 2012.

ALEMANHA. **Lei Fundamental da República Federal da Alemanha de 1949**. Traduzido por Assis Mendonça, Aachen. Berlim: Parlamento Federal Alemão, 1949.

ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2015.

ALMOZARA, Amanda Alves. **Os limites nas celebrações dos tratados internacionais em matéria tributária concessivos de isenções convencionais de tributos estaduais**. 2014. 140 f. Dissertação (Mestrado em Direito) - Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2014.

ALVARADO, Paola Andrea Acosta. Sobre las relaciones entre el derecho internacional y el derecho interno: on the interaction between domestic and international law. **Estudios Constitucionales**, [S.l.], v. 14, n. 1, p. 15-60, jul. 2016.

ARAGÓN, Manuel. **Constitución, democracia y control**. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2002.

ARAÚJO, Luiz Alberto David. A ideia de separação de Poderes, a cláusula pétrea e as mudanças constitucionais a partir de 1988. **Cadernos Jurídicos da Escola Paulista da Magistratura**, São Paulo, v. 16, n. 40, p. 59-66, jun. 2015.

ÁVILA, Humberto Bergmann. Conteúdo, limites e intensidade dos controles de razoabilidade, de proporcionalidade e de excessividade das leis. **Revista de Direito Administrativo**, [S. l.], v. 236, p. 369-384, 2004.

ÁVILA, Humberto Bergmann. Redefinição do dever de proporcionalidade. **Revista de Direito Administrativo**, [S. l.], v. 215, p. 151-179, 1999.

BACHOF, Otto. **Normas constitucionais inconstitucionais?** Tradução de José Manuel M. Cardoso da Costa. São Paulo: Atlântida Editora, 1951.

BAHIA, Alexandre Gustavo Melo Franco de Moraes; SOUSA, João Matheus Amaro de. Proteção do grupo vulnerável LGBTI em face da discriminação: a relevância de documentos internacionais para a autorização da doação de sangue por estas pessoas, no Brasil. In: JORNADA DE DIREITOS FUNDAMENTAIS, 7., 2020, Fortaleza. **Anais [...]** Fortaleza: Rede Interamericana de Direitos Fundamentais e Democracia, 2020.

BAHIA, Alexandre Gustavo Melo Franco. Ingeborg maus e o Judiciário como superego da sociedade. **Revista CEJ**, [S.l.], v. 9, n. 30, p. 10-12, set. 2005.

BARBERIS, Julio. **El concepto de Tratado Internacional**. Anuario de Derecho Internacional. [S.l.]: Serviço de Publicações da Universidade de Navarra, 1982.

BARCELOS, Ana Paula de. Neoconstitucionalismo, Direitos fundamentais e controle das políticas públicas. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 240, p. 83-105, jan. 2015.

BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e aplicação da Constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

BARROSO, Luís Roberto. **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2019.

BARROSO, Luís Roberto. **O direito constitucional e a efetividade de suas normas: limites e possibilidades da Constituição brasileira**. 8. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

BEAUD, Olivier. Le Souverain. **Revue Française D'études Constitutionnelles Et Politiques**, [S. l.], v. 67, n. 67, p. 33-45, nov. 1993.

BECKERS, Amanda Carolina Buttendorff Rodrigues; VILLATORE, Marco Antônio César. Pacto internacional dos direitos econômicos, sociais e culturais: uma análise

à luz do direito ao desenvolvimento. **Rede**: Revista Eletrônica Direito e Sociedade, Canoas, v. 8, n. 3, p. 17-29, maio 2020.

BELLO, Enzo; BERCOVICI, Gilberto; LIMA, Martonio Mont'Alverne Barreto. O Fim das Ilusões Constitucionais de 1988? **Revista Direito e Práxis**, Rio de Janeiro, v. 10, n. 3, p. 1769-1811, 2018.

BERCOVICI, Gilberto. Carl Schmitt, o Estado Total e o Guardião da Constituição. **Revista Brasileira de Direito Constitucional**, São Paulo, v. 1, n. 1, p. 195-201, jun. 2003.

BERCOVICI, Gilberto. **Soberania e Constituição**: para uma crítica do constitucionalismo. 2. ed. São Paulo: Quartier Latin, 2013.

BERTOLOTTO, Víctor Alexandre de Andrade. **Poder Constituinte e cláusulas pétreas**: os limites de reforma. 2019. 22 f. Tcc (Graduação em Direito) - Universidade Federal Fluminense, Niterói, 2019.

BEZERRA, Ricardo dos Santos. O conflito entre o Direito Internacional público e o direito interno brasileiro. **Revista Dat@venia**, Campina Grande, v. 5, n. 2, p. 81-92, dez. 2013.

BINENBOJM, Gustavo. Monismo e Dualismo no Brasil: uma dicotomia afinal irrelevante. **Revista da Emerj**, Rio de Janeiro, v. 3, n. 9, p. 180-195, mar. 2000.

BOBBIO, Norberto. La Revolución Francesa y los derechos del hombre. **Revista Foro**, Bogotá, v. 1990, n. 12, p. 58-69, jun. 1990.

