

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

CURSO DE DIREITO

**(IN) APLICABILIDADE DOS TRATADOS INTERNACIONAIS COMO FUNDAMENTO
DA MUTAÇÃO CONSTITUCIONAL**

Rafael Henrique dos Santos

Presidente Prudente/SP
2022

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

CURSO DE DIREITO

**(IN) APLICABILIDADE DOS TRATADOS INTERNACIONAIS COMO
FUNDAMENTO DA MUTAÇÃO CONSTITUCIONAL**

Rafael Henrique dos Santos

Monografia apresentada como requisito parcial de conclusão do curso e obtenção do grau de Bacharel em Direito, sob a orientação do Prof. Sérgio Tibiriçá do Amaral.

Presidente Prudente/SP
2022

**(IN) APLICABILIDADE DOS TRATADOS INTERNACIONAIS COMO
FUNDAMENTO DA MUTAÇÃO CONSTITUCIONAL**

Monografia apresentada como requisito
parcial para obtenção do grau de Bacharel
em Direito.

Sérgio Tibiriçá Amaral
Orientador

Lucas Octávio Noya dos Santos
Examinador

Gisele Caversan Beltrami Marcato
Examinadora

Presidente Prudente, 02 de dezembro de 2022.

Não foi possível descobrir ilhas rochosas em meio a esse tema oceânico; foi, porém, possível localizar facho de luz nitidamente visíveis, emitidos por faróis, que possibilitam uma orientação do trabalho jurídico – e com isso também uma comunicação democrática sobre ele. (MÜLLER, Friedrich, 2005, p. 152)

Dedico este trabalho aos meus pais e a minha irmã, os quais, sempre acreditando na minha capacidade e no meu potencial, permitiram-me cursar uma faculdade, celebrando em todas as conquistas acadêmicas alcançadas.

AGRADECIMENTO

Agradeço a Deus pela possibilidade de concluir com êxito mais essa etapa de minha vida.

Em seguida, agradeço aos meus pais Vanderleia de Souza Santos e Cesar Ribeiro dos Santos por sempre estarem ao meu lado durante toda a minha jornada, além de suportarem a minha ausência durante este projeto.

Agradeço também a minha irmã Lais Monize dos Santos por todo apoio e incentivo, bem como por ser presente nos meus estudos, contribuindo com novos ensinamentos para a minha vida.

Também agradeço a minha avó, Edite Ribeiro, que nos momentos de ausência dedicados ao estudo, sempre me compreendeu para que meu futuro seja feito a partir da constante dedicação no presente.

Não poderia deixar de agradecer a todos os professores do Centro Universitário Toledo Prudente que de algum modo, somaram a minha vida acadêmica e profissional.

Ao meu orientador, professor Sergio Tibiriçá do Amaral, por quem tenho a mais profunda admiração e respeito, pela oportunidade de me orientar, contribuindo com seu conhecimento para a realização do presente trabalho.

E, por fim, agradeço aos meus colegas de graduação, que desempenharam um papel significativo no meu crescimento, e devem ser recompensados com meu agradecimento: Artur Figueira, Arthur Alessi, Beatriz Pangoni, Danyela Cortez, Gabriel Cortez, Gabriela Mena, Gabriela Pavarina, Maria Eduarda Oliveira Ferreira, Maria Eduarda Bolzan, Maria Eduarda Mariano e Sérgio Lamy.

RESUMO

O presente trabalho analisa a possibilidade de aplicação dos Tratados Internacionais de Direitos Humanos como parâmetro para o procedimento de alteração formal e informal da Constituição Federal, conhecido como Mutação Constitucional. Ele abordará a evolução e incorporação dos tratados no direito interno e sanar  as controvérsias acerca da hierarquia dos tratados no sistema jurídico constitucional brasileiro. Para elucidar a compreensão do tema em análise, foi ressaltado a forçá do princípio *pro homine* na aplicação da norma que mais favorecer o indivíduo, quando permanecer o conflito entre direito internacional e ordem constitucional vigente. Além disso, pondera os mecanismos de tutelar a Supremacia Constitucional e conjunto de proteção ao Estado Democrático de Direito, objetivando resguardar a soberania do Constituinte Originário. Neste diapasão, explora a norma *jus cogens* como limites para o Supremo Tribunal Federal na aplicação da Mutação Constitucional. De todo explanado, discute-se os efeitos do Tratado Internacional de Direitos Humanos que foi aplicado como fundamento da modificação informal do dispositivo Supremo deixar ter plena vigência no ordenamento jurídico. Nesta seara, a presente pesquisa apontou que as ocorrências internacionais, através dos conflitos entre Estados e em crises sanitárias, como a SARS-CoV-2, podem influenciar na modificação da Jurisdição Constitucional com a ratificação de novos documentos internacionais. E, por fim, o presente trabalho analisou alguns julgados que podem ser considerados como fundamento claro do Tratado Internacional de Direitos Humanos para aplicação da Mutação Constitucional no caso de Prisão Civil do Depositário Infiel, são os julgados: o Recurso Extraordinário n  466.343/SP, o Recurso Extraordinário n  349.703/RS e os Habeas Corpus n  87.585/TO e n  92.566/SP.

Palavras-chaves: Mutação Constitucional. Tratados Internacionais de Direitos Humanos. Supremacia Constitucional. Cláusulas Pétreas. Poder Constituinte Originário.

RESUMÉN

El presente trabajo analiza la posibilidad de aplicación internacional de los Derechos Humanos como parámetro para el procedimiento de alteración formal e informal de la Constitución Federal, conocida como Mutación Constitucional. Abordará la evolución e incorporación de los tratados al derecho interno y resolverá controversias sobre la jerarquía de los tratados en el ordenamiento jurídico constitucional. Para dilucidar la comprensión del tema en análisis, se destacó la fuerza del principio pro homine en la aplicación de la norma que más favorezca al individuo, mientras se mantiene el conflicto entre el derecho internacional y el orden constitucional vigente. Además, pondera los mecanismos para proteger la Supremacía Constitucional y el conjunto de protección al Estado Democrático de Derecho, visando proteger la soberanía de la Constituyente Originaria. En esa línea, explora la norma de jus cogens como límites del Supremo Tribunal Federal en la aplicación de la Mutación Constitucional. En todo caso, se discuten los efectos del Tratado Internacional de Derechos Humanos que se aplicó como fundamento informal del dispositivo Supremo para activarlo plenamente desde el ordenamiento jurídico. En este ámbito, la presente investigación ocurrida en sucesos internacionales, a través de conflictos entre Estados y en crisis sanitarias, como un SARS-CoV-2, puede influir en la ratificación de la Jurisdicción Constitucional con la ratificación de nuevos documentos internacionales. Y, por tanto, el presente caso de aplicación de unas sentencias dictadas que pueden ser consideradas como fundamento del Tratado Internacional de Derechos Humanos para la Modificación Constitucional en el Fin Civil del Depositario Infidel son las sentencias: el Recurso Extraordinario nº 466.33/SP, el Recurso Extraordinario N° 349.703/RS y el Hábeas Corpus N° 87.585/TO y N° 92.566/SP.

Palabras clave: Mutación Constitucional. Tratados Internacionales de Derechos Humanos. Supremacía Constitucional. Cláusulas de piedra. Poder Constituyente Originario. Palabras clave: Mutación constitutiva. Tratados internacionales relativos a los derechos humanos. constitución suprema. cláusulas pierre. Pouvoir constituyente de origen.

LISTA DE SIGLAS E ABREVIATURAS

§ - Parágrafo

Art. - Artigo

CF - Constituição Federal

CIDH - Corte Interamericana de Direitos Humanos

CVDT - Convenção de Viena sobre Direito dos Tratados

HC - *Habeas Corpus*

ONU - Organização das Nações Unidas

RE - Recurso Extraordinário

Resp - Recurso Especial

RHC - Recurso de *Habeas Corpus*

STF – Supremo Tribunal Federal

STJ – Supremo Tribunal de Justiça

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	10
2 PANORAMA HISTÓRICO DA INCORPORAÇÃO DOS TRATADOS INTERNACIONAIS À JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL	13
2.1 Teoria Dualista	15
2.2 Teoria Monista: Nacionalista, Internacionalista Dialógica	17
3 POSIÇÃO HIERÁRQUICA DOS TRATADOS INTERNACIONAIS NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO	19
3.1 Tratados de Direitos Humanos com Status Constitucional	21
3.2 Tratados de Direitos Humanos com Status Supralegal	22
4 SUPREMACIA CONSTITUCIONAL E OS TRATADOS	26
4.1 Cláusulas Pétreas: a Intangibilidade de Proteção Internacional do Ser Humano	28
4.2 Normas Constitucionais Inconstitucionais	30
4.3 A Constituição na Concepção Sociológica de Ferdinand Lassale	33
5 MUTAÇÃO CONSTITUCIONAL	35
5.1 O Expansionismo da Mutação Constitucional e a sua Limitação.	36
5.2 A Sistematização de Aplicação da Mutação Constitucional	39
5.3 A Crítica da Doutrina Brasileira	44
6 OS TRATADOS INTERNACIONAIS COMO FUNDAMENTO DA MUTAÇÃO CONSTITUCIONAL	47
6.1 Os Tratados Internacionais e Mutação Manifestamente Inconstitucional.	47
6.2 A Revogação e a Inconstitucionalidade de Tratado Internacional para Efeitos da Mutação Constitucional	50
6.3 Os Eventos Internacionais e a Mutação Constitucional	53
6.4 Influência das Jurisprudências Internacionais	55
6.3.1 Era jim crow	57
7 ASPECTO JURISPRUDENCIAL	60
7.1 Decisões sobre a Prisão Civil do Depositário Infiel (RE 466.343/SP; HC n° 90.450/MG; HC n° 94.695/RS; HC n° 98.893 MC/SP; HC 96.772/SP)	60
8 CONCLUSÃO	66
REFERÊNCIAS	69

1 INTRODUÇÃO

O presente trabalho é uma apreciação acadêmica sobre os tratados internacionais como fundamento da República brasileira com base no que a doutrina chama de mutação constitucional. No processo de redemocratização, o Constituinte Originário efetivou o Estado Democrático de Direito, elencando os fundamentos da República Federativa do Brasil, que são responsáveis por assegurar os elementos de interpretação e integração do texto constitucional.

A soberania é o ponto de partida para resguardar a vontade do Constituinte Originário e garantir a sua permanência no tempo, para que nenhuma ideologia política provoque uma ruptura no sistema jurídico constitucional, dando surgimento a um novo Estado, o que seria um grande risco a estabilidade de direitos e garantias.

E para evitar esse risco à ordem jurídica vigente, a modificação do Texto Supremo segue o procedimento rígido formal, preservando as cláusulas pétreas estabelecidas pelo poder inicial, que passa pela ritualística do processo conhecido como Emenda Constitucional.

Por outro lado, é claro que o referido processo é moroso, o que atrasa o aprimoramento do sistema constitucional. Não obstante, surge outra possibilidade de alteração dos dispositivos constitucionais por meio do processo informal, conhecido como Mutação Constitucional, que não altera o texto, mas dará uma outra interpretação.

