

A SUPRACONSTITUCIONALIDADE E OS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Lucas Fernandes dos Santos¹

RESUMO

A existência de normas jurídicas com hierarquia superior a das Constituições se configura em um elemento de inquietação para a concepção clássica do direito, representada pela figura geométrica da pirâmide. Essas super normas alimentam, por exemplo, a ideia da inconstitucionalidade das normas constitucionais, irrigam a hermenêutica constitucional com formulações do tipo da interpretação conforme os direitos fundamentais, corroboram com a construção de modelos de direito comunitário e robustecem a implementação de mecanismos internacionais de defesa e efetividade dos direitos humanos, sendo um tema fecundo para especulações da teoria do direito.

Palavras-Chave: Supraconstitucionalidade. Direitos fundamentais. Teoria do direito.

1 INTRODUÇÃO

A ideia da representação do ordenamento jurídico por meio de uma figura geométrica, a pirâmide, se consagrou de tal forma, pelo menos nos itinerários iniciais da academia, que, de certo modo, pode passar a impressão de que os profissionais do direito o assumem como uma essência, como se houvesse uma *vinculação intrínseca*, um caráter metafísico entre o ordenamento jurídico e a figura geométrica que ostenta três vértices.

Nessa perspectiva, já é senso comum teórico que as Constituições ocupam o vértice superior da pirâmide, devendo todas as demais normas jurídicas guardar com a Lei Fundamental compatibilidade e reverência hierárquica.

Assim, qualquer concepção adversa a essa tese pode ser capaz de provocar uma inquietação sem precedentes para o direito e por conseguinte para o Estado. A supraconstitucionalidade assim se encarrega de condensar a incumbência de, em uma perspectiva dialética, compor uma antítese a esse movimento tradicional. Essas normas acima das Constituições comporiam um plexo deontológico capaz de legitimar até mesmo que uma norma constitucional com edição respaldada por um Poder Constituinte originário seja declarada inconstitucional.

¹ Graduado em Direito pela Universidade Católica do Salvador. Advogado. E-mail: lucasfp@sapo.pt

Essa concepção impõe uma apuração preliminar: essas supernormas, para proporcionarem a referida inquietação em seu grau máximo, devem ser originadas por uma fonte do direito estranha ao sistema normativo da Constituição a qual deverá analisada. Seria, portanto, um problema do reconhecimento da autoridade superior de uma fonte do direito estrangeira face à nacional, o que em última análise nos leva à atual problemática da relativização da soberania nacional. E assim se completa o itinerário intelectual da intersecção entre a tese da supraconstitucionalidade e os problemas do direito internacional e dos direitos humanos.

Sendo assim, a tese da supraconstitucionalidade e a consequente viabilidade do controle de convencionalidade de normas constitucionais editadas por um poder constituinte originário constituiriam, assim, um duto, um caminho livre de irrigação do direito internacional para o direito constitucional e deste para os demais ramos do direito interno, até mesmo por que as normas constitucionais, especialmente as que veiculam direitos fundamentais, podem ser sacadas nas relações privadas, o que se convencionou designar por eficácia horizontal dos direitos fundamentais, um importante instrumento de efetividade dos direitos fundamentais.

2 A SUPRACONSTITUCIONALIDADE E A TEORIA DO DIREITO

O direito enquanto fenômeno social e realidade normativa é um saber extremamente complexo. Essa afirmação é de flagrante obviedade. Nesse sentido, as especulações com caráter de cientificidade acerca da natureza do direito, e que permitam, portanto, refutação de suas proposições, é tarefa dos ramos da zetética jurídica.

Nesse sentido, a filosofia do direito e a teoria geral do direito se deparam com um elemento central para a concepção do direito, a noção de ordenamento jurídico. Não é pretensão deste trabalho discorrer profundamente sobre este tema, mas alguns elementos acerca dessa concepção devem ser sustentadas a título de cumprir a finalidade introdutória desta empreitada.

Uma norma jurídica não tem existência autônoma e independente das demais normas jurídicas com as quais deve estabelecer relações também reguladas juridicamente. Assim, é

possível delinear os contornos da função da validade das normas jurídicas. Para Tércio Sampaio Ferraz Júnior (2008, p. 144),

A validade da norma não é uma qualidade intrínseca, isto é, normas não são válidas em si: dependem do contexto, isto é, dependem da relação da norma com as demais normas do contexto. O contexto, como um todo, tem que ser reconhecido como uma relação ou conjunto de relações globais de autoridade. Tecnicamente diríamos, então, que a validade de uma norma depende do *ordenamento* no qual está inserida.