BOBBIO, Norberto. **Teoria do ordenamento jurídico**. Tradução de Maria Celeste Cordeiro Leite dos Santos. 6. ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1995.

BOFF, Salete Oro. A federação como cláusula pétrea. **Revista Direito em Debate**, [S. l.], v. 11, n. 16-17, 2013.

BOLÍVIA. Constitución Política del Estado. **Diário Oficial da Bolívia**, Ciudad de El Alto de La Paz, 07 fev. 2009.

BOLÍVIA. **Tribunal Constitucional Plurinacional**. Sentencia Constitucional Plurinacional nº 0269/2017-CA. Expediente nº 20960-2017-42-AIA. Relator: Dr. Macario Lahor Cortez Chávez, publicado em 18 nov. 2017. Disponível em: <https://www.derechoteca.com/jurisprudencia/expediente-20960-2017-42-aia-ingresado-el-18-de-septiembre-de-2017-2/>. Acesso em: 3 ago. 2021.

BONAVIDES, Paulo. **Ciência Política**. São Paulo: Malheiros, 2000.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Centro Gráfico, 1988.

BRASIL. Decreto nº 1, de 2021. Convenção Interamericana contra o Racismo, a Discriminação Racial e Formas Correlatas de Intolerância. **DOU**, Brasília, DF, 19 fev. 2021.

BRASIL. Decreto nº 591, de 06 de julho de 1992. Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais. **DOU**, Brasília, DF, 7 jul. 1992c.

BRASIL. Decreto nº 592, de 06 de julho de 1992. 1992. Pacto Internacional sobre Direitos Cívicos e Políticos. **DOU**, Brasília, DF, 07 jul. 1992b.

BRASIL. Decreto nº 6.949, de 25 de agosto de 2009. Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e seu Protocolo Facultativo. **DOU**, Brasília, DF, 26 ago. 2009c.

BRASIL. Decreto nº 678, de 06 de novembro de 1992. 1992. Promulga a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), de 22 de novembro de 1969. **DOU**, Brasília, DF, 09 nov. 1992a.

BRASIL. Decreto nº 7.030, de 2009. Promulga a Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados, concluída em 23 de maio de 1969. **DOU**, Brasília, DF, 15 dez. 2009a.

BRASIL. **Mensagem nº 589, de 2015**. Texto da Convenção de Viena sobre Direito dos Tratados entre Estados e Organizações Internacionais ou entre Organizações Internacionais. Brasília, 29 dez. 2015.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.425, Relator: Min. Luiz Fux, julgado em 14 mar. 2013. **Diário de Justiça nº 251**, Brasília, DF, divulgado em 18 dez. 2013, publicado em 19 dez. 2013.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5.543 DF. Relator: Min. Edson Fachin, julgado em 11 maio 2020. **Diário de Justiça nº 211**, Brasília, DF, divulgado em 25 ago. 2020, publicado em 26 ago. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade – MC nº 1480 DF. Rel. Min. Celso de Melo, Tribunal Pleno, julgado em 4 set. 1997. **Diário de Justiça**, Brasília, DF, publicado em 18 maio 2001.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 825. Relator: Min. Alexandre de Moraes, Tribunal Pleno, julgado em 25 out. 2018. **Diário de Justiça nº 139**, Brasília, DF, divulgado em 26 jun. 2019, publicado em 27 jun. 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 980 MC. Relator: Min. Celso de Mello, Tribunal Pleno, julgado em 3 fev. 1994. **Diário de Justiça nº 198**, Brasília, DF, divulgado em 13 maio 1994.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2024-2/DF. Relator: Min. Rel. Sepúlveda Pertence, Tribunal Pleno, julgado em 3 maio 2007, **Diário de Justiça nº 22**, Brasília, DF, divulgado em 22 jun. 2007.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 939. Relator: Min. Sydney Sanches, Tribunal Pleno, julgado em 15 dez. 1993, **Diário de Justiça**, Brasília, DF, divulgado em 18 mar. 1994.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2024 MC. Relator: Min. Sepúlveda Pertence, Tribunal Pleno, julgado em 27 out. 1999, **Diário de Justiça**, Brasília, DF, divulgado em 1 dez. 2000.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4717. Relatora: Min. Cármen Lúcia, Tribunal Pleno, julgado em 5 mar. 2018, **Diário de Justiça nº 031**, Brasília, DF, divulgado em 14 fev. 2019, publicado em 15 fev. 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 6.096, Relator: Min. Edson Fachin, Tribunal Pleno, julgado em 13 out. 2020, **Diário de Justiça nº 280**, Brasília, DF, divulgado em 25 nov. 2020, publicado em 26 nov. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5852. Relator: Min. Dias Toffoli, Rel. p/ Acórdão Min. Luiz Fux, Tribunal Pleno, julgado em 24 ago. 2020, **Diário de Justiça nº 245**, Brasília, DF, divulgado em 24 ago. 2020, publicado em 24 ago. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 907. Relator: Min. Alexandre de Moraes, Rel. Min. p/ Acórdão Roberto Barroso, Tribunal Pleno, julgado em 1 ago. 2017, **Diário de Justiça nº 266**, Brasília, DF, divulgado em 23 nov. 2017, publicado em 24 nov. 2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 6.482/DF. Relator: Min. Gilmar Mendes, Tribunal Pleno, julgado em 18 fev. 2021, **Diário de Justiça**, Brasília, DF, publicado em 21 maio 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5.971/DF. Relator: Min. Alexandre de Moraes, Tribunal Pleno, julgado em 13 set. 2019, **Diário de Justiça nº 210**, Brasília, DF, publicado em 26 jun. 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Segurança nº 32.033. Relator: Min. Gilmar Mendes p/ Acórdão Teori Zavascki, Tribunal Pleno, julgado em 20 jun. 2013, **Diário de Justiça nº 33**, Brasília, DF, publicado 18 fev. 2014.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 349703. Relator: Min. Carlos Britto, Rel. Min. p/ Acórdão Gilmar Mendes, Tribunal Pleno, julgado em 3 dez. 2008, **Diário de Justiça nº 104**, Brasília, DF, divulgado em 4 jun. 2009, publicado em 5 jun. 2009.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 466343 SP. Relator: Min. Cezar Peluso. Tribunal Pleno. Sessão em 3 dez. 2008, **Diário de Justiça nº 104**, Brasília, DF, divulgado em 4 jun. 2009, publicado em 05 jun. 2009b.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 971959. Relator: Min. Luiz Fux. Tribunal Pleno, julgado em 14 nov. 2018. **Diário de Justiça nº 190**, Brasília, DF, divulgado em 30 jul. 2020, publicado em 31 jul. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Agravo em Recurso Extraordinário nº 954858/RJ. Relator: Min. Edson Fachin, Tribunal Pleno, julgado em 29 set. 2017, **Diário de Justiça nº 227**, Brasília, DF, publicado em 4 out. 2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Agravo Regimental no Inquérito nº 3.922/CE. Relator: Min. Dias Toffoli, segunda turma, julgado em 15 dez. 2015, **Diário de Justiça**, Brasília, DF, publicado em 15 dez. 2015.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição do Descumprimento do Preceito Fundamental nº 54/DF. Relator: Min. Marcos Aurélio, julgado em 31 jul. 2008, **Diário de Justiça nº 151**, Brasília, DF, publicado em 14 ago. 2008.