Esse procedimento informal já é reconhecido no ordenamento jurídico brasileiro pelo Supremo Tribunal Federal. No entanto, assim como a modificação formal, a Mutação Constitucional também respeitará os parâmetros elencados na Constituição, não violando as cláusulas pétreas trazidas pelo Constituinte.

O Supremo Tribunal Federal reconheceu vários casos de Mutação Constitucional, dentre eles: o Habeas Corpus nº 82.959/SP, que tratava sobre a individualização da pena; o Mandado de Segurança nº 26.602 sobre Fidelidade Partidária e a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 132/RJ, em conjunto com a Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4277/DF que versava sobre União Homoafetiva.

Os direitos e garantias expressos na Constituição não excluem outros decorrentes dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte (art. 5º, §2º da CF). Diante disso, surge uma consideração importante: Os Tratados Internacionais de Direitos Humanos também podem ser fundamento para o processo de modificação informal da Constituição Federal?

E para responder essa indagação, o presente artigo analisou a incorporação dos Tratados Internacionais à Jurisdição Constitucional e destacou os fundamentos teóricos de relações entre direito interno e internacional.

Destas constatações, também observou sobre a posição hierárquica dos tratados em detrimento da Constituição Federal, analisando se possui status constitucional (art. 5º, §3º, da CF) ou supralegal (RE 466.343/SP), sendo necessário sanar as controvérsias acerca da aplicabilidade dos tratados em conflito com a Constituição Federal.

Posteriormente, foi necessário enfrentar uma questão polêmica que paira sobre a doutrina e jurisprudência, que é a solução em caso de conflito entre norma de direito interno e de direito internacional. Foi apurado que o caminho para essa solução, é a elevação do princípio *pro homine* ou humanidade, prevalecendo aquela norma que mais resguardar o direito do indivíduo.

Sanado essa questão, o trabalho visou resolver mais uma problemática, mas essa versa sobre a revogação ou inconstitucionalidade de um Tratado Internacional de Direitos Humanos pelo Estado brasileiro que foi fundamento para nortear a Mutação Constitucional.

Além disso, aprofundou sobre as mudanças sociais internacionais que podem alterar a Constituição Federal, como o caso de elaboração de um Tratado Internacional de Saúde Humanitária. Outrossim, o presente estudo ponderou a influência das jurisprudências internacionais no sistema constitucional, bem como o caso Jim Crow que é a relacionado como modificação informal da Constituição dos Estados Unidos, sendo influenciado por evento internacional, como o da Declaração Universal dos Direitos Humanos.

Passando por todas as considerações, o ponto conclusivo é a análise jurisprudencial nos julgamentos sobre a prisão civil do depositário infiel, tendo em vista que a Constituição dispõe que é possível a prisão do depositário (art. 5º, LXVII, da CF), mas o Pacto de São José da Costa Rica não permite a prisão por dívidas, exceto a do devedor de obrigação alimentícia, não admitindo a outra exceção estipulada.

E o Supremo Tribunal Federal sobre a prisão civil do depositário infiel (HC n° 90.450/MG; HC n° 94.695/RS; HC n° 98.893 MC/SP; HC 96.772/SP), entendeu pela aplicação do Pacto de São José da Costa Rica, pois é a que mais assegura o direito do indivíduo. Portanto, o trabalho analisou se esse foi um caso de Mutação Constitucional por meio de Tratado Internacional.

Entende-se por mutação constitucional a possibilidade doutrinária e jurídica de fazer uma alteração no sentido de uma norma sem precisar fazer uma mudança expressa no texto, ou seja, sem a necessidade de uma emenda constitucional. Dessa forma, a chamada interpretação conforma dada a um determinado artigo vai se adequar às transformações do tempo, sem que haja uma intervenção direta nele, podendo ocorrer pelo guardião da Constituição, o Supremo Tribunal Federal com base nos tratados internacionais de direitos humanos. Portanto, teor da norma permanece inalterado, mas o sentido é novo, pois visa, por exemplo buscar o que for mais benéfico para o ser humano. Portanto, sem que exista qualquer alteração no texto constitucional, a doutrina entende que se trata de um tipo de alteração informal ou chamada interpretação conforme os valores da Lei Maior.

Portanto, inicialmente não há qualquer alteração no seu texto, mas essa adequação pode ocorrer posteriormente com a invalidação ou supressão de uma palavra, por exemplo. É considerada alteração informal porque não são cumpridos os requisitos legislativos formais necessários à modificação do seu conteúdo textual ou não há uma sentença do Supremo definitiva transitada em julgado determinado a retirada daquele conteúdo.

2 PANORAMA HISTÓRICO DA INCORPORAÇÃO DOS TRATADOS INTERNACIONAIS À JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL

Ab initio, para um melhor entendimento é necessário fazer um recorte base nos fatos pretéritos envolvendo a temática, abordando os diversos aspectos para a incorporação dos tratados internacionais ao ordenamento jurídico brasileiro, sendo que, o enfoque será para a contextualização do cenário internacional pós-Segunda Guerra, quando as organizações intergovernamentais começam a exercer um papel de destaque, inovando o Direito Internacional Público Contemporâneo.

A Carta de São Francisco cria em 1945 a Organização das Nações Unidas, que vem substituir o antigo organismo internacional que estava paralisado, a chamada Liga ou Sociedade das Nações, que tinha sua sede em Genebra, na Suíça. O Brasil faz parte da conferência da criação da ONU e aparece como um dos 51 países fundadores da organização, que teve uma assembleia geral em Londres, mas começou a funcionar dois anos depois da sua fundação em Nova York, mas com sedes espalhadas pelo mundo, entre as quais a de Genebra e outras em Viena, por exemplo.

Antes disso havia tratados internacionais desde do século XIX, entre os quais os tratados de Haia que cuidaram das questões dos conflitos armados. As Leis de Genebra também cuidam do chamado Direito Humanitário, que culmina com a criação do Tribunal Penal Internacional. Por isso tudo, fica patente que os tratados permeiam pelos menos os três séculos, mas sempre com problemas de guerras.

É certo que o Direito Internacional Público não é recente, sendo tão antigo como a civilização em geral, sendo consequência necessária e inevitável de toda a sociedade¹, sendo que há relatos de um tratado internacional celebrado em Hatsuil, o rei dos Hititas e o faraó do Egito, Haneses II. A Idade Média registra também vários tratados de natureza diversa. Inicialmente, as normas não possuíam a estrutura e a expansão que existe atualmente, sendo aplicado, inicialmente, entre povos e comunidades, objetivando a proteção externa entre eles.

Ainda não é possível vislumbrar os preceitos do direito internacional nessas relações, sendo mais um delineamento de direito doméstico, pois os romanos

¹ KORFF, Serge A. Introduction à l'histoire du droit international, in Recueil des Cours, vol. I (1923-I), p. 21. Sobre o tema, cf. ainda a incursão histórica que faz Paulo Borba Casella, Direito internacional no tempo antigo, São Paulo: Atlas, 2012, p. 165-464.

criaram um tipo de direito para os povos conquistados o Direito das Gentes, que se opunha ao direito dos cidadãos romanos.

Por outro lado, os fatores sociais e religiosos começaram a dar surgimento a elaboração de teses, levando o direito internacional como ciência, principalmente a partir das obras *De Jure Praedae* e *De Jure Belli ac Pacis*, do holandês Hugo Grotius (1585-1645), que então ficou conhecido como o “pai do Direito Internacional”.

Além disso, Grotius teve participação importante para a autonomia do Direito Público Internacional, a partir dos Tratados de *Münster* e *Osnabrück*, que finalizaram o conflito religioso entre católicos e protestantes nos reinos que compunham o Império Romano Germânico, conhecida como Guerra dos Trintas Anos (1618-1648). Com esse evento histórico, foi possível consolidar uma sociedade internacional com regras de pacificação de disputas e solidificar a soberania dos Estados.

Em momento posterior, o Congresso de Viena (1815) reconheceu as relações internacionais para restabelecer a ordem política na Europa, reunindo em Viena, os países que participaram das coligações militares até a derrota do ditador francês Napoleão Bonaparte, objetivando evitar outros conflitos como as guerras napoleônicas e proporcionado o debate sobre abolição do tráfico negreiro e do uso da mão de obra escrava nas colônias americanas.

Como mencionado, é importante dar um enfoque para as proteções internacionais do pós-Segunda Guerra, iniciando com a Carta das Nações Unidas (1945), que uniu forças entre os Estados para manter a paz e a segurança internacionais, e garantir que a força armada não será usada a não ser no interesse comum. A organização da ONU foi de vital importância para o crescimento do Direito Internacional, mas a elaboração da Convenção de Viena Sobre os Direitos dos Tratados deram um impulso ainda maior ao desenvolvimento das relações internacionais. No entanto, no tocante aos direitos humanos havia a necessidade de um dispositivo para estabelecer validade, classificação e outras questões como nulidade e anulabilidade dos tratados que violassem os direitos humanos.

O segundo marco, foi a Declaração Universal dos Direitos Humanos (1948), que estabeleceu entre os Estado, o respeito universal e efetivo dos direitos do Homem e das liberdades fundamentais através da cooperação com a Organização das Nações Unidas. Para o italiano Norberto Bobbio surge a terceira geração de

direitos, o que para muitos não deve ser visto como uma geração, mas como uma dimensão de direitos, nos quais os tratados estabelecem as regras.

Nesse mesmo diapasão, os Governos de Estados assinaram e ratificaram a Convenção Europeia de Direitos Humanos (1950), o que levou os Estados Americanos a assinarem na Conferência Especializada Interamericana, a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (1969).

Frise-se, por oportuno, que os Estados que ratificam os tratados internacionais, principalmente dos que versam sobre proteção dos direitos humanos, assumem a responsabilidade de reforçar o valor jurídico das normas protetivas, dando maior efetividade aos direitos, bem como a devida sanção aos Estados que violam a normativa internacional.

E essa relação dos Tratados Internacionais na ordem jurídica interna dos Estados merece uma análise sobre a sua eficácia e aplicabilidade, pois apresentará uma problemática quanto a sua hierarquia em relação ao direito doméstico.

Diante disso, duas correntes surgiram para resolver os problemas jurídicos, a dualista e a monista, mas ainda encontrará ramificações da segunda, a nacionalista e a internacionalista.

No entendimento de Charles Rousseau, o Direito Internacional e o Direito Interno são independentes, distintos, separados e impenetráveis, ou derivando do outro, o que implica uma concepção unitarista do direito.² No entanto, no Brasil essas normas previstas devem manter um diálogo, pois a própria Constituição Federal de 1988 estabelece que o seu rol de direitos previsto no art. 5º. é meramente exemplificativo, pois não excluem os vindos dos tratados internacionais no qual o Brasil seja parte. Portanto, há possibilidade de direitos e garantias individuais esculpidos nos tratados, ou seja, as chamadas “cláusulas pétreas” nas convenções de direitos humanos não apenas em nível das Nações Unidas, mas também da Organização dos Estados Americanos (OEA).