A validade assim pressupõe uma relação entre normas, ou uma relação de compatibilidade ou de fundamentação e derivação entre normas, de modo que é pressuposto da noção de ordem a noção de validade das normas jurídicas.

O conceito, contudo, de ordenamento é fonte inesgotável de controvérsias e de erudição acadêmica, de modo que preferimos recorrer à noções intuitivas e etimológicas para abordar a noção de ordenamento jurídico.

Nesse sentido, o termo ordenamento deriva da palavra "ordem", que do ponto de vista semântico, conforme se verifica nos dicionários, referencia a noção de organização, arranjo, tranquilidade. E é justamente essa a função do direito ao regular as condutas humanas. Essa tranquilidade, esse arranjo, portanto, pressupõe que não haja conflitos entre normas jurídicas, característica consagrada sob a designação de coerência do ordenamento.

A coerência do ordenamento deve ser garantida por meio de métodos de solução de eventuais conflitos normativos, as designadas "antinomias". O termo antinomia deriva do grego *anti*, que significa contra, e *nomus*, que significa ordem, lei. Note-se que a semântica aqui repete sua trajetória. Assim, tem-se a não ordem, a desordem, o caos. Essas noções são do ponto de vista semântico simetricamente opostas a preconizada coerência do ordenamento jurídico.

Não obstante o reconhecimento da despreensão de maiores aprofundamentos no tema, cumpre ressaltar que a concepção de ordenamento jurídico até aqui delineada se amolda à uma noção lógico-formal, que nos logrou Hans Kelsen (2006, p. 221-2 *apud* SOARES, 2012, p. 112), em sua obra *Teoria Pura do Direito*. O ordenamento jurídico, nesse sentido, poderia ser representado por meio de uma figura geométrica, o triângulo. A concepção do ordenamento jurídico representado por um triângulo se consagrou de tal forma, pelo menos

nos itinerários iniciais da academia, que, de certo modo, pode passar a impressão de que os profissionais do direito o assumem como uma essência, como se houvesse uma *vinculação intrínseca*, um caráter metafísico entre o ordenamento jurídico e a figura geométrica que ostenta três vértices.

Com efeito, o triângulo é uma figura geométrica que cumpre uma função bastante pedagógica na representação do ordenamento jurídico, pois a sua disposição gráfica permite vislumbrar bem a relação de fundamentação e derivação de uma norma jurídica inferior a uma norma jurídica superior, permitindo a percepção da hierarquia das fontes do direito e a hierarquia das normas jurídicas.

Nesse contexto, segundo a teoria tradicional do direito, no topo da pirâmide estariam as Constituições, de modo que acima das Constituições, ensina Kelsen, haveria uma *norma hipotética fundamental*, que como tal, não existe, mas é pressuposta para garantir a coerência lógica do ordenamento jurídico.

As Constituições, ao ostentarem a localização máxima do ordenamento jurídico seriam a baliza inicial de todas as normas jurídicas. Para garantir a compatibilidade das demais normas e a supremacia constitucional, serão criados mecanismos de garantir essa ordem, designados comumente de controle de constitucionalidade.

Com efeito, enquanto corpo teórico científico, essa tese do ordenamento jurídico representado por uma pirâmide está sujeita à refutação. Suas limitações se esbarram, por exemplo, no fato de que ela não representa bem a ordem jurídica internacional, representando apenas o direito interno. Não obstante, para a tese kelseniana, talvez esse fato não se configure em uma refutação, vez que Kelsen era adepto da tese monista do direito internacional, segundo a qual haveriam duas ordens jurídicas autônomas e distintas, de modo que o direito internacional não teria qualquer ingerência sobre o direito interno.