BREWER-CARÍAS, Allan R. Sobre el inicio del constitucionalismo en América hispana en 1811, antes de la sanción de la Constitución de Cádiz de 1812. **Pensamiento Constitucional**, [S. l.], v. 17, n. 17, p. 45-78, jul. 2012.

BURCKHART, T. R. Jurisdição constitucional no Brasil: uma análise crítica da dicotomia substancialismo vs. procedimentalismo. **Revista Direito em Debate**, [S. l.], v. 30, n. 56, p. 248–263, 2021.

BUZALAF, Mirelle Neme. A recepção dos tratados internacionais sobre direitos humanos no ordenamento jurídico brasileiro. **Revista de Ciências Jurídicas**, Londrina, v. 3, n. 1, p. 39-40, jul. 2015.

CÂMARA DOS DEPUTADOS. Resolução nº 17, de 1989. Regimento Interno da Câmara dos Deputados. **Diário do Congresso Nacional**, Brasília, DF, 21 set. 1989.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003.

CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes legisladores?** Tradução de Carlos Alberto Álvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1999.

CASTRO, Thamís Dalsenter Viveiros de. A função da cláusula de bons costumes no Direito Civil e a teoria tríplice da autonomia privada existencial. **Revista Brasileira de Direito Civil**, Belo Horizonte, v. 14, n. 4, p. 99-125, dez. 2017.

CAVALLO, Gonzalo Aguilar. Los derechos humanos como límites a la democracia a la luz de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. **Revista da Ajuris**, [S. l.], v. 43, n. 141, p. 337-366, dez. 2016.

CAVALLO, Gonzalo Aguilar; ALCALÁ, Humberto Nogueira. El principio favor persona en el derecho internacional y en el derecho interno como regla de interpretación y de preferencia normativa. **Revista de Derecho Público**, [S.l.], n. 84, p. 13, set. 2016. Disponível em: <http://dx.doi.org/10.5354/0719-5249.2016.43057>. Acesso em: 12 nov. 2021.

COELHO, Inocêncio Mártires. Métodos - Princípios de interpretação constitucional. **Revista de Direito Administrativo**, [S. l.], v. 230, p. 163-186, 2002.

CONGRESSO NACIONAL. Resolução do Congresso Nacional nº 1, de 11 de agosto de 1970. Regimento Comum. **Diário do Congresso Nacional**, Brasília, DF, 07 fev. 2019.

CONSANI, Cristina Foroni. Direito e história na França pós-revolucionária: considerações a respeito da contribuição de Emmanuel Sieyès para o constitucionalismo moderno. **Revista FIDES**, [S.l.], v. 7, n. 1, dez. 2017.