2.1 Teoria Dualista

De acordo com a teoria dualista, idealizada por Carl Heinrich, em 1923, o direito internacional e o direito interno são sistemas independentes, não possuindo

² ROUSSEAU, Charles. *Droit International Public*, v. I, Dalloz, 1970, p. 38.

relações de influência entre eles. Nesse caso, o Estado não estará sujeito ao direito internacional quando sua conduta for relacionada aos seus indivíduos, caberá ao direito interno regular essa relação. No entanto, caso seja uma relação entre Estados ou com as organizações internacionais, caberá aplicação do direito internacional.

Nesse raciocínio, não haveria conflitos entre os sistemas, ao passo que uma possui matéria de regulamentação totalmente distinta da outra, pois o Estado ao aceitar o Direito Internacional assume um compromisso preceito normativo secundário, prevalecendo o direito interno.

A respeito da corrente dualista, Valério de Oliveira Mazzuoli afirma que:

as normas de Direito Internacional têm eficácia somente no âmbito internacional, ao passo que as normas de Direito interno só têm eficácia na ordem jurídica interna, de forma que para o ingresso das normas internacionais provenientes de tratados no ordenamento jurídico pátrio, após a ratificação, far-se-ia necessário incorporar legislativamente o conteúdo desses instrumentos ao ordenamento interno (técnica da “incorporação legislativa”).³

Na visão dualista, as disposições de Direito Internacional produzirão seus efeitos aos indivíduos depois de incorporar ao ordenamento interno, o que impossibilita conflitos entre os dois sistemas, já que os indivíduos ainda estão sujeitos ao Direito Interno, mas de matéria internacional.

Em síntese, esse posicionamento decorre da supremacia do Estado, impondo o direito interno com preceito normativo primário e que será o instrumento para transportar o conteúdo internacional para executoriedade no território nacional. No entanto, essa soberania do Estado tem sido mitigada, não apenas pela aceitação dos tribunais, com a Corte Interamericana de Direitos Humanos e o Tribunal Penal Internacional, mas também em decisões do Supremo Tribunal Federal que reconhecem a supremacia dos tratados de direitos humanos em relação às normas internas, como no caso da revogação da prisão civil por dívida com base na Convenção Americana de Direitos Humanos ou Pacto de San José da Costa Rica.

³ MAZZUOLI, Valério de Oliveira. Curso de direito internacional público. 13. ed. – Rio de Janeiro: Forense, 2020, p. 34.

2.2 Teoria Monista: Nacionalista, Internacionalista Dialógica

A teoria monista, cujo principal defensor foi Hans Kelsen com a "*Les Rapports de Système entre le Droit Interne et le Droit International Public*", parte do entendimento que o sistema jurídico é uno, do qual as normas jurídicas internacionais não precisam de "conversão" ao ordenamento interno, possuindo aplicabilidade imediata aos indivíduos.

Segundo essa concepção, a necessidade de regulamentação deve estar formulada na própria Constituição do Estado, caso possuir esse imperativo, os tribunais do Estado são competentes para aplicar o Direito Internacional diretamente.⁴

Para os adeptos dessa teoria, o Estado é soberano para constituir a sua ordem jurídica e sua adesão à jurisdição internacional reforça ainda mais a sua soberania, visto que é a aplicação de um só direito. Como observa Celso de Albuquerque Mello: O direito internacional é um direito interno que os Estados aplicam na sua vida internacional⁵. Esse posicionamento é consagrado pela unicidade do sistema jurídico, que não aceita a existência de dois ordenamentos autônomos.

O reconhecimento da teoria monista por parte do Estado implica em saber qual direito deve ser aplicado quando surgir conflitos de aplicabilidade, o que deve ser resolvido com a hierarquia. No entanto, o entendimento não é unânime em qual deve prevalecer, seja o direito interno ou direito internacional.

Com isso, há entendimento que prevalecerá a ordem jurídica nacional, devido a soberania do Estado e outros entendem que deve sempre prevalecer o Direito Internacional em conflito com o Direito interno. Assim, surgem outras teorias ramificadas da teoria monista: a nacionalista, a internacionalista e a internacionalista dialógica.

A teoria *monista nacionalista* preconiza que o direito interno deve prevalecer sobre a ordem jurídica internacional, e isso decorre da Supremacia da Constituição, que é a expressão de vontade do próprio povo, por meio de seus representantes.

Outrossim, a incorporação do direito internacional acontece em razão do próprio direito interno, que autoriza a sua aplicação no ordenamento jurídico. Sob esse

⁴ KELSEN, Hans, Teoria Geral do Direito e do Estado, 2000, p. 367.

⁵ MELLO, Celso D. Albuquerque. Curso de Direito Internacional Público, 2000, p. 105.

ponto de vista, para o direito internacional ter validade estará subordinado a vontade do Estado e no caso de conflitos com sua ordem jurídica, sempre prevalecerá essa.

Na visão da *teoria monista internacionalista*, desenvolvida pela Escola de Viena, a unidade da ordem jurídica nacional e internacional não é fragmentada no conflito entre elas. Por outro lado, a ordem jurídica interna está subordinada à ordem jurídica internacional, devido ao princípio *pacta sunt servanda*, impondo ao Estado o cumprimento de suas obrigações internacionais.

Para essa corrente, se as normas do direito internacional regem a conduta da comunidade internacional, nenhum ator, seja um Estado ou uma organização internacional, pode revogar unilateralmente essas normas.⁶

Assim, a ordem jurídica interna deve respeitar as regras do direito internacional para ser válida. Além disso, esta teoria não reconhece a possibilidade de conflito entre os dois sistemas jurídicos, pois Leis internas, em posição inferior, nunca podem violar normas superiores, ou seja, Internacional.

Surge uma outra corrente, a *monista internacionalista dialógica*, trazida por Valério de Oliveira Mazzuoli, que preceitua a possibilidade de diálogo entre os dois direitos quando o conflito tratar de direitos humanos, aplicando a mais benéfica no caso concreto em detrimento da outra.

Frise-se que essa visão dialógica encontra-se presente na Convenção Americana sobre Direitos Humanos de 1969, art. 29, alínea b, segundo a qual nenhuma das disposições da Convenção pode ser interpretada no sentido de limitar o gozo e exercício de qualquer direito ou liberdade que possam ser reconhecidos em virtude de leis de qualquer dos Estados-partes ou em virtude de Convenções em que seja parte um dos referidos Estados.

Assim, no monismo internacionalista dialógico, a discussão não reside em identificar qual direito é superior, mas estabelecer qual a norma mais favorável ao ser humano, consagrando princípio internacional *pro homini*. Esse princípio também é denominado pro-persona, sendo muito utilizado no âmbito do Sistema Interamericano, tanto nas posições da Comissão Interamericana, como nos julgamentos efetivos na CIDH.

⁶ MAZZUOLI, Valério de Oliveira. Curso de direito internacional público. 13. ed. – Rio de Janeiro: Forense, 2020, p.111.

3 POSIÇÃO HIERÁRQUICA DOS TRATADOS INTERNACIONAIS NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

Há uma doutrina divergente no tocante à posição dos tratados internacionais no ordenamento brasileiro, em especial os que versem sobre direitos humanos. Visto o contexto inicial da relação do Tratado com Estado, deve-se passar à apresentação da incorporação dos Tratados Internacionais e o seu relacionamento com os demais atos normativos da ordem jurídica interna. Importante que a doutrina revela segundo Francisco Rezek, Valério de Oliveira Mazzuoli e outros, que os tratados podem ser divididos em dois grandes grupos: os que versam sobre direitos humanos e os restantes, que trazem temas relevantes de outra e qualquer natureza. Podem ser ainda classificados levando em conta vários aspectos, sendo que há tratados bilaterais e a partir de três partes, os multilaterais. Os tratados de duas partes são chamados de contratos, enquanto há os que estabelecem normas a serem seguidas, como a Convenção de Viena das Relações Diplomáticas. Estes são chamados de tratados-lei, uma vez que os países que assinaram e ratificaram estão obrigados a cumpri-los pelo princípio da boa-fé e pelo *pacta sunt servanda*.

Preliminarmente, é necessário ressaltar que o Poder Constituinte Originário estabeleceu no § 2º do art. 5 da Constituição Federal que os direitos e garantias expressos na Magna Carta não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, além dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte. Portanto, o legislador originário reconheceu o ordenamento internacional como fonte de direitos para os brasileiros e estrangeiros que estão no País.

É nesse momento que começa a análise da incorporação na ordem jurídica interna, pois como se observa do dispositivo, os direitos e garantias presentes nos tratados ratificados pelo Estado Brasileiro não serão excluídos do bloco de constitucionalidade. No entanto, a doutrina e o próprio Supremo Tribunal Federal divergem no tocante à hierarquia desses tratados. No entanto, importante ressaltar que a Convenção de Viena dos Direitos dos Tratados traz fases que são internacionais, que começam com a negociação e passam pela assinatura do tratado por pessoa que tenha plena capacidade. A outra fase é a da ratificação, na qual o tratado passa a ter validade no ordenamento jurídico brasileiro e internacional, vindo

depois o depósito e o registro, sendo que a secretaria das Nações Unidas acolhe os documentos.

Por outro lado, há ainda as etapas internas que são o processo legislativo parlamentar e ainda a promulgação e publicação, que fazem parte do ritual.

Sabe-se, que esse dispositivo traz a possibilidade de existência de direitos implícitos, reconhecendo a *dupla fonte normativa* do sistema de direitos e garantias, aquela advinda do Direito Interno e aquela outra advinda do Direito Internacional dos Direitos Humanos⁷, o que é aceito pela comunidade internacional democrática.

Em contrapartida, essa dualidade de fontes não pacificou a relação do direito interno e direito internacional, pois no caso da prisão civil, por exemplo foram cinco votos pela supra legalidade e quatro votos preconizavam a criação de um bloco de constitucionalidade.

Segundo Valério de Oliveira Mazzuoli, em caso de conflitos, o intérprete deve optar pela fonte que proporciona a norma mais favorável à pessoa protegida, mas ainda em sede doutrinária outros autores defendiam que o ingresso dos tratados internacionais está em outro âmbito de hierarquia normativa, sendo aplicado quando não contrariar a Constituição.

O entendimento do Supremo Tribunal Federal ainda não era pacífico, a posição majoritária entendia que os tratados internacionais ratificados pelo Estado têm nível de lei ordinária (HC 72.131/RJ⁸). Por outro lado, o Ministro Carlos Velloso, entendeu que os tratados de direitos humanos possuem status constitucional (HC 82.424-2/RS⁹) e o Ministro Sepúlveda Pertence passou a admitir que não teria status de norma ordinária e nem de norma constitucional, mas de status supralegal (HC 79.785/RJ¹⁰, Informativo do STF, nº 187, de 29.03.2000). Fica patente, portanto, que os tratados são superiores à legislação ordinária e devem ser levados em conta para

⁷ MAZZUOLI, Valério de Oliveira. op. cit, p. 1196.

⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus 72.131-1, julg. em 20.11.95, Impetrante: Marcello Ferreira de Souza Granado. Paciente: Lairton Almagro Vitoriano da Cunha. Relator: Min. Marco Aurélio. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=73573>. Acesso em: 15 set. 2022.

⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus 82424, julg. em 17.09.03, Impetrante: Werner Cantalício João Becker. Paciente: Siegfried Ellwanger. Relator: Min. Moreira Alves. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur96610/false>. Acesso em: 15 set. 2022.

¹⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RHC 79.785/RJ. Tribunal Pleno. Relator: Min. Sepúlveda Pertence. julg. em: 29.03.2000. Publicado no DJ de 22.11.2002. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/processo/listarprocesso.asp>. Acesso em 16 de set. de 2022.

darem mais direitos, ou seja, quando a proteção internacional for mais efetiva que a doméstica. No entanto, a discussão doutrinária deveria ser pacificada pelo Supremo, visto que existem atualmente três tratados em nível de ONU e um da OEA aprovados com quatro votações de 3/5, duas em cada casa, que sendo a Emenda nº 45 são equivalentes às emendas constitucionais.

3.1 Tratados de Direitos Humanos com Status Constitucional

Portanto, ainda resta essa questão, pois há dois tipos de tratados de direitos humanos validos no Brasil. Visando solucionar as controvérsias acerca da hierarquia, a Emenda Constitucional nº 45 de 2004, acrescentou o parágrafo § 3º do art. 5º da Constituição Federal, dispondo que “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”. A doutrina entende que essa equivalência seria formal e material, sendo que há, portanto, quatro tratados que fazem parte do chamado bloco de constitucionalidade.

De acordo com Valério de Oliveira Mazzuoli, em ratificação recentemente, o Brasil aceitou a Convenção Interamericana contra o Racismo, a Discriminação Racial e Formas Correlatas de Intolerância foi internalizada por meio desse processo complexo e recebeu status de emenda constitucional. Além dessa Convenção resultante da 43ª Sessão Ordinária da Assembleia Geral da Organização dos Estados Americanos (OEA), o Brasil adotou outros três tratados de direitos humanos com hierarquia constitucional:

- Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, assinado em Nova Iorque, em 30 de março de 2007;

- Protocolo Facultativo da Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, também assinado em Nova Iorque, em 30 de março de 2007.

- Tratado de Marraquexe para Facilitar o Acesso a Obras Publicadas às Pessoas Cegas, com Deficiência Visual ou com Outras Dificuldades para Ter Acesso ao Texto Impresso, estruturado pela Organização Mundial da Propriedade Intelectual (OMPI) em Marraquexe, em 28 de junho de 2013;

Segundo o novo parágrafo, para possuir hierarquia constitucional, os tratados precisam de aprovação de três quintos dos votos em cada Casa do

Congresso Nacional, redação idêntica à do art. 60, § 2º, da Constituição, que estabelece o *quórum* para a aprovação de uma Emenda Constitucional.

Nos termos do art. 49, inc. I, da Constituição, antes da Emenda Constitucional nº45, os tratados internacionais de direitos humanos eram aprovados por maioria simples no Congresso, o mesmo *quórum* para aprovar uma Lei Ordinária que possui *status* infraconstitucional. Dois dos mais importantes tratados, como a Declaração Universal dos Direitos do Homem e o Pacto de San José, entre centenas de documentos convencionais, foram aprovados com quórum de maioria simples.

Diante dessa mudança, não resta dúvidas que o constituinte derivado deu aos tratados de direitos humanos o status de norma constitucional perante os outros dispositivos da própria Constituição. Além disso, é importante destacar a efetiva responsabilização internacional do Estado brasileiro pelo descumprimento do tratado, devendo seguir os parâmetros da Constituição e dos Tratados aprovados pelo procedimento do art. 5, §3º da Constituição.

No entanto, a redação do dispositivo foi insuficiente, não solucionando a problemática entre dispositivos constitucionais e tratados que versam sobre direitos humanos, já que não deixou claro sobre os tratados aprovados antes da Emenda Constitucional nº 45.

Os compromissos assumidos anteriormente pelo Brasil seguiam a ritualística do art. 49, I da Constituição, mas seria perigoso o constituinte conferir status constitucional apenas aos tratados de direitos humanos aprovados art. 5, §3º da Constituição, ocultando esse status para aqueles aprovados antes da mudança. Importante seria uma posição da mais alta Corte para colocar fim à discussão doutrinária e reforçar inclusive o controle de convencionalidade solidificado nos julgamentos da CIDH.

3.2 Tratados de Direitos Humanos com Status Supralegal

Visando solucionar essa problemática, o Supremo Tribunal Federal no recurso extraordinário 466.343/SP, entendeu que Emenda Constitucional trouxe um caráter especial dos tratados de direitos humanos, conferindo um lugar privilegiado na ordem jurídica interna. A temática não é nova pois o Código Tributário Nacional traz no seu art. 98 a denominada supralegalidade. A Lei 5.172/66, que foi considerada recepcionada pelo Supremo Tribunal Federal diz no referido artigo: “Os tratados e as

convenções internacionais revogam ou modificam a legislação tributária interna, serão observados pela que lhes sobrevenha”. Portanto, a primazia dos tratados nessa matéria, não apenas revogando as normas internas, mas prevalecendo nos casos concretos.

Devido a insuficiência de efetivar a proteção dos direitos humanos (art. 4º, II da Constituição Federal), essa mudança encerra a discussão de legalidade ordinária dos tratados ratificados anteriormente pelo Brasil, pois equipará-los à legislação ordinária seria omitir sua importância no contexto do sistema de proteção dos direitos da pessoa humana.

E no referido julgamento do RE 466.343/SP, considerando que a prisão civil do depositário infiel é ilícita, o Pretório Excelso reconhece a natureza supraconstitucional dos tratados e convenções em matéria de direitos humanos, conforme trecho do voto do Ministro Gilmar Mendes:

Por conseguinte, parece mais consistente a interpretação que atribui a característica de supra legalidade aos tratados e convenções de direitos humanos. Essa tese pugna pelo argumento de que os tratados sobre direitos humanos seriam infraconstitucionais, porém, diante de seu caráter especial em relação aos demais atos normativos internacionais, também seriam dotados de um atributo de supralegalidade.¹¹

Nesse sentido, diante da *supralegalidade* invocada pelo Supremo Tribunal Federal, as normas status infraconstitucional que conflitar com os tratados de direitos humanos, terão a sua eficácia paralisada.

Perceba que há uma dualidade de efetivação da dignidade da pessoa humana, seja através da própria Constituição Federal ou dos tratados de direitos humanos em que o Brasil seja parte.

Na visão do Professor Valério Mazzuoli, seria mais apropriado que o constituinte determinasse que todos os tratados de direitos humanos pelo Brasil ratificados têm hierarquia constitucional, aplicação imediata e, ainda, prevalência sobre as normas constitucionais.¹²

¹¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário 466.343, julg. em 03.12.08, especialmente o Voto-vista do Min. Gilmar Mendes. Recorrente: Banco Bradesco S/A. Recorrido: Luciano Cardoso Santos. Relator: Min. Cezar Peluso. Diário da Justiça Eletrônico, 5 jun. 2009b. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=595444>. Acesso em: 15 set. 2022.

¹² MAZZUOLI, Valério de Oliveira. op. cit, p. 782.

E essa dualidade faz com que, em caso de conflito, o intérprete escolha a fonte que forneça a norma mais favorável à pessoa (*princípio pro homine*), objetivando efetivar os sistemas de proteção dos direitos humanos. Conclui-se que por força desse princípio, quando se tratar de normas que asseguram um direito, vale a que mais assegura de maneira mais eficaz e mais ampla o exercício de um direito.

Nesta seara, é possível encontrar nos ordenamentos jurídico latino-americanos diversos entendimentos no sentido de dar aplicabilidade direta aos Tratados Internacionais, configurando caráter especial da jurisdição internacional na proteção de Direitos Humanos, não excluindo a Constituição, sendo mais um mecanismo de interpretação.

Como por exemplo, a Constituição da Colômbia ¹³reconheceu o “bloco de constitucionalidade”, adotando a integração de princípios e normas de direito interno e internacional como forma de tutelar a Proteção dos Direitos Humanos:

Los tratados y convenios internacionales ratificados por el Congreso, que reconocen los derechos humanos y que prohíben su limitación en los estados de excepción, prevalecen en el orden interno. Los derechos y deberes consagrados en esta Carta, se interpretarán de conformidad con los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Colombia.¹⁴

Obviamente, essa disposição implica que o Estado colombiano deve se adaptar as normas de hierarquia inferior do ordenamento jurídico interno ao conteúdo do direito internacional humanitário, a fim de tutelar a Proteção de Direitos Humanos.¹⁵

A semelhança com à jurisdição constitucional brasileira é que visa harmonizar às controvérsias acerca da hierarquia, uma vez que a garantia dos direitos da pessoa humana é o ponto comum aos dois sistemas.

Para a brasileira que atualmente é comissionada no Sistema Interamericano, Flávia Piovensan, a Constituição de 1988 intensifica a interação e conjugação do Direito internacional e do Direito interno, que fortalecem a sistemática

¹³ COLOMBIA. Constituição Política da República da Colômbia. Disponível em: <https://siteal.iiep.unesco.org/pt/bdnp/193/constitucion-politica-republica-colombia>. Acesso em: 22 out. 2022.

¹⁴ Os tratados e convenções internacionais ratificados pelo Congresso, que reconhecem os direitos humanos e proíbem sua limitação em estados de exceção, prevalecem na ordem interna. Os direitos e deveres consagrados nesta Carta serão interpretados de acordo com os tratados internacionais de direitos humanos ratificados pela Colômbia (**Tradução nossa**).

¹⁵ UPRIMNY, Rodrigo. El bloque de constitucionalidad en Colombia: un análisis jurisprudencial y un ensayo de sistematización doctrinal. 2001, p. 17. Disponível em: https://www.dejusticia.org/wp-content/uploads/2017/04/fi_name_recurso_46.pdf. Acesso em: 16, jun 2022.

de proteção dos direitos fundamentais, constituindo um verdadeiro processo de internacionalização do Direito Constitucional somado ao processo de constitucionalização do Direito Internacional.¹⁶

E por essa internacionalização do Direito Constitucional, o Supremo Tribunal Federal entendeu no RE 466.343/SP que os tratados não aprovados pela sistemática do art. 5º, §3 da Constituição Federal, possuem status de norma supralegal, estando acima das leis ordinárias, mas abaixo da Constituição Federal.

¹⁶ PIOVESAN, Flávia. Tratados Internacionais de Proteção dos Direitos Humanos: Jurisprudência do STF. p. 24. Disponível em: <http://www.oas.org/es/sadye/inclusion-social/protocolo-ssv/docs/piovesan-tratados.pdf>. Acesso: 16 de jun 2022.