Essa formulação satisfaz a concepção do positivismo jurídico, na medida em que o ordenamento jurídico seria um sistema fechado, sujeito às apreciações exclusivamente lógico formais das relações de fundamentação e derivação. Essa formulação também colabora com uma concepção de Estado imune à ingerências, um Estado muito semelhante ao modelo de Estado absolutista. Apesar de já consagrada a ideia de submissão do Estado à lei, o

esvaziamento axiológico não proporcionou atender à dignidade humana. Infelizmente, a refutação ao positivismo jurídico apenas veio com as piores experiências históricas já vivenciadas, a I e a II Guerras Mundiais.

Este é um momento delicado para as sociedades, que foram obrigadas a romperem com essa concepção tradicional do direito em favor de um modelo aberto ao diálogo com valores e com princípios, que tomaram a centralidade dos ordenamentos jurídicos. No mesmo sentido, foi consagrado o direito internacional dos direitos humanos.

Nesse contexto, e tendo em vista as amargas experiências históricas vivenciadas notadamente no século XX com as guerras, que sobressaem em importância o direito internacional dos direitos humanos, com o objetivo de resguardo do máximo princípio da dignidade da pessoa humana, que foi alçada a condição de interesse "comum superior de todos os Estados" (CANÇADO TRINDADE, 1997, p. 415-416 *apud* PORTELA, 2014, p. 835). Paulo Henrique Gonçalves Portela (2014, p. 835) considera que "Com isso, as normas internacionais de direitos humanos assumem status de prevalência, devendo ser aplicadas antes de qualquer outra, limitando a própria soberania nacional, e passando a ser incluídas dentre os preceitos de *jus cogens*".

Esse debate nos leva à dicotomia entre as teses universalista e relativista dos direitos humanos. Para os universalistas, em apertada síntese, os direitos humanos são direitos válidos em todo tempo e lugar, independentemente das variações de cultura entre as sociedades. Os relativistas argumentam que essa pretensão desrespeita as peculiaridades das culturas. "Sob esse prisma, cada cultura possui seu próprio discurso acerca dos direitos fundamentais, que está relacionado às específicas circunstâncias culturais e históricas de cada sociedade" (PIOVEZAN, 2012, p. 215). Sem embargo de que uma maior incursão nesse tema contraria a função deste trabalho, conforme argumentado na introdução, é possível afirmar que esse conflito foi decidido pela Declaração de Viena, adotada em 1993, na II Conferência Internacional dos Direitos Humanos, que adotou o universalismo.

Essa concepção de supremacia do direito internacional dos direitos humanos até mesmo sobre as ordens jurídicas internas é uma tendência crescente e que se constitui no centro da noção de supraconstitucionalidade, que assim consistiria em um plexo de normas jurídicas de hierarquia superior à da Constituição, devendo esta, portanto, se submeter à

lógica da fundamentação e derivação ao direito supraconstitucional, que, por óbvio, seria o direito internacional dos direitos humanos.

A essência, nesse sentido, da supraconstitucionalidade, seria então a admissão, por parte de um Estado, de que uma fonte do direito estrangeira reivindique autoridade e hierarquia superior às fontes do direito interno. Não é coincidência portanto ser este o mesmo elemento de dificuldade coativa do direito internacional.

Nesse sentido, os direitos humanos ou fundamentais se consagram como ideal civilizatório de tal forma que as sociedades que não o logrem eficácia são consideradas anormais. "Onde quer que esses direitos padeçam de lesão, a Sociedade se acha enferma" (BONAVIDES, 2000, p. 528 *apud* CUNHA JR., 2010, p. 534).

Nesse contexto, Fábio Konder Comparato nos ensina que "Os direitos fundamentais foram identificados, historicamente, com os valores mais importantes da convivência humana, ou seja, aqueles sem os quais as sociedades acabam perecendo, fatalmente, por um processo irreversível de desagregação" (COMPARATO, 1998, p. 26 *apud* CUNHA JR., 2010, p. 522).

Esse discurso em favor dos direitos fundamentais são assumidos pela defesa da tese da supraconstitucionalidade pois a sua adoção seria, portanto, a máxima adesão de um Estado ao modelo de sociedade preconizado pelo direito internacional dos direitos humanos.

Não obstante no direito francês a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão ostentar hierarquia normativa superior à da Constituição da República Francesa, neste caso, apesar do caráter de declaração de direitos, o referido documento é originário de uma fonte do direito interno, de modo que a comparação do modelo francês para efeitos de ilustração face a tese da supraconstitucionalidade aqui desenvolvida é prejudicada.