CONSANI, Cristina Foroni. Considerações críticas sobre o substancialismo e o procedimentalismo e sua relação com a democracia no contexto da filosofia política contemporânea. **Dissertatio Revista de Filosofia**, Pelotas, v. 44, n. 1, p. 16-38, jul./dez. 2016.

COURTIS, Christian. **Ni un paso atrás: la prohibición de regresividad en materia de derechos sociales**. Ciudad Autónoma de Buenos Aires: Del Puerto, 2006.

DALMAU, Rubén Martínez. El ejercicio del poder constituyente en el nuevo constitucionalismo. **Revista General de Derecho Público Comparado**, [S. l.], v. 2012, n. 11, p. 1-15, jun. 2012.

DEUTSCHLAND. **Weimarer Reichsverfassung**. Deutschland: Verfassungen des Deutschen Reichs, 1919. Disponível em: <http://www.verfassungen.de/de19-33/verf19-i.htm>. Acesso em: 20 jul. 2021.

DIMOULIS, Dimitri et al. (Org.). **Dicionário brasileiro de direito constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2007.

DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. **Teoria Geral dos Direitos Fundamentais**. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

DORNELLES, João Ricardo W. A internacionalização dos Direitos Humanos. **Revista de Faculdade de Direito de Campos**, [S.l.], a. 5, n. 5, p. 177-195, 2004.

DWORKIN, Ronald. **Uma Questão de Princípio**. Tradução de Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2001.

DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Tradução de Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

ELY, John Hart. **Democracia e desconfiança**: uma teoria do controle judicial de constitucionalidade. Tradução de Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: Wmf Martins Fontes, 2010.

EMERIQUE, Lilian Balmant; GUERRA, Sidney. A incorporação dos tratados internacionais de direitos humanos na ordem jurídica brasileira. **Revista Jurídica da Presidência**, [S.l.], v. 10, n. 90, p. 01, jan. 2011.

ESPAÑA. **Constitución Española**. Madrid: Junta de Castilla y León, 1978.

ESPIELL, Héctor Gros. **La Organización Internacional del Trabajo y los derechos humanos en América Latina**. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 1978.

EUA. **A Declaração de Independência dos Estados Unidos da América**. EUA: Assembleia Geral, 1776. Disponível em: <https://cutt.ly/3mLyh5c>. Acesso em: 16 jul. 2021.

FAIRBANKS, Alexandre de Serpa Pinto. **O Tratado de Marraqueche, Direitos Fundamentais e as Limitações dos Direitos Autorais**. 2016. 89 f. TCC (Graduação em Direito) - Universidade Federal Rural do Rio de Janeiro, Três Rios, 2016.

FERNANDES, Luciana de Medeiros. **Soberania & processo de integração**: o novo conceito de soberania em face da globalização (uma abordagem especial quanto às realidades de integração regional). 2. ed. Curitiba: Juruá, 2007.

FERRAJOLI, Luigi. Democracia constitucional y derechos fundamentales: la rigidez de la constitución y sus garantías. In: FERRAJOLI, Luigi; MORESO, Josep Joan; RODRÍGUEZ, Manuel Atienza. **La teoría del derecho en el paradigma constitucional**. Madrid: Fundación Coloquio Jurídico Europeo, 2008. p. 71-116.

FERRAZ, Fernando. Direitos e garantias individuais. **Diálogo Jurídico**, Fortaleza, v. 2013, n. 2, p. 27-40, set. 2003.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. A separação dos poderes: a doutrina e sua concretização constitucional. **Cadernos Jurídicos da Escola Paulista da Magistratura**, São Paulo, v. 16, n. 40, p. 67-81, jun. 2015.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. Reforma, revisão e emenda constitucional, no direito brasileiro. **Revista de Direito Administrativo**, [S.l.], v. 223, n. 2001, p. 53-74, jan. 2001.



FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Do Processo Legislativo**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **O Poder Constituinte**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

FERRERES, Víctor. Uma defesa de la rigidez constitucional. In: LAPORTA, Francisco J. (Org.). **Constitucion**: problemas filosóficos. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2003.

FRANÇA. **Declaração de direitos do homem e do cidadão**. França: Assembleia Nacional, 1789. Disponível em: <https://cutt.ly/4mLJBaR>. Acesso em: 16 jul. 2021.

FRANÇA. **Declaração dos direitos do homem e do cidadão**. França: Assembleia Nacional, 1793.

GALINDO, George Rodrigo Bandeira. El valor de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. In: GALINDO, George Rodrigo Bandeira; URUEÑA, René; PÉREZ, Aida Torres (Orgs.). **Protección Multinivel de Derechos Humanos**. [S.l.]: Red de Derechos Humanos y Educación Superior, 2013. p. 255-273.

GUASTINI, Riccardo. Principios de derecho y discrecionalidad judicial. **Jueces Para La Democracia**, [S.l.], v. 1, n. 34, p. 39-46, mar. 1999.

GUERRA FILHO, Willis Santiago. **Processo Constitucional e Direitos Fundamentais**. 4. ed. São Paulo: Rcs Editorial, 2005.