4 SUPREMACIA CONSTITUCIONAL E OS TRATADOS

A Jurisdição Constitucional na defesa do Estado Democrático de Direito assegura obediência às regras constitucionais, aos princípios e a proteção dos direitos fundamentais garantidos na Constituição Federal e nos Tratados de Direitos Humanos, o que inclusive consta textualmente no parágrafo do art. 5 da Suprema Carta, que assegura que o rol de direitos e garantias é meramente exemplificativo.

Desta forma, a jurisdição se alinha a um sistema rígido com objetivo de resguardar a soberania do Poder Constituinte Originário e manter a Supremacia da Constituição. Entender a Constituição como a Lei Fundamental não significa apenas reconhecer sua supremacia no ordenamento jurídico, mas, estabelecer mecanismos suficientes para segurança jurídica.

Nesse diapasão, outro mecanismo de proteção ao Estado Democrático de Direito também pode ser encontrado dentro do Direito Internacional. É preciso superar o entendimento de que a vontade do Poder Constituinte Originário não está expressa nos Tratados Internacionais. Isso está mais que claro, pois na Constituição Federal, em seu art. 5º, § 2º dispõe que “os direitos e garantias expressos na Constituição não excluem outros direitos decorrentes dos tratados internacionais”, a *contrário sensu*, se o Constituinte Originário estabeleceu essa dupla fonte normativa de direitos, ele já estava prevendo a possibilidade de que a Supremacia da Constituição estaria preservada. Bem, importante apenas ressaltar que o referido capítulo é o chamado “Bill of Rights” constitucional e o dispositivo deixa claro que os tratados de direitos humanos vão trazer direitos, deveres e garantias que foram produzidos nos âmbitos das organizações internacionais, quer seja as Nações Unidas ou a Organização dos Estados Americanos.

Essa incorporação dos Tratados Internacionais não ofende a Supremacia da Constituição, na verdade, fortalece a obediência aos dispositivos constitucionais, e isso decorre da própria vontade do Constituinte ao dispor o art. 5º, § 2º da Magna Carta.

Neste cenário, os Tratados Internacionais de Direitos Humanos são alicerces para estabilizar a Supremacia Constitucional, constituindo a unidade de proteção ao Estado Democrático de Direito. Acerca disso, Hans Kelsen, em sua obra Teoria Pura do Direito ensina brilhantemente que:

A ordem jurídica não é um sistema de normas jurídicas ordenadas no mesmo plano, situadas umas ao lado das outras, mas é uma construção escalonada de diferentes camadas ou níveis de normas jurídicas. A sua unidade é produto da relação de dependência que resulta do fato de a validade de uma norma, se apoiar sobre essa outra norma, cuja produção, por seu turno, é determinada por outra, e assim por diante, até abicar finalmente na norma fundamental–pressuposta. A norma fundamental hipotética, nestes termos – é, portanto, o fundamento de validade último que constitui a unidade desta interconexão criadora.¹⁷

O conjunto de proteção ao Estado Democrático de Direito, tem como consequência a Supremacia Constitucional, essa unidade vislumbrada pela concepção kelsiana, resulta de vários elementos, que estão presentes tanto na Constituição, como nos Tratados Internacionais de Direitos Humanos.

Nas lições do argentino Germán Bidart Campos, a supremacia constitucional pressupõe uma gradação hierárquica da ordem jurídica derivada, que é escalonada em diferentes planos. Sendo que os superiores subordinam os inferiores para todos serem subordinado à Constituição. E com isso, nasce formas de adequação da Supremacia Constitucional através de direito internacional, estabelecendo um sistema de integração com a ordem jurídica interna.¹⁸

Los modos de adecuar la supremacía constitucional a esta nueva realidad son variables y propios de cada estado. Los hay que colocan al derecho internacional con prioridad sobre todo el derecho interno, incluida la misma constitución. Los hay que confieren al derecho internacional de los derechos humanos el mismo nivel de la constitución. Otros, sólo dan prelación a ese derecho respecto de las leyes.¹⁹

Essa forma de integração do sistema constitucional com o internacional permite uma maior segurança e estabilidade da Supremacia Constitucional, tendo em vista que o Sistema Internacional de Proteção de Direitos Humanos tem ganhado força, responsabilizando Estados que descumprem os tratados aos quais são signatários e tenham feito a ratificação.

Sob o mesmo ponto de vista, partindo do pressuposto que a Emenda Constitucional nº 45 trouxe as diversas modificações do Poder Judiciário, além de trazer matérias de Direito Internacional. É importante ressaltar que também foi

¹⁷ KELSEN, Hans. Teoria pura do direito. 6 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2000, p. 249.

¹⁸ BIDART Campos, Germán J. Teoría General de los Derechos Humanos. Universidad Nacional Autónoma de México. México, 1989, p. 39.

¹⁹ As formas de adequar a supremacia constitucional a essa nova realidade são variáveis e específicas de cada estado. Há quem dê prioridade ao direito internacional sobre todo o direito interno, incluindo a própria constituição. Há aqueles que conferem ao direito internacional dos direitos humanos o mesmo nível que a constituição. Outros só dão prioridade a esse direito em relação às leis (**Tradução nossa**).

intenção do Constituinte Derivado dar maior efetividade a proteção dos Direitos Humanos, já que criou a figura do incidente de deslocamento de competência nas hipóteses de grave violação de direitos humanos.

Havendo violação, o Procurador-Geral da República configura como legitimado para suscitar o deslocamento de competência da Justiça Estadual para a Justiça, com a finalidade de assegurar o cumprimento de obrigações decorrentes de tratados internacionais de direitos humanos dos quais o Brasil seja parte. (art. 109, V-A, § 5º, da Constituição Federal).

Essa federalização das violações de direitos humanos rompe com o entendimento que os Tratados Internacionais referentes a essas matérias são incompatíveis com a Supremacia da Constituição, prevalecendo o que o saudoso Antônio Augusto Cançado Trindade entende por obrigações erga omnes de proteção²⁰, ou seja, todo ser humano deve ser incluído nesse rol de proteção.

Conclui-se que além de ser importante para garantir essa supremacia, a integralidade ou dupla fonte normativa possibilita que o Estado brasileiro cumpra com suas obrigações internacionais e não venha ser responsabilizado pelo seu descumprimento.

4.1 Cláusulas Pétreas: a Intangibilidade de Proteção Internacional do Ser Humano

No Direito Internacional, a Convenção de Viena sobre Direito dos Tratados (CVDT), reconhece em seu art. 64, as normas “*jus cogens*”, que constitui obediência a leis imperativas, estabelecendo que qualquer Tratado existente que estiver em conflito com essa norma torna-se nulo. Sob o mesmo ponto de vista, essa norma exprime valores éticos, que só se podem impor com força imperativa se forem absolutos e universais²¹. São normas imperativas reconhecidas como tais na doutrina internacional, que visam preservar valores que são essenciais à vida na sociedade global.

Por possuir intangibilidade, as normas imperativas resguardam os direitos e garantia de cada Estado, mas reconhecem que existem valores os quais os

²⁰ CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. Curso de Direito Internacional Público. Rio de Janeiro, Editora Renovar, volume I, 2000, p. 795.

²¹ RODAS, José Grandino. Jus cogens em direito internacional. Revista Da Faculdade De Direito, Universidade De São Paulo, 1974, p. 129.

Estados estão obrigados a assegurar. Essas normas visam bloquear os tratados tendentes ao genocídio, pirataria, tráfico de escravos, emprego ilícito de força e execução de qualquer outro ato que constitua crime perante o direito internacional. São apenas alguns exemplos desses tratados, mas há outros que vão surgindo dentro do progresso moral da humanidade, como afirma o italiano Norberto Bobbio.

A CVDT concedeu a *jus cogens* a impossibilidade de derrogação, reconhecendo sua rigidez ao modificar, sendo possível, exclusivamente, por norma ulterior de Direito Internacional geral da mesma natureza.

Importante observar que a norma imperativa vincula todos os Estados, que diferente das normas de direito dispositivo (*jus dispositivum*), busca dar resposta aos valores e interesses coletivos essenciais da comunidade internacional, exigindo regras qualificadas em virtude do seu grau de obrigatoriedade.²²

Sobre o tema, assim se expressou o saudoso Antônio Augusto Cançado Trindade, juiz da Corte Interamericana de Direitos Humanos:

A consagração das obrigações erga omnes de proteção representa a superação de um padrão de conduta erigido sobre a pretensa autonomia de vontade do Estado, do qual o próprio direito dos Tratados buscou gradualmente se liberar ao consagrar o conceito de *jus cogens*.²³

Embora seja possível considerar que apenas os Estados estão sujeitos às normas *jus cogens*, verifica a sua relação com as cláusulas pétreas dos Tratados Internacionais de Direitos Humanos, permitindo a sua incorporação dentro da ordem jurídica, independente se o acordo possui *status* constitucional ou de supralegalidade.

Na visão de Eduardo Correia Baptista, o Estado que sujeita a uma obrigação *jus cogens* encontra-se vinculado a respeitá-la em relação a todos os outros Estados sujeitos à norma que a impõe, independentemente de o seu desrespeito lhes acarretar qualquer dano.²⁴

Com isso, é possível considerar que a norma *jus cogens* serve como barreira contra qualquer atentado à Supremacia Constitucional. Em outras palavras, nenhuma outra ordem normativa será maior que a Constituição, mesmo aquelas de

²² SALA, J. B. "A política internacional e as regras de *jus cogens*". In Revista IMES. 2007, p. 33.

²³ CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. A Humanização do Direito Internacional. Belo Horizonte: Del Rey, 2006, p.117-118.

²⁴ BAPTISTA, Eduardo Correia. Direito Internacional Público – Conceitos e Fontes. Volume I, Lisboa: Editora Lex, 1998, p. 136/138.

direito interno ou internacional, o que se busca dos Tratados Internacionais de Direitos Humanos, é justamente a proteção da Lei Fundamental brasileira.

Perceba que a relação entre os direitos não deixa a Supremacia da Constituição ser objeto de violação, ao passo que o art. 60, §4º, III, da CF, dispõe que não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir os direitos e garantias individuais, e isso acontece a partir do ingresso de um tratado internacional de direitos humanos no ordenamento constitucional brasileiro, pois todos os seus dispositivos normativos passarão, desde seu ingresso, a constituir *cláusulas pétreas*, não mais podendo ser suprimidos.

Com efeito, os Tratados de Direitos Humanos constituem mais um amparo à Supremacia Constitucional, o que deve considerado como importante meio de efetivação do Estado Democrático de Direito, é como uma rede proteção, não permitindo que ninguém viole a sua essência.

4.2 Normas Constitucionais Inconstitucionais

No mesmo enfoque de Supremacia Constitucional, é preciso enfrentar mais um ponto importante, que é a hierarquia entre as normas constitucionais originárias estabelecidas pelo Poder Constituinte que elaborou a Lei Maior, que serão submetidas há um controle de constitucionalidade de umas em face de outras que foram acrescentadas à Constituição pelo Poder Constituinte Derivado, que apresenta como características a limitabilidade e a condicionalidade.