A supraconstitucionalidade enquanto plexo de normas jurídicas de hierarquia superior à da Constituição encontra seu aspecto pragmático mais evidente no controle de constitucionalidade, ou, no controle de convencionalidade.

Acerca da supraconstitucionalidade, é conveniente mencionar as contribuições dos professores Luiz Flávio Gomes e Valério de Oliveira Mazzuoli, no artigo "Valor dos Tratados

Internacionais: Do Plano Legal ao Ápice Supraconstitucional? (Parte III)", (disponível em: <<http://www.lfg.com.br>>):

(...) essa corrente (*supraconstitucionalidade* dos tratados) sempre contou com pouca adesão dos doutrinadores brasileiros. Mas é chegado o momento, de acordo com nossa opinião, de um aprofundamento no tema.

Em primeiro lugar faz-se necessário enfatizar que tanto a doutrina estrangeira quanto a nacional já defenderam o *status supraconstitucional* dos tratados de direitos humanos, não sendo esta tese (portanto) uma novidade em sede doutrinária.

A referida pouca adesão significa portanto pouca produção acadêmica. O direito internacional corrobora com a tese da supraconstitucionalidade, de modo que os mencionados professores argumentam que para alguns autores, o art. 27 da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados, ao dispor que "uma parte não pode invocar disposições do seu direito interno para justificar o inadimplemento de um tratado", pretende subordinar os ordenamentos jurídicos dos Estados ao direito internacional, inclusive as Constituições, dando ao direito internacional hierarquia superior à da Constituição dos Estados. Nesse sentido, Paulo Henrique Gonçalves Portela (2014, p. 58) afirma que

Aliás, a supremacia do Direito Internacional foi proclamada pelo menos desde 1930, a partir do entendimento da antecessora da Corte Internacional de Justiça (CIJ), a Corte Permanente de Justiça Internacional (CPIJ), que declarou que "É princípio geral reconhecido, do direito internacional, que, nas relações entre potências contratantes de um tratado, as disposições de uma lei não podem prevalecer sobre as do tratado".

Os professores Luiz Flávio Gomes e Valério de Oliveira Mazzuoli ainda prosseguem partindo da distinção entre tratados de direitos humanos centrífugos e centrípetos.

Os tratados de direitos humanos centrífugos são assim designados pois regulam situações jurídicas que fogem do centro, da jurisdição dos Estados, para a jurisdição global. No âmbito desses tratados, foram instituídos importantes órgãos judiciais internacionais, como a Corte Internacional de Justiça da Organização das Nações Unidas, o Tribunal Penal Internacional e os Tribunais *ad hoc* da ONU para a ex-Iugoslávia, Ruanda, Serra Leoa, Camboja, etc.

Para os referidos professores, esses tratados ostentam natureza supraconstitucional, sem, contudo, conflitar com a Constituição, pois enquanto o tratado disciplina situações supranacionais, a Lei Fundamental disciplina situações internas. Haveriam portanto esferas

distintas de competências. Não reputamos clara essa afirmação, *data vênia*, na medida que a noção de supraconstitucionalidade ao pressupor a submissão da Constituição ao tratado de direito internacional pressupõe por conseguinte a sujeição hierárquica da Carta Política inclusive ao risco de controle de convencionalidade. Nesse sentido, os autores concluem afirmando que não seria jurídico que um desses tratados se submetesse aos ditames de uma Constituição, inclusive por força do disposto no art. 27 da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados.

Os tratados centrípetos, por sua vez, são aqueles que não deslocam o indivíduo ou o Estado do seu centro. A Convenção Americana de Direitos Humanos teria essa natureza, pois constituiria apenas um sistema regional de proteção dos Direitos Humanos. Em regra, para os ilustres professores, ostentam caráter constitucional.

Não obstante, não entendeu assim o Supremo Tribunal Federal do Brasil, no julgamento do RE 466.343-SP. Neste *leading case*, a tese vencedora, a do Ministro Gilmar Mendes, entendeu que os tratados internacionais de direitos humanos que não se submetam às formalidades do art. 5º, §3º da Constituição brasileira não teriam status constitucional, mas também não seriam consideradas lei ordinária, ocupando hierarquia intermediária, status supralegal, acima das leis e abaixo da Constituição.