GUIEU, Jean-Michel. L'« insécurité collective ». L'Europe et la Société des Nations dans l'entre-deux-guerres. **Bulletin de L'Institut Pierre Renouvin**, [S.l.], v. 30, n. 2, p. 21-43, dez. 2009. Disponível em: <http://dx.doi.org/10.3917/bipr.030.0021>. Acesso em: 13 nov. 2021.

GUIMARÃES, Ulysses. **Íntegra do discurso presidente da Assembleia Nacional Constituinte**. Brasília: Câmara dos Deputados, 1988. Disponível em: <https://cutt.ly/DRdrTYq>. Acesso em: 17 out. 2021.

GUSMÃO, Hugo César Araújo et al. A difícil construção de uma cláusula de abertura normativamente equilibrada na Constituição de 1988: dos problemas advindos da hierarquia de tratados internacionais que atendam às exigências formais de seu art. 5º, § 3º e de sua Possível Solução. **Prim Facie**, [S. l.], v. 11, n. 21, p. 183–200, 2013.

HÄBERLE, Peter. **Hermenêutica constitucional**. A sociedade aberta dos intérpretes da constituição: contribuição para a interpretação pluralista e "procedimental" da constituição. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1997.

HELLER, Hermann. **Sovereignty**: a contribution to the theory of public and international law. Translated by Belinda Cooper. Oxford: Oxford University Press, 2019.

HELLER, Hermann. **Teoría del Estado**. Traducción de Luis Tobio. Ciudad de México: Fondo de Cultura Económica, 2015.

HENRIQUES, Antonio; MEDEIROS, João Bosco. **Metodologia científica na pesquisa jurídica**. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2017.

HERNÁNDEZ, Luis Ángel Benavides. **Derecho Internacional Humanitario**. México: Comisión Nacional de Los Derechos Humanos, 2015.

HESSE, Konrad. **A Força Normativa da Constituição**. Tradução de Gilmar Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 2004.

HESSE, Konrad. **Elementos de direito constitucional da República Federal da Alemanha**. Tradução de Luís Afonso Heck. 20. ed. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1998.

HOLMES, Stephen. El precompromiso y la paradoja de la democracia. In: ELSTER, Jon; SLAGSTAD, Rune. **Constitucionalismo y democracia**. Traducción de Mónica Utrilla de Neira. Ciudad de México: Fondo de Cultura Económica, 2012. p. 214-262.

HOMMERDING, Adalberto Narciso. Constituição, Poder Judiciário e Estado Democrático de Direito: a necessidade do debate procedimentalismo versus substancialismo. **Revista de Direitos Culturais**, [S. l.], v. 1, n. 1, p. 11-38, dez. 2006.

HORTA, Raul Machado. Permanência e mudança na Constituição. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, v. 29, n. 115, p. 5-25, jul. 1992.

HUERTAS, A. Martín. El contenido esencial de los derechos fundamentales. **Revista de las Cortes Generales**, [S.l.], n. 75, p. 105-190, 1 dic. 2008.

JELLINEK, Georg. **Teoría general del Estado**. Traducción de Fernando de los Ríos. México: Fondo de Cultura Económica, 2000.

JUNQUEIRA, Andréa. Coordenação interpartidária no legislativo brasileiro: superando os desafios institucionais. In: SEMINÁRIO DISCENTE DA PÓS-GRADUAÇÃO EM CIÊNCIA POLÍTICA DA USP. 5., 2015, São Paulo. **Anais [...]** São Paulo, USP, 2015. p. 1-27.

KALYVAS, Andreas. Soberanía popular, democracia y el poder constituyente. Traducido por Susana Moreno Parada. **Política y Gobierno**, [S.l.], v. 12, n. 1, p. 91-124, jun. 2005.

KELSEN, Hans. Quem deve ser o guardião da Constituição? In: **Jurisdição constitucional**. São Paulo: Martins Fontes, 2003. p. 237-298.

KELSEN, Hans. **Teoría pura del derecho**. Traducción de Roberto J. Vernengo. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 1982.

LASSALLE, Ferdinand. **Que é uma Constituição?** Tradução de Walter Stonner. São Paulo: Edições e Publicações Brasil, 2008.

LEITE, Antonio José Maffezoli; MAXIMIANO, Vitore André Zilio. **Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos**. São Paulo: [S.n.], 2021. Disponível em: <https://cutt.ly/FmX0try>. Acesso em: 17 jul. 2021.

LEÓN, Mauro Arturo Rivera. Los Presupuestos Democráticos del Poder Constituyente. **Biolex Revista Jurídica del Departamento de Derecho**, [S.l.], v. 1, n. 1, p. 1-11, ago. 2019.

LOCKE, John. **Two Treatises of Government**. Nueva York: Peter Laslett, 1988.

LOEWENSTEIN, Karl. **Teoría de la Constitución**. Traducción de Alfredo Galleco Anabitarte. Barcelona: Editorial Ariel, 1979.

LOPES, Ana Maria D'ávila. A garantia do conteúdo essencial dos direitos fundamentais. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, v. 41, n. 164, p. 7-15, out. 2004.

MAIOLINO, Eurico Zecchin. **Limitações ao poder de reforma constitucional na Constituição Federal de 1988**. 2011. 191 f. Dissertação (Mestrado em Direito) - Universidade de São Paulo, São Paulo, 2011.