Essa tese de que normas constitucionais possam ser consideradas inconstitucionais na sua forma originária, iniciou com os estudos do jurista alemão, Otto Bachof, (*Verfassungswidrige Verfassungsnormen*) na sua aula inaugural na Universidade de Heidelberg em 20 de julho de 1951, entendendo que se uma norma Constitucional infringir uma outra norma da Constituição, positivadora de direito supralegal, haverá uma violação ao direito natural.

Segundo o professor Otto Bachof²⁵, às normas superiores de direito natural configura limitação ao Poder Constituinte Originário, caso uma norma

²⁵ BACHOF, Otto apud LEÃO, Marina Trindade; OPUSZKA, Paulo Ricardo. Normas constitucionais inconstitucionais: limitações ao poder constituinte derivado e ao poder constituinte originário ante teoria dos direitos humanos. Rio Grande do Norte: JURIS, 2013, p. 95. Disponível em: <https://periodicos.furg.br/juris/article/download/5698/3921/17792>. Acesso em: 07 de set 2022.

constitucional contrarie, em qualquer caso, ao direito natural, se faria a averiguação da legitimidade desta norma.

Neste sentido, vale a transcrição do quanto diz Luís Roberto Barroso:

A esse propósito, o Tribunal Constitucional Federal alemão, considerando-se competente para aferir essa constitucionalidade da constituição, reconheceu a existência de um direito suprapositivo, vinculativo para o próprio constituinte, ao declarar que “também uma norma constitucional pode ser nula, se desrespeitar em medida insuportável os postulados fundamentais da justiça”. É certo que o tribunal afirmou, também, que a ocorrência de normas originariamente inconstitucionais é quase impossível em Estados de legalidade democrática. Mas o problema pode ganhar dimensão em momentos de mudança política.²⁶

Para além da mencionada contrariedade ao direito supralegal, o Bachof também entende que se uma norma constitucional não vier a verificar-se, ou se falham as expectativas que manifestamente se ligaram à norma jurídica, haverá incompatibilidade, o que enseja a sua inconstitucionalidade.²⁷

O entendimento parece perigoso, já que em eventual mudança política, o dispositivo constitucional poderá ser alvo de incompatibilidade já que pode ser entendido que perdeu a sua eficácia.

Para o autor, o Constituinte Originário pode estabelecer regras gerais e exceções a essas regras dentro de uma mesma Constituição, no caso de não constituírem direito supralegal, o que permitiria controle de dispositivo constitucional não enquadrados a esse direito. É o que estabelecia a Constituição Imperial de 1824 que em seu artigo 178 estabelecia que:

É só Constitucional o que diz respeito aos limites, e atribuições respectivas dos Poderes Políticos, e aos Direitos Políticos, e individuais do cidadão. Tudo, o que não é Constitucional, pode ser alterado sem as formalidades referidas, pelas Legislaturas ordinárias.

Ao contrário, a Constituição Federal de 1988 tem a observância do princípio da Unidade da Constituição, o que não há hierarquia entre os seus dispositivos. Caso isso fosse permitido, o art. 242, §2 da atual Magna Carta, seria objeto de controle de constitucionalidade.

²⁶ BARROSO, Luís Roberto. Interpretação e aplicação da Constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 210.

²⁷ BACHOF, Otto apud LEÃO, Marina Trindade; OPUSZKA, Paulo Ricardo. op. cit, p. 120.

Para o Supremo Tribunal Federal, em Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 815-3 Distrito Federal, proposta pelo Governador do Estado do Rio Grande do Sul no ano de 1996, em que questionava a constitucionalidade dos parágrafos 1º e 2º do art. 45 da Constituição Federal de 1988, as cláusulas pétreas não são normas superiores a outros dispositivos da Constituição, são apenas dispositivos que asseguram a rigidez da Constituição, de que as normas que não serão objeto de alteração por vontade do poder derivado.

A Advocacia Geral da União baseando-se no princípio da unidade normativa da Constituição defendeu a constitucionalidade dos dispositivos, não havendo hierarquia entre as normas da Constituição, possuindo o mesmo valor constitucional.

Diante dessas considerações, para a teoria *Verfassungswidrige Verfassungsnormen* a Mutação Constitucional realizada por um Tratado Internacional enfrentaria um grande problema, que é o da mutabilidade de um dispositivo que está sendo objeto de inconstitucionalidade.

Como já mencionado, o processo de modificar informalmente a Constituição Federal deve respeitar a própria vontade do Poder Constituinte Originário. E neste caso, é evidente que um dispositivo que pode ser atacado pelo Controle de Constitucionalidade, não poderia sofrer o processo de Mutação Constitucional, o fundamento subjacente a essa ideia é o de unidade hierárquico-normativa da Constituição que as antinomias eventualmente detectadas serão sempre aparentes.²⁸

O dispositivo constitucional que apresentar dúvidas acerca da sua constitucionalidade não será objeto de modificação informal. Assim, essa teoria do jurista alemão, além de ser rechaçada pelo Supremo Tribunal Federal, também não ser vislumbrada em sede de Mutação Constitucional, pois todas as normas da constituição têm o mesmo valor, sendo insustentável a tentativa de supra e infraordenação de normas constitucionais.²⁹

Caso fosse aceito pela jurisdição constitucional, o Poder Judiciário estaria livre para modificar um dispositivo considerado inconstitucional, apenas para

²⁸ BARROSO, Luís Roberto. Interpretação e Aplicação da Constituição. São Paulo: Saraiva, 1996, p. 196.

²⁹ CANOTILHO, José Joaquim. Gomes. Direito Constitucional e Teoria da Constituição. 7.ª Edição - 5.ª Reimpressão, Editora Almedina, 2008, p.69.

dar eficácia e validade no mundo jurídico. Perceba o risco: o Poder Constituinte Originário ou Decorrente elabora uma norma inconstitucional e posteriormente o Poder Judiciário vem consertar a sua validade.

Portanto, estarão no mesmo plano de validade e eficácia as normas material e formalmente constitucionais e normas formal, mas não materialmente constitucionais, em observância à unidade normativa da constituição.

4.3 A Constituição na Concepção Sociológica de Ferdinand Lassale

A Constituição representa uma estrutura normativa superior a todas as demais no interior da ordem jurídica, que estrutura juridicamente o Estado por meio das funções pelas quais ela atua e estabelece solenemente os fundamentos para a realização dos direitos fundamentais.³⁰

Para o jurista alemão Ferdinand Lassalle (1825 – 1864), em sua obra “A essência da Constituição” (*Über die Verfassung*), a Carta Magna de um País é a soma dos fatores reais do poder que regem uma nação, quando incorporados a um papel, não são simples fatores reais do poder, mas sim verdadeiro direito.³¹

Outro aspecto na concepção de Lassalle é o reconhecimento do povo como fator real do poder e, por isso, também é parte integrante da Constituição. E haverá duas Constituições: a real integrada pelos fatores reais do poder que regem a sociedade, e a efetiva, constituição escrita, à qual, para distingui-la da primeira, denomina-se de folha de papel.³²

Segundo Lassalle³³, a expressão ‘folha de papel’ é alusiva à frase de Frederico Guilherme IV, que disse: Julgo-me obrigado a fazer agora, solenemente, a declaração de que nem no presente nem para o futuro permitirei que entre Deus do céu e o meu país se interponha uma folha de papel escrita como se fosse uma segunda Providência.

Acerca da Força Normativa da Constituição, Barroso³⁴ leciona que só chegou ao Brasil, de maneira consistente, ao longo da década de 80, tendo enfrentado

³⁰ DINIZ, Márcio Augusto Vasconcelos. Constituição e hermenêutica constitucional. Belo Horizonte: Mandamentos, 1998, p. 100.

³¹ LASSALLE, Ferdinand. A essência da Constituição. Trad. de Walter Stonner. Prefácio de Aurélio Wander Bastos. 2. ed. Rio de Janeiro: Liber Juris, 1998, p. 13.

³² op. cit, p. 25.

³³ op. cit, p. 25.

³⁴ BARROSO, Luís Roberto. Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção de novo modelo. São Paulo: Saraiva, 2018, p. 263.

as resistências previsíveis, cabendo à Constituição de 1988, bem como à doutrina e à jurisprudência que se produziram a partir de sua promulgação, o mérito elevado de romper com a posição mais retrógrada. É por isso que a Constituição encontra superioridade em relação às demais normas jurídicas pois é nela que se encontram a própria estruturação deste e as normas fundamentais de Estado.

5 MUTAÇÃO CONSTITUCIONAL

Diante do que já foi amplamente abordado neste trabalho, a rigidez constitucional desempenha um papel de extrema importância na efetivação e proteção da soberania do Poder Constituinte Originário, além de ser o vínculo de subordinação dos atos públicos e privados na Constituição de um Estado.³⁵

Na perspectiva de Bulos, a Constituição deve ser entendida como organismo vivo que acompanha a evolução das circunstâncias sociais, políticas e econômica, e pelo poder emanar do próprio povo, é necessário que essa vontade do Poder Constituinte também acompanhe esse desenvolvimento da sociedade. Na mesma linha de raciocínio, Friedrich Mülle entende que o constituinte não entrega a Constituição, não larga de mão, mas lhe é colocada à disposição para a práxis futura.³⁶

A necessidade de alteração da Constituição está atrelada ao Poder Constituinte Derivado que exerce através de procedimento formal de modificação do texto constitucional, conservando a essência da vontade do Constituinte Originário, sendo que o próprio constituinte originário pode indicar os princípios que não admitem modificações, como forma de manter a unidade no tempo do seu trabalho.³⁷

Esse procedimento de alteração muitas vezes é moroso, pois enfrenta o que a própria Constituição determina, que a proposta será discutida e votada em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, considerando-se aprovada se obtiver, em ambos, três quintos dos votos dos respectivos membros. Além de ser vedada emenda na vigência de intervenção federal, de estado de defesa ou de estado de sítio.

Surge um fenômeno, conhecido por Mutação Constitucional³⁸, iniciado pela doutrina alemã, mediante o qual os textos constitucionais são modificados sem revisões ou emendas, no entanto, não havia alteração na gramática do texto.

O percussor foi Paul Laband que examinou a Constituição Alemã de 1871, notando que o dispositivo constitucional poderia ser modificado informalmente sem alterar o próprio texto, com objetivo de acompanhar a situação constitucional do

³⁵ BULOS, Uadi Lammêgo. Curso de direito constitucional. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 70.

³⁶ MULLER, Friedrich, 1938. Fragmento (sobre) o poder constituinte do povo; tradução Peter Naumann. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

³⁷ MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Curso de Direito Constitucional 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 250.