Esse entendimento superou o voto do Ministro Celso de Melo, que sustentou a constitucionalidade dos tratados internacionais de direitos humanos independentemente da aprovação por *quorum* qualificado, com base no art. 5º, §2º, da Constituição da República, segundo o qual

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

O rol dos Direitos e Garantias Fundamentais do art. 5º da Carta Política é meramente exemplificativo, de modo que uma interpretação que conclua pela constitucionalidade dos tratados internacionais de direitos humanos encontra aqui sustentação dogmática.

3 A HERMENÊUTICA CONSTITUCIONAL E O DIREITO COMUNITÁRIO

A supraconstitucionalidade e a premência do reconhecimento dos tratados de direitos humanos como parâmetro de referência da ordem jurídica impõe também a ressignificação das formulações vigentes de interpretação e hermenêutica jurídica. O direito, enquanto saber humano constituído essencialmente pela linguagem natural, por ser suscetível às imprecisões semânticas, sintáticas e pragmáticas, necessita portanto de instrumentos que minimizem os prejuízos dessa condição, na medida em que a dogmática jurídica, para ser eficaz, precisa se fazer clara aos destinatários da comunicação diretiva que expressa. Esse encargo teórico cabe à hermenêutica jurídica e prático, à interpretação jurídica. Interpretar o direito é pressuposto da sua aplicação. Nesse sentido, ensina o professor Dirley da Cunha Júnior (2010, p. 194) que

Nesse sentido, a interpretação impõe uma alternância de atenção entre a realidade de fato e a realidade da norma. Para a mesma direção vão as observações de Robert Alexy no sentido de que é a partir daquele *ir-e-vir* ou *balançar de olhos* entre o preceito normativo e o fato que o intérprete-aplicador estende uma ponte sobre o abismo que há entre o texto da norma e o fato.

Contudo, a especificidade das normas constitucionais reclamam uma especificidade da interpretação constitucional. Segundo Inocêncio Mártires Coelho (1997, p. 15 *apud* CUNHA JR., 2010, p. 197):

Segundo a maioria dos doutrinadores, a diferença específica entre Lei e Constituição - da qual resultaria, por via de consequência, também a diferença entre as respectivas interpretações - residiria na peculiar estrutura normativo-material das Cartas Políticas, mais precisamente na sua parte dogmática, onde se compendiam os direitos fundamentais.

Como, a toda evidência, essa estrutura normativo-material é bem distinta da que possuem os preceitos infraconstitucionais, em geral, tal particularidade exigiria do intérprete da lei fundamental situar-se em perspectiva metodologicamente adequada ao objeto do seu afazer hermenêutico.

No escopo deste trabalho, contudo, não cabe o estudo genérico da hermenêutica jurídica ou da hermenêutica constitucional, mas sim uma análise limitada ao aspecto de controle normativo que se pode fazer via técnica ou princípio de hermenêutica constitucional que importe à tese da supraconstitucionalidade.

Nesse sentido, ressaltamos o princípio da interpretação conforme à constituição. Para Dirley da Cunha Júnior (2010, p. 230),

O princípio da interpretação conforme à Constituição também consiste num princípio de controle de constitucionalidade, mas que ganha relevância para a interpretação constitucional quando a norma legal objeto do controle se apresenta com *mais de um sentido* ou *significado* (normas plurissignificativas ou polissêmicas), devendo, nesse caso, dar-se preferência à interpretação que lhe empreste aquele sentido - entre os vários possíveis - que possibilite a sua conformidade com a Constituição.

Contudo, observa Canotilho que caso da interpretação da lei resulte apenas um sentido unívoco em contrariedade com a Constituição, impõe-se a sua rejeição por inconstitucionalidade, proibindo-se a sua correção pelos tribunais (CANOTILHO, 1997, p. 1152 *apud* CUNHA JR., 2010, p. 230).

Na esteira dessa construção, mais recentemente foi criada a figura do princípio da interpretação conforme os direitos fundamentais, uma figura semelhante à interpretação conforme à Constituição, sendo que toma por parâmetro os direitos fundamentais, sejam eles positivados ou não na ordem constitucional, de modo que até mesmo um tratado internacional de direitos humanos que não se submeta às formalidades do art. 5º §3º da Constituição podem ser utilizados, como parâmetro de controle de convencionalidade e de hermenêutica jurídica, para garantir a hierarquia das normas conforme os direitos fundamentais.