MARCONI, Mariana de Andrade; LAKATOS, Eva Maria. Atualização por João Bosco Medeiros. **Metodologia Científica**. 7. ed. São Paulo: Atlas, 2017.

MARCOS, Carpio. Bloque de constitucionalidad y proceso de inconstitucionalidad de las leyes. **Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional**, [S.l.], v. 4, p. 81, 2005.

MARQUES, Cláudia Lima. O Diálogo das Fontes como Método da nova Teoria Geral do Direito: um tributo a Erik Jayme. In: MARQUES, Cláudia Lima (Coord.). **Diálogo das Fontes: do conflito à coordenação de normas do direito brasileiro**. São Paulo: RT, 2012.

MARTA, Taís Nader; ABUJAMRA, Ana Carolina Peduti. Regime de proteção dos direitos fundamentais sociais: cláusula pétreia ou limite material implícito. **Revista Direitos Fundamentais & Democracia**, Curitiba, v. 7, n. 7, p. 154-173, jun. 2010.

MARTÍN, S. Los fundamentos sociales, políticos y jurídicos del "soziale Rechtsstaat" Una relectura de Hermann Heller (1891-1933). **Res Publica. Revista de Historia de las Ideas Políticas**, [S.l.], n. 25, p. 151-175, 2015.

MARTÍNEZ, Rafael Oyarte. Limite y limitaciones al poder constituyente. **Revista Chilena de Derecho**, Santiago, v. 25, n. 1, p. 65-84, mar. 1998.

MAUÉS, Antonio Moreira. Supralegalidade dos tratados internacionais de direitos humanos e interpretação constitucional. **Revista Internacional de Direitos Humanos**, [S. l.], v. 18, n. 1, p. 215-235, set. 2013.

MAUS, Ingeborg. Judiciário como superego da sociedade: o papel da atividade jurisprudencial na "sociedade órfã". Tradução por Martonio Lima e Paulo Albuquerque. In: **Revista Novos Estudos**, São Paulo, n. 58, p. 183-202, nov. 2000.

MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **Controle Jurisdicional da Convencionalidade das Leis**. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. O treaty-making power na Constituição brasileira de 1988: uma análise comparativa do poder de celebrar tratados à luz da dinâmica das relações internacionais. **Revista Brasileira de Política Internacional**, [S.l.], v. 44, n. 2, p. 82-108, dez. 2001.

MEDEIROS, Antônio Paulo Cachapuz de. **O Poder Legislativo e os Tratados Internacionais**. Porto Alegre: L&Pm Editores, 1983.

MEDICI, Alejandro M. El nuevo constitucionalismo latino-americano y el giro decolonial: Bolivia y Ecuador. **Revista Derecho y Ciencias Sociales**, La Plata, v. 2010, n. 3, p. 3-23, out. 2010.

MELLO FILHO, José Celso de. O papel constitucional do Supremo Tribunal Federal na consolidação das liberdades fundamentais. In: TOFFOLI, José Antonio Dias. **30 anos da Constituição brasileira: democracia, direitos fundamentais e instituições**. Rio de Janeiro: Forense, 2018. p. 477-494.

MENDES, Gilmar Ferreira. Os limites da revisão constitucional. **Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política**, São Paulo, v. 5, n. 21, p. 69-91, dez. 1997.

MENDES, Gilmar. Novos Aspectos do Controle de Constitucionalidade Brasileiro. **Direito Público**, [S.l.], v. 6, n. 27, ago. 2010.

MIRALLES, Angela Aparisi. Thomas Jefferson y el problema de la esclavitud. **Anuario de Filosofía del Derecho**, [S.l.], v. 1990, n. 17, p. 455-468, dez. 1990.

MONROY, Cabra Marco Gerardo. El Derecho Internacional como fuente del Derecho Constitucional. **ACDI - Anuario Colombiano de Derecho Internacional**, [S. l.], v. 1, p.

107-138, 2010. Disponível em:  
<https://revistas.uosario.edu.co/index.php/acdi/article/view/6812>. Acesso em: 9 maio 2021.

MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional**. 13. ed. São Paulo: Atlas, 2003.

MOREIRA, Eduardo Ribeiro. **Teoria da Reforma Constitucional**. 1. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

MÜLLER, Friedrich. **Teoria estruturante do direito**. Tradução de Peter Naumann e Eurides Avance de Souza. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009.

MÜLLER, Friedrich. **Quem é o povo?: a questão fundamental da democracia**. Tradução de Peter Naumann. 3. ed. São Paulo: Max Limonad, 2003.

NEGRI, Antonio. **El poder constituyente: ensayo sobre las alternativas de la modernidad**. Traducción de Simona Frabotta y Raúl Sánchez Cedillo. Madrid: Traficantes de Sueños, 2015.

NEVES, Marcelo. Constituição de Weimar, presente! **Rechtsgeschichte - Legal History**, [S.l.], v. 2019, n. 27, p. 443-446, 2019.