³⁸ É possível encontrar diversas terminologias, bem como, transições constitucionais para Gomes Canotilho; vicissitude constitucional tácita para Jorge Miranda e processos de fato para Pietro Merola Chierchia.

império (*verfassungszustand*), distinguindo a *verfassungänderung* (reforma constitucional) da *verfassungswandel* (mutação constitucional).³⁹

Segundo o jurista alemão, Georg Jellinek, ao fazer uma comparação entre Reforma e Mutação Constitucional, entende que esta é a modificação que deixa o texto da Constituição ileso, sem alterá-lo formalmente, ocorrendo por fatos que não precisam ser acompanhados da intenção ou consciência.⁴⁰

Por reforma de la Constitución entiendo la modificación de los textos constitucionales producida por acciones voluntarias e intencionadas. Y por mutación de la Constitución, entiendo la modificación que deja indemne su texto sin cambiarlo formalmente que se produce por hechos que no tienen que ir acompañados por la intención, o conciencia, de tal mutación⁴¹

A noção da Mutação Constitucional é acompanhar a evolução das circunstâncias sociais, políticas e econômicas, modificando o alcance e o sentido de seus dispositivos da Constituição, sem precisar de um processo moroso, que apenas atrasa a sua essência, entendida por Bulos como organismo vivo.

Esse processo informal de modificação deve respeitar os preceitos estabelecidos pela Constituição Federal, sem contrariá-los, seguindo a mesma limitação que o poder reformador está submetido, caso contrário, haveria uma grande insegurança constitucional, alterando o sentido da norma e violando a Constituinte Originário.

5.1 O Expansionismo da Mutação Constitucional e a sua Limitação.

O constitucionalismo é inevitavelmente um processo construtivo que se desenvolve dentro da história, e não se encontra terminado.⁴² O poder inicial do constituinte originário deve ser estendido para vigorar no tempo, sendo acompanhado

³⁹ LABAND. As mudanças na constituição imperial alemã. Dresden, 1895. p. 2. Disponível em <http://resolver.sub.uni-goettingen.de/purl?PPN505500604>. Acesso em 22 out 2022.

⁴⁰ JELLINEK, Georg . Reforma y mutación de la Constitución. Tradução Christian Förster. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1991. p. 7.

⁴¹ Por reforma da Constituição entendo a modificação dos textos constitucionais produzidos por ações voluntárias e intencionais. E por mutação da Constituição entendo a modificação que deixa ileso seu texto sem alterá-lo formalmente, que é produzida por eventos que não precisam ser acompanhados da intenção, ou consciência, de tal mutação **(Tradução nossa)**

⁴² SOUSA, Pedro Ivo de. L'età dei diritti e dei doveri: per un costituzionalismo libero e responsabile. 2015. Tese (Doutorado em Direito) – Dipartimento di Giurisprudenza, Università Roma Tre, Roma, 2015. Disponível em: <https://arcadia.sba.uniroma3.it/handle/2307/5028>. Acesso em: 04 set. 2022.

pelas modificações que o constituinte derivado deve realizar de acordo com a evolução social.

A atividade jurídica pode ser analisada do ponto de vista formal ou material. No primeiro, investiga-se o processo de formação do ato. No segundo, considera-se o objeto em seu conteúdo.⁴³ É dessa forma que será analisada a expansão da mutação constitucional, a forma e o conteúdo do dispositivo, mas antes é preciso entender os limites que precisam ser enfrentados na sua modificação, para não gerar deformações maliciosas, nem subversões traumatizantes, o que pode considerar inconstitucional.

Na mesma linha de pensamento, Anna Cândida da Cunha Ferraz entende que a Mutação Constitucional é reservada somente para todo e qualquer processo que altere ou modifique o sentido e significado do dispositivo da Constituição, sem contrariá-la. Com isso, ultrapassando os limites constitucionais fixados, essas alterações são designadas como mutações inconstitucionais.⁴⁴

Bulos aponta três particularidade inerentes ao processo informal de alteração do dispositivo constitucional. A primeira é o fato que essa modificação não pode contrariar as disposições presente na própria Constituição, o que pode ser entendido como mudança inconstitucional, por violar o seu conteúdo. A segunda é o destaque para a natureza fática desse processo, devendo ocorrer de forma natural, sem qualquer influência externa. E, por fim, esse processo não pode ocorrer em momento idênticos, devendo ser levantadas apenas em situações distintas.⁴⁵

É o texto da norma que vai assumir a função de fixar os limites (Grenzfunktion) do processo informal de modificação, não permitindo outro sentido em direção contrária à Constituição.⁴⁶ Assim como o poder derivado está subordinado aos limites impostos pelo poder originário, seria contraditório não dar os mesmos limites para modificar a constituição sem alterar a gramática do texto. Essa elasticidade do texto normativo não pode provocar rompimento de direitos e garantias estabelecidos pelo Constituinte, atribuindo sentido totalmente diverso, concretizando uma verdade mutação inconstitucional.

⁴³ VEDEL, Georges. *Manuel Élémentaire de Droit Constitutionnel*. Paris: Librairie du Recueil Sirey, 1949, p. 112.

⁴⁴ FERRAZ, Anna Cândida da Cunha. *Processos informais de Mudança da Constituição: Mutações Constitucionais e Mutações Inconstitucionais*. São Paulo: 1986, p. 10

⁴⁵ BULOS, Uadi Lammêngo, *op. Cit*, p. 61.

⁴⁶ ADEODATO, João Maurício. *Ética e retórica: para uma teoria da dogmática jurídica*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 230-231.

Em julgamento de precedente no Tribunal Constitucional peruano, Domingo García Belaunde, observa que sob nenhuma circunstância, é possível manipular o sentido da Constituição e transportá-la como se fosse qualquer coisa, de forma a obrigá-la a dizer o que não diz.⁴⁷ No mesmo sentido, leciona a professora María Luisa Balaguer Callejón:

Quando se trata de um texto reinterpretado por uma nova realidade sócio-política, que destacou outro sentido da letra escrita, o problema se converte em uma questão de limites da mutação, e remete assim à questão geral de até onde pode ir a força de um texto sem incorrer em um excesso interpretativo⁴⁸

E ao enfrentar os limites, essa mutação pode ser considerada inconstitucional pelo fato de processos que mudança da Constituição contrariar a sua letra ou espírito ou em processos atípicos originados pela inercia dos poderes constitucionais, deixando de ser aplicar a norma de forma voluntária por quem tinha a competência de executá-la.

Para minimizar a ocorrências das mutações constitucionais, Anna Cândida da Cunha entende pela necessidade de fixação de prazos para efetivação das normas nas matérias mais relevantes e uma perspectiva para o seu descumprimento, responsabilizando aqueles que são competentes para o cumprimento da norma.⁴⁹

Devida a expansão que a Mutação Constitucional tomou, esses limites são fundamentais para a garantir proteção a Supremacia Constitucional. Assim, é preciso realizar as modificações que acompanham a sociedade, mantendo a vontade do constituinte, sem provocar qualquer rompimento aos direitos estabelecidos.

Nesse sentido também adverte Uadi Lammêngo Bulos:

As mutações, quando constitucionais, têm fundamento que não pode ser ignorado, o de promover mudanças necessárias e perfeitamente admitidas, sem a necessidade de recorrer-se aos processos formais de alteração, promanados daquelas reformas, muitas vezes despropositadas, sem previsibilidade técnica e sem visão de futuro.⁵⁰

⁴⁷ BELAUNDE, Domingo García. O precedente vinculante e sua revogação pelo Tribunal Constitucional (análise do caso Provías Nacional, Proc. Nº 3.909-2007-PA/TC). Revista Brasileira de Estudos Constitucionais – RBEC, Belo Horizonte, ano 3, n. 11, p. 35-42, jul./set. 2009, p. 38-39.

⁴⁸ CALLEJÓN, María Luisa Balaguer. Interpretación de la Constitución y ordenamiento jurídico. Madri: Tecnos, 1997, p. 34.

⁴⁹ FERRAZ, Anna Cândida da Cunha. Op. Cit., p. 257.

⁵⁰ BULOS, Uadi Lammêngo. Op. Cit., p. 344.

5.2 A Sistematização de Aplicação da Mutação Constitucional

Para analisar a sistematiza o da Muta o Constitucional no ordenamento jurídico brasileiro, será feito um exame sobre o entendimento do Supremo Tribunal Federal em julgamentos que promoveu a modifica o do sentido literal e alcance das normas da Constitucional Federal, sem alterar a gramática do seu texto.

  necessário analisar qual a motiva o da Suprema Corte em aplicar a Muta o Constitucional, relacionando quais casos serão passíveis de alterar informalmente o dispositivo constitucional, sinalizando qual o resultado obtido com a aplica o dessa teoria.

Indubitavelmente, as decisões do Supremo Tribunal Federal refletem em muitos campos da sociedade, *ubi societas, ibi jus* (onde está a sociedade está o Direito) de maneira a influenciar nas resolu es dos problemas sociais. No entanto, quando se tratar de Muta o Constitucional   preciso destacar, que não está apenas fazendo um entendimento do dispositivo, mas modificando a própria Constitui o, o que pode possibilitar uma fun o at pica do Poder Judiciário,   o que juridicamente denomina-se como ativismo judicial.

O *leading case* do Supremo Tribunal Federal que pode ser trazido na análise da Muta o Constitucional,   o Habeas Corpus (HC) 82.424-2⁵¹, conhecido por ser o "Caso Ellwanger", decisão mais importante que envolve crimes de racismo no Brasil. O caso retrata o paciente Siegfried Ellwanger que foi condenado como incurso no *caput* do art. 20 da Lei 7.716/89, por escrever e editar obras com conteúdo anti-semita.

Ao impetrar a ordem, sustentou-se que o povo judeu não se configura como uma raça, mas tão somente que o crime cometido foi de discrimina o religiosa, o que afasta   imprescritibilidade do crime de racismo. O Supremo Tribunal Federal, por maioria dos votos, rejeitou o argumento que inaplicabilidade do crime de racismo em ofensa ao povo judeu, ampliando o conceito de racismo previsto pelo constituinte de 1988.

⁵¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus 82424, julg. em 17.09.03, Impetrante: Werner Cantalício João Becker. Paciente: Siegfried Ellwanger. Relator: Min. Moreira Alves. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur96610/false>. Acesso em: 15 set. 2022.

O *amicus curiae* Celso Lafer deu parecer favorável sobre a indagação de que os judeus, constituindo-se uma raça para aplicação da imprescritibilidade. Segundo ele é preciso dar estabilidade e permanência a um sistema integrado de valores de convivência coletiva, que tem como valor-fonte a dignidade da pessoa humana, ao qual a Constituição atribuiu supremacia axiológica.⁵²

O então Ministro Maurício Correia, relator da ordem, profere seu voto afirmando a necessidade de ampliar o conceito de “racismo” na Constituição Federal, em respeito a harmonia dos preceitos basilares da Magna Carta.