No direito europeu, a prevalência dos direitos fundamentais atingiu o seu ápice. Nesse sentido, sustentamos que desenvolvimento da progressiva afirmação dos direitos fundamentais no direito europeu se coaduna com o ambiente que proporcionou o mais avançado modelo de integração regional da história.

Nesse sentido, "A Europa realizou, até agora, a mais ampla e bem sucedida experiência de integração" (AMARAL JÚNIOR, 2008, p. 281 *apud* PORTELA, 2014, p. 1053). Destarte, ensina Paulo Henrique Gonçalves Portela (2014, p. 1053) que

A ideia de integração europeia vai fundamentar-se em diversos fatores, dentre os quais destacamos não só os interesses econômicos, mas também certos valores históricos e culturais similares, de matriz greco-romana, judaico-cristã e iluminista, e o anseio de paz, em continente cuja história é marcada por vários conflitos armados.

Neste contexto, o direito comunitário constituiu uma estrutura institucional sem precedentes na história das sociedades, fundando o conceito de "supranacionalidade", que seria uma nacionalidade superior à nacionalidade dos Estados membros, vinculando o indivíduo ao direito da união, ou seja, haveria um direito essencialmente constitucional previsto por um supra direito, o que se assemelha com a tese da supraconstitucionalidade.

Esta inovação civilizacional que corresponde ao arcabouço institucional da União Europeia implicou, portanto, na formulação de uma nova disciplina jurídica a partir do direito internacional: o direito comunitário, também designado por direito da união. Muitos juristas identificam no direito comunitário o que se chama de "autonomia didática e científica" justificando ser este um ramo autônomo do direito. Isso demonstra que há repercussões inclusive epistemológicas para o direito internacional no surgimento da União Europeia.

Nesse sentido, o direito comunitário presta contribuições extraordinárias para a superação da teoria clássica do Estado - notadamente quanto à noção antiga de soberania nacional - na esteira do que já vinha sendo realizado com mais ênfase pelo modelo de direito internacional do pós Segunda Guerra Mundial.

Assim, não parece mera coincidência que, igualmente, as articulações pela criação da União Europeia tenham sido fortalecidas neste mesmo período. Em outras palavras, os Estados europeus, que séculos antes conceberam o Estado como uma instituição social absoluta e fechada em si mesma, agora articulam uma complexa estrutura em que seus membros abrem mão da soberania clássica em nome da aplicabilidade direta e imediata do direito comunitário em sua ordem interna, e não apenas no âmbito dos direitos humanos.

O direito comunitário pressupõe, assim, que normas jurídicas do direito da União Europeia, que pode ser entendido como um direito supraconstitucional, sejam aplicáveis direta e imediatamente no âmbito interno dos Estados, o que colabora, por outro lado, em maior ou menor grau, com a consolidação da supremacia da tese universalista dos direitos humanos em detrimento da relativista dos direitos humanos, bem como com a tese da supraconstitucionalidade.

Assim, a tese universalista e a tese da supraconstitucionalidade, implodem a teoria clássica da soberania nacional, guardando grandes semelhanças com o direito comunitário, na

medida em que, o ordenamento comunitário é de hierarquia normativa superior ao ordenamento dos Estados membros, ostentando normas com aplicabilidade direta e imediata no âmbito do direito interno. Evidentemente que essa característica não é algo absolutamente natural, imanente às coisas; geralmente resultam de um permissivo constitucional dos Estados membros.

A Constituição da República Portuguesa assim o faz em seu art. 8º; igualmente, a Constituição do Reino da Espanha, em seu art. 96, 1; assim como a Constituição da República Francesa, em seu art. 88-1. Contudo, não se nega o avanço jurídico-constitucional que isso significa, o que implica claramente em um avanço civilizatório.

Neste ponto é possível sustentar que a União Europeia ao pressupor como *conditio sine qua non* constitucional dos Estados membros a submissão ao ordenamento jurídico comunitário promove um importante exemplo a título de direito comparado para os demais Estados. É neste ambiente intelectual que, *e.g.*, é concebida a tese da inconstitucionalidade das normas constitucionais, tese esta refutada pelo Supremo Tribunal Federal do Brasil.