NIKKEN, Pedro. **El derecho internacional de los derechos humanos**. Venezuela: [S.n.], 1989. Disponível em:  
[http://ulpiano.org.ve/revistas/bases/artic/texto/RDUCV/72/rucv\\_1989\\_72\\_15-52.pdf](http://ulpiano.org.ve/revistas/bases/artic/texto/RDUCV/72/rucv_1989_72_15-52.pdf). Acesso em: 13 jul. 2021.

OLIVIER, Beaud. Le pouvoir constituant: de la philosophie politique au droit constitutionnel. In: OLIVIER, Beaud. **La puissance de l'État**. Paris: Presses Universitaires de France, 1994. p. 223-243.

PEDRA, Adriano Sant'Ana. Reflexões sobre a teoria das cláusulas pétreas. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, v. 43, n. 172, p. 135-148, out. 2006.

PEDRON, Flávio Quinaud; CARVALHO, Joabe Herbe Amorim de. A contribuição da teoria do direito como integridade de Ronald Dworkin para a hermenêutica jurídica contemporânea. **Revista do Mestrado em Direito da Universidade Católica de Brasília**, Brasília, v. 10, n. 2, p. 431-449, dez. 2016.

PELICIOLO, Angela Cristina. A atualidade da reflexão sobre a separação dos poderes. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, v. 169, n. 43, p. 21-30, jan. 2006.

PEPPE, Atílio Machado et al. Reflexões sobre a Federação brasileira. **Revista de Administração Pública**, Rio de Janeiro, v. 31, n. 4, p. 157-182, 1997.

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

PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e o direito constitucional internacional**. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

PIOVESAN, Flávia. Sistema Internacional de Proteção dos Direitos Humanos. In: **I Colóquio Internacional de Direitos Humanos**. São Paulo: SIP, 2001. Disponível em: [http://www.dhnet.org.br/direitos/militantes/flaviapiovesan/piovesan\\_sip.pdf](http://www.dhnet.org.br/direitos/militantes/flaviapiovesan/piovesan_sip.pdf). Acesso em: 16 jul. 2021.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e o direito constitucional internacional**. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

PORTELA, Laura García. La Revolución Americana: una revuelta desde y contra Inglaterra. un ensayo sobre sus orígenes ideológicos. **Revista Historia Autónoma**, Madrid, v. 2014, n. 5, p. 51-64, set. 2014.

PONZILACQUA, Márcio Henrique Pereira; HENRIQUES, Hugo Rezende. Análise de admissibilidade de proposições legislativas: a atuação da comissão de constituição, justiça e cidadania do senado federal em 2014. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, v. 54, n. 213, p. 39-62, mar. 2017.

PULIDO, Carlos Bernal. En Torno a la Legitimidad de la Jurisdiccion Constitucional y la Objetividad en el Control de Constitucionalidad de las Leyes. **Revista Derecho del Estado**, Bogotá, v. 1999, n. 7, p. 121-139, dez. 1999.

RAMOS, André de Carvalho. **Teoria geral dos direitos humanos na ordem internacional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

REZECK, Francisco. **Direito internacional público: curso elementar**. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

REZENDE, Dailson Soares de. A proteção do núcleo essencial dos direitos fundamentais e o Supremo Tribunal Federal. **Revista Ideário**, Rio de Janeiro, v. 2, n. 2, p. 85-94, mar. 2014.

RIBEIRO, Silvia Pradines Coelho. A participação do legislativo no processo de celebração dos tratados. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, v. 43, n. 170, p. 273-285, abr. 2006.

RIVAS-RAMÍREZ, Daniel. El vicio surrealista del monismo y el dualismo ante la metamorfosis del derecho internacional público. **El Estado Constitucional En Jaque, Tomo II. El Estado Constituciuonal y El Derecho Internacional**, [S.l.], p. 45-78, set. 2018.

RODAS, João Grandino. Jus cogens em Direito Internacional. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo**, São Paulo, v. 69, n. II, 1974.

RODAS, João Grandino. **Tratados Internacionais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991.

ROIG, María José Añón. Derechos humanos y deberes: efectividad y prohibición de regresividad. In: RÓDENAS, Ángeles. **Repensar los Derechos Humanos**. Lima: Palestra Editores, 2018. p. 263-305.

ROUSSEAU, Jean-Jacques. **El Contrato Social**. Madrid: Edimat Libros, 2009.

SACHS, Ignacy. O desenvolvimento enquanto apropriação dos direitos humanos. **Estudos Avançados**, [S. l.], v. 12, n. 33, p. 149-156, ago. 1998.

SAIGG, Abraão Gonçalves. **Cláusulas pétreas: impossibilidade de inclusão pelo Poder Constituinte Derivado - limite material implícito**. 2010. 93 f. Monografia (Especialização em Direito Constitucional) - Instituto Brasiliense de Direito Público - IDP, Brasília, 2010.

SALMÓN, Elizabeth. **Introducción al derecho internacional humanitario**. Perú: Pontificia Universidad Católica del Perú, 2004.