Creio não se lhe poder emprestar isoladamente o significado usual de raça como expressão simplesmente biológica. Deve-se, na verdade, entendê-lo em harmonia com os demais preceitos com ele inter-relacionados, para daí mensurar o alcance de sua correta aplicação constitucional, sobretudo levando-se em conta a pluralidade de conceituações do termo, entendido não só à luz de seu sentido meramente vernacular, mas também do que resulta de sua valoração antropológica e de seus aspectos sociológicos.⁵³

No julgamento do Habeas Corpus, o Supremo Tribunal Federal não menciona a teoria da Mutação Constitucional para promover a alteração da norma, pois não houve qualquer modificação informal, nem foi atribuída nova leitura constitucional.

Segundo Fábio Rodrigues da Silva, em sua dissertação “O uso da teoria da Mutação Constitucional pelo Supremo Tribunal Federal” para obtenção do título de Mestre, é possível destacar na decisão do presente caso à teoria da modificação informal em três situações peculiares:

No primeiro bloco de decisões, a referência aparece na decisão ou voto proferido pelo órgão julgado, indiretamente, no bojo de um trecho ou título de alguma obra doutrinária colacionada no corpo do voto ou decisão, para sustentar determinada premissa lançada nas razões de decidir. No segundo bloco, a referência aparece na decisão ou voto proferido apenas, indiretamente, no bojo de uma ementa ou trechos de algum precedente comum à matéria a ser apreciada, para reforçar o argumento do juiz natural. No terceiro bloco, a tese de mutação constitucional não foi aplicada ao caso concreto, nem guarda qualquer relação com ele, mas aparece como argumento legitimador da interpretação constitucional conferida pelo

⁵² LAFER, Celso. A Internacionalização dos Direitos Humanos: constituição, racismo e relações internacionais. Barueri: Manole, 2005, p. 81.

⁵³ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Crime de Racismo e Anti-semitismo: um julgamento histórico do STF (Habeas Corpus n. 82.424). Brasília: Brasília Jurídica, 2004, p. 25.

Supremo Tribunal Federal, com ou sem a exclusão desta mesma atividade interpretativa por outro estatal.⁵⁴

A decisão do “Caso Ellwanger” não foi suficiente para invocar a teoria da Mutação Constitucional, sendo a forma mais clara de ampliar a interpretação do dispositivo, sem conferir alteração na normal constitucional.

Passando para outra análise da sistematização da Mutação Constitucional   o entendimento firmado no julgamento dos Mandados de Segurança n . 26602, n . 26603 e n . 26604, aos 4 de outubro de 2007, de relatoria dos ministros Eros Grau, Celso de Mello e Carmen Lúcia, respectivamente, analisando a hipótese de perda de mandato por infidelidade partidária.

Com o advento da Constituição Federal de 1988, o art. 17,  1 , passou a fazer referência   fidelidade partidária no âmbito das normas estatutárias dos partidos, sendo *conditio sine qua non* para a investidura em cargo eletivo (art. 14,  3 , V, CF/88).

Em 1989, um ano após a promulgação da Constituição Cidadã, em julgamento do Mandado de Segurança MS 20927, o Supremo Tribunal Federal firmou o entendimento de que a infidelidade partidária não pode ter repercussão sobre o mandato exercido pelo parlamentar, inclusive para suplentes.

Mandado de Segurança. Fidelidade Partidária. Suplente de Deputado Federal. Em que pese o princípio da representação proporcional e a representação parlamentar federal por intermédio dos partidos políticos, não perde a condição de suplente o candidato diplomado pela Justiça Eleitoral que, posteriormente, se desvincula do partido ou aliança partidária pelo qual se elegeu. A inaplicabilidade do princípio da fidelidade partidária aos parlamentares empossados se estende, no silêncio da Constituição e da lei, aos respectivos suplentes. Mandado de segurança indeferido⁵⁵

Assim, passou a entender que não exige modalidade de fidelidade partidária para os eleitos, após a diplomação, ainda quando não se tenha empossado como parlamentar, sendo apenas condição de elegibilidade (art. 14,  3 , da CF).

⁵⁴ SILVA, Fábio Rodrigues. O uso da teoria da Mutação Constitucional pelo Supremo Tribunal Federal. 2020, p. 93. Disponível em: <https://bibliotecatede.uninove.br/handle/tede/2404>. Acesso em 26 ago 2022.

⁵⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Mandado Segurança 20927, julg. em 11.10.89, Impetrante: Luiz Fabrício Alves de Oliveira. Autoridade coatora: Presidente da Câmara dos Deputados. Relator: Min. Moreira Alves. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=85369>. Acesso em: 11 set. 2022.

Contrariando o próprio entendimento, após a consulta nº. 1398 ao Tribunal Superior Eleitoral, de relatoria do Ministro César Asfor Rocha, além da consulta nº. 1423, de relatoria do Ministro José Delgado, passou a aplicar perda do mandato parlamentar para os casos de infidelidade partidária nos Mandados de Segurança (nº. 26602, nº. 26603 e nº. 26604), produzindo a seguinte ementa:

EMENTA: CONSTITUCIONAL. ELEITORAL. MANDADO DE SEGURANÇA. FIDELIDADE PARTIDÁRIA. DESFILIAÇÃO. PERDA DE MANDATO. ARTS. 14, § 3º, V E 55, I A VI DA CONSTITUIÇÃO. CONHECIMENTO DO MANDADO DE SEGURANÇA, RESSALVADO ENTENDIMENTO DO RELATOR. SUBSTITUIÇÃO DO DEPUTADO FEDERAL QUE MUDA DE PARTIDO PELO SUPLENTE DA LEGENDA ANTERIOR. ATO DO PRESIDENTE DA CÂMARA QUE NEGOU POSSE AOS SUPLENTES. CONSULTA, AO TRIBUNAL SUPERIOR ELEITORAL, QUE DECIDIU PELA MANUTENÇÃO DAS VAGAS OBTIDAS PELO SISTEMA PROPORCIONAL EM FAVOR DOS PARTIDOS POLÍTICOS E COLIGAÇÕES. ALTERAÇÃO DA JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. MARCO TEMPORAL A PARTIR DO QUAL A FIDELIDADE PARTIDÁRIA DEVE SER OBSERVADA [27.3.07]. EXCEÇÕES DEFINIDAS E EXAMINADAS PELO TRIBUNAL SUPERIOR ELEITORAL. DESFILIAÇÃO OCORRIDA ANTES DA RESPOSTA À CONSULTA AO TSE. ORDEM DENEGADA. 1. Mandado de segurança conhecido, ressalvado entendimento do Relator, no sentido de que as hipóteses de perda de mandato parlamentar, taxativamente previstas no texto constitucional, reclamam decisão do Plenário ou da Mesa Diretora, não do Presidente da Casa, isoladamente e com fundamento em decisão do Tribunal Superior Eleitoral. 2. A permanência do parlamentar no partido político pelo qual se elegeu é imprescindível para a manutenção da representatividade partidária do próprio mandato. Daí a alteração da jurisprudência do Tribunal, a fim de que a fidelidade do parlamentar perdure após a posse no cargo eletivo. 3. O instituto da fidelidade partidária, vinculando o candidato eleito ao partido, passou a vigorar a partir da resposta do Tribunal Superior Eleitoral à Consulta n. 1.398, em 27 de março de 2007. 4. O abandono de legenda enseja a extinção do mandato do parlamentar, ressalvadas situações específicas, tais como mudanças na ideologia do partido ou perseguições políticas, a serem definidas e apreciadas caso a caso pelo Tribunal Superior Eleitoral. 5. Os parlamentares litisconsortes passivos no presente mandado de segurança mudaram de partido antes da resposta do Tribunal Superior Eleitoral. Ordem denegada.⁵⁶

Em relação a modulação dos efeitos da decisão, o Ministro Gilmar Mendes ressaltou que poderia ocasionar uma grande insegurança jurídica caso não fosse após essa nova orientação firmada, devido a decisões anteriormente consideradas legítimas.

Nesta oportunidade, essa nova valoração jurídica passou a ser caso típico de Mutação Constitucional, gerando modificac o do art. 55 da Constitui o

⁵⁶ BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. Consulta 1.398. Rel. Min. César Asfor Rocha. Diário da Justiça, Brasília, DF, 08. maio 2007.

Federal, antes considerado como rol exemplificativo, incluindo outras hipóteses de perda de mandato a infidelidade partidária.

Por outro lado, em respeito aos princípios do pluralismo político e da fidelidade partidária, a nova concepção jurídica adotada pelo Supremo Tribunal Federal passou a ser revisada, justamente por não ser pacífica dentro da jurisprudência, devido ao quadro político-partidário adotado após a promulgação da Constituição Federal de 1988.

A esse respeito, prevalece a concepção firmada na Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 5081 do Distrito Federal: “A perda do mandato em razão da mudança de partido não se aplica aos candidatos eleitos pelo sistema majoritário, sob pena de violação da soberania popular e das escolhas feitas pelo eleitor”.

Sobre as preliminares arguida no Mandado de Segurança 2662, Ministro Eros Graus entende que a Mutação Constitucional decorre de incongruência existente entre as normas constitucionais e a realidade constitucional, entre a Constitui o formal e a Constitui o material. Por não haver possibilidade de criar outra hipótese de perda de mandato parlamentar pelo Supremo Tribunal Federal, o Ministro Eros Graus também afastou a tese de Muta o Constitucional. No entanto, seu voto restou vencido.

Outro caso para análise de modifica o informal da Constitui o   a da Reclama o n.º 4335⁵⁷, ajuizada pela Defensoria Pública do Estado do Acre, em face da decisão do Juiz de Direito da Vara de Execu es Penais da Comarca de Rio Branco, que indeferiu o pedido de progressão prisional, em descumprimento ao entendimento do Supremo Tribunal Federal proferido no Habeas Corpus 82959, quando afastou a impossibilidade de progressão de regime aos condenados por crime hediondo, ao considerar inconstitucional o art. 2º, §1º, da Lei nº 8.072/1990 (Lei dos Crimes Hediondos).

O pedido foi indeferido por inconstitucionalidade do dispositivo legal que ocorreu em sede controle difuso de constitucionalidade, que produzi efeitos “interpartes”, estendendo apenas aos condenados por crime hediondo ou equiparados que estivessem em cumprimento da pena após a suspensão da eficácia do referido dispositivo, por força do art. 52, X, da Constitui o Federal.

⁵⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Rlc 4335. Rel. Min. Gilmar Mendes. Diário da Justiça, Brasília, DF, jul. 20. março 2014.

O objeto da Reclamação nº. 4335 foi justamente a mutação do dispositivo constitucional que determina ao Senado Federal suspender a execução do dispositivo reconhecido como inconstitucional.

A esse respeito, o Ministro Gilmar Mendes explica que a suspensão da execução pelo Senado Federal do ato declarado inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal foi a forma definida pelo constituinte para emprestar eficácia erga omnes às decisões definitivas sobre inconstitucionalidade. Em seu voto, prevaleceu a afirmativa de Lúcio Bittencourt de que o objetivo do constituinte no art. 52, X, da Constituição Federal foi tornar pública a decisão do tribunal, levando-a ao conhecimento de todos os cidadãos.⁵⁸

Em todos os casos analisados, é possível perceber que a Mutações Constitucional foi aplicada para dar segurança jurídica aos