Nesse sentido, ensina Jorge Miranda (2011, p. 439):

Paradigmático desta corrente é o pensamento de Otto Bachof, exposto em célebre conferência de 1951, em que discrimina três contradições - contradição constitucionais de grau superior, infração de direito supralegal positivado na lei constitucional e infração de direito supralegal não positivado - e em que se nega a inconstitucionalidade no primeiro caso, sustenta que a isso se reconduzem a segunda e a terceira situações.

Quanto à admissão da referida tese na Europa, possivelmente fato reflexo à submissão do Estado membro ao direito da união, Jorge Miranda prossegue (2011, p. 440):

A mesma tendência se reconhece-se em parte da doutrina italiana, da espanhola ou da grega: assim, por exemplo, partindo de um conceito de Constituição que envolve normas metaestatais e partindo da existência de limites ao poder constituinte exercido pelo povo, Gerardo Morelli afirma a possibilidade de contradição de certas normas constitucionais com os princípios e valores da Constituição, embora não ponha a hipótese de impugnação direta de tais normas (pois elas não são objeto do controle de constitucionalidade).

Enquanto ao direito português, sustenta Jorge Miranda (2011, p. 411):

Por outro lado, atribuindo-se caráter supraconstitucional à Declaração Universal dos Direitos do Homem, entende-se que, na medida em que haja

colisão entre ela e a Constituição e, portanto, valorações diferentes (não podendo ser executadas ao mesmo tempo) deve dar-se primazia à Declaração, pelo menos se e quando esta esteja mais aberta, generosa e liberal que a nossa Constituição.

No mesmo sentido, José Joaquim Gomes Canotilho (5ª Ed., p. 1354), nos ensina que:

A amizade e abertura ao direito internacional (crf. CRP, art. 7º) exigem a observância de princípios materiais de política e direito internacional tendencialmente informadores do direito constitucional interno.

O direito europeu, assim, presta um serviço essencial para a difusão dos valores tendentes à máxima efetividade dos direitos fundamentais.

4 CONCLUSÃO

A tese da supraconstitucionalidade é um dos principais elementos do movimento de elevação da dignidade da pessoa humana ao centro do sistema jurídico. Assume assim uma posição de semelhança a do direito internacional dos direitos humanos, porque ambos tem uma preocupação central, a efetividade dos direitos fundamentais.

Assim, podemos extrair diante do exposto algumas conclusões.

Inicialmente que a supraconstitucionalidade permite fecundas especulações zetéticas, especialmente na teoria do direito, ao permitir uma mudança de paradigma de ordenamento jurídico, concebido pela teoria clássica representado pela forma de uma pirâmide.

Nesse contexto, é permitida a superação da ideia da supremacia absoluta da Constituição em um sistema normativo fechado e sujeito apenas às intervenções da lógica formal, em favor da ideia de um sistema aberto aos valores, de onde se concebe a noção de uma espécie de norma jurídica de central importância, a norma princípio, que assume a centralidade do direito ao preconizar a máxima efetividade dos direitos fundamentais e da dignidade humana.

Por conseguinte, é possível concluir também que a tese da supraconstitucionalidade tem semelhança genética com o movimento de maximização da eficácia das normas do direito internacional dos direitos humanos, tese esta desenvolvida a partir de trabalho anterior mencionado na introdução do presente artigo.

A supraconstitucionalidade, assim como o direito internacional dos direitos humanos é, ademais, um direito do pós guerra. Nesse sentido, igualmente, sustenta Valério de Oliveira Mazzuoli (2011, p 813), que

Trata-se, portanto, do direito do pós-guerra, nascido em decorrência dos horrores cometidos pelos nazistas durante este período (1939 - 1945), e que foi marcado por inúmeras violações dos direitos humanos.

A progressiva afirmação desses valores vem provocando proporcionalmente a relativização da soberania nacional e a submissão dos Estados ao império axiológico da dignidade da pessoa humana.

Nesse sentido, é possível concluir, igualmente, que essa progressiva afirmação dos direitos fundamentais, na perspectiva da tese da supraconstitucionalidade, é ampliada, em construções doutrinárias como a eficácia horizontal dos direitos fundamentais, fenômeno típico da constitucionalização do direito.