SANCHÍS, Luis Prieto. La limitación de los derechos fundamentales y la norma de clausura del sistema de libertades. **Derechos y Libertades: Revista Del Instituto Bartolomé de las Casas**, Madrid, v. 8, n. 1, p. 429-468, jan. 2000.

SARLET, Ingo Wolfgang. A eficácia do direito fundamental à segurança jurídica dignidade da pessoa humana, direitos fundamentais e proibição de retrocesso social no direito constitucional brasileiro. In: SEGADO, Francisco Fernández (Org.). **Dignidad de la persona, derechos fundamentales, justicia constitucional y otros estudios de derecho público**. Madrid: Dykinson-Constitucional, 2008. p. 349-392.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**. 13. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2018.

SARMIENTO, Daniel. El reto constitucional de la Unión Europea en tiempos post-constitucionales. **Jado: Boletín de la Academia Vasca de Derecho = Zuzenbidearen Euskal Akademiaren aldizkaria**, Bilbao, v. 15, n. 6, p. 33-48, abr. 2008.

SCHMITT, Carl. **Teología política**. Traducciones de Javier Conde y Jorge Navarro Pérez. Madrid: Trotta, 2009.

SCHMITT, Carl. **Teoría de la Constitución**. Traducciones de Francisco Ayala. Madrid: Alianza Editorial, 1996.

SENADO FEDERAL. Resolução nº 93, de 1970. Regime Interno do Senado Federal. **Diário do Senado Federal**, Brasília, DF, 22 de dezembro de 2018.

SIEYÈS, Emmanuel-Joseph. **¿Qué es el Tercer Estado?** Caracas: Biblioteca Omega, 2019.

SILVA, José Afonso da. **Comentário contextual à Constituição**. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

SILVA, Virgílio Afonso da. Interpretação constitucional e sincretismo metodológico. In: SILVA, Virgílio Afonso da (Org.). **Interpretação constitucional**. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 115-143.

SILVA, Virgílio Afonso da. O conteúdo essencial dos direitos fundamentais e a eficácia das normas constitucionais. **Revista de Direito do Estado**, Rio de Janeiro, v. 1, n. 4, p. 23-51, dez. 2006.

SOARES, Ricardo Maurício Freire. **Hermenêutica e Interpretação Jurídica**. São Paulo: Saraiva, 2018.

SOBOUL, Albert. **La revolución francesa**. Traducción de Pilar Martínez. Barcelona: Ediciones Orbis, 1981.

STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e consenso**. São Paulo: Saraiva, 2017.

STRECK, Lenio Luiz; LIMA, Martonio Mont'Alverne Barreto; OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de. A nova perspectiva do Supremo Tribunal Federal sobre o controle difuso: mutação constitucional e limites da legitimidade da jurisdição constitucional. **Revista Argumenta**, Jacarezinho, v. 1, n. 7, p. 45-68, dez. 2007.

TAIAR, Rogerio. **Direito Internacional dos direitos humanos: uma discussão sobre a relativização da soberania face à efetivação da proteção internacional dos direitos humanos**. 2009. 321 f. Tese (Doutorado em Direitos Humanos) - Universidade de São Paulo, São Paulo, 2009.

TOMA, Víctor García. **Teoría del estado y derecho constitucional**. Arequipa: Editorial Adrus, 2010.

TRIEPEL, Heinrich. **Les rapports entre le droit interne et le droit international**. Paris: Académie de Droit International, 1923.

TRINDADE, Antônio Augusto Cançado Trindade. **Tratado de Direito Internacional dos direitos humanos**. 2. ed. Porto Alegre: Sergio Antonio Faris Editor, 2003.

VALLE, Rubén Hernández. El poder constituyente derivado y los límites jurídicos del poder de reforma constitucional. **Revista Española de Derecho Constitucional**, [S. l.], v. 37, n. 13, p. 143-158, abr. 1993.



VANOSI, Jorge Reinaldo. **Teoría constitucional**. Buenos Aires: Depalma, 1975.

VÁZQUEZ, Modesto Seara. **Derecho Internacional Público**. 22. ed. México: Editorial Porrúa, 2005.

VERDROSS, Alfred. **Derecho Internacional Público**. 6. ed. Madrid: Aguilar, 1982.

VIANA, Rafaela Gomes. **O papel do Sistema Interamericano de Direitos Humanos na proteção de crianças migrantes no Brasil por meio do controle de convencionalidade**. 2017. 132 f. Dissertação (Mestrado em Direito Constitucional) - Universidade de Fortaleza, Fortaleza, 2017.

VIRGÍNIA. **Declaração de direitos do bom povo de Virgínia**. Estados Unidos: Assembleia Nacional, 1776. Disponível em: <https://cutt.ly/VmLtHbQ>. Acesso em: 16 jul. 2021.

YUPANQUI, S. A. Límites y Respeto al Contenido Esencial de los Derechos Fundamentales: Estudio Preliminar. **THEMIS Revista de Derecho**, [S.l.], n. 21, p. 7-15, mar. 1992.

ZAGREBELSKY, Gustavo. **El derecho dúctil: ley, derechos, justicia**. Traducción de Marian Gascón. Madrid: Editorial Trotta, 2011.