A esse respeito, considera Dirley da Cunha Júnior (2010, p. 60), que

Esse fenômeno da *Constitucionalização do Direito Civil* tem gerado, como importante consequência, a *aplicabilidade dos direitos fundamentais às relações privadas*, tema que atualmente vem ocupando um grande espaço na doutrina, onde é examinado normalmente com a designação de *eficácia horizontal dos direitos fundamentais (Drittwirkung)*, para esclarecer que os direitos fundamentais não são direitos apenas oponíveis aos poderes públicos, irradiando efeitos também no âmbito das relações particulares, circunstância que autoriza o particular a sacar diretamente da Constituição um direito ou uma garantia fundamental para opô-lo a outro particular, o que reduz em demasia o campo da autonomia privada.

Uma das principais formas de visualizar esse fenômeno no direito civil é na relativização do direito de propriedade privada, antes um dogma liberal burguês absoluto, hoje sujeito ao princípio da função social da propriedade, sujeitando seu titular, por exemplo, quando não atendida a função social, à desapropriação.

A irradiação dos direitos fundamentais por toda a ordem jurídica é inegável. A tese da supraconstitucionalidade pode, assim, fundamentar a ideia do controle de convencionalidade, onde os tratados internacionais de direitos humanos seriam parâmetro de controle, permitindo a declaração de inconstitucionalidade de uma norma constitucional.

O direito europeu presta relevantes contribuições nesse sentido, com o advento do direito comunitário, por meio do qual o direito da união permite a aplicabilidade direta e imediata de normas no âmbito interno dos Estados.

A principal marca desse movimento intelectual é a defesa da dignidade da pessoa humana. Um dos mais importantes meios de garantia desse modelo é o princípio internacional *pro homine*, segundo o qual, em um conflito normativo entre norma constitucional e norma de tratado de direitos humanos, mesmo de hierarquia inferior à da Constituição, deve prevalecer a norma mais favorável. Esse é o caso da prisão civil do depositário infiel, onde a Convenção Americana dos Direitos Humanos é mais favorável que as normas brasileiras. Nesse sentido, para Luiz Flávio Gomes e Valério de Oliveira Mazzuoli no artigo "Valor dos Tratados Internacionais: Do Plano Legal ao Ápice Supraconstitucional? (Parte III)", (disponível em: <<http://www.lfg.com.br>>),

Quando os objetos são idênticos, em matéria de direitos humanos, os princípios regentes (dos conflitos de normas) não são os tradicionais (hierarquia, posterioridade e especialidade), sim, os específicos dessa área: (a) vedação de retrocesso e (b) princípio internacional *pro homine*.

A tese da supraconstitucionalidade é, assim, um dos principais movimentos que deslocam para o centro das preocupações do direito a máxima efetividade dos direitos fundamentais e a dignidade da pessoa humana.

REFERÊNCIAS

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional**. Coimbra: Ed. Almedina, 5ª Edição s/d.

CUNHA JR., Dirley Da. **Curso de Direito Constitucional**. Salvador: Editora JusPodivm, 2010.

FERRAZ JR., Tércio Sampaio. **Introdução ao Estudo do Direito**. São Paulo: Editora Atlas, 2010.

GOMES, Luiz Flávio. MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. **Valor dos Tratados Internacionais: Do Plano Legal ao Ápice Supraconstitucional? (Parte III)**. Disponível em <<http://www.lfg.com.br>>, acesso em 18 jun. 2015.

MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **Curso de Direito Internacional Público**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

MIRANDA, Jorge. **Teoria do Estado e da Constituição**. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2011.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional**. São Paulo: Editora Saraiva, 2012.



Direitos Humanos, Ética e Dignidade

18 a 24 de outubro de 2015

PORTELA, Paulo Henrique Gonçalves. **Direito Internacional Público e Privado**. Salvador: Editora JusPodivm, 2014.

REZEK, Francisco. **Direito Internacional Público**. São Paulo: Editora Saraiva, 2014.

SOARES, Ricardo Maurício Freire. **Elementos de Teoria Geral do Direito**. São Paulo: Saraiva, 2012.

UNIÃO EUROPEIA. **A bandeira europeia**. Disponível em <http://europa.eu/about-eu/basic-information/symbols/flag/index_pt.htm>, acesso em 27/02/2015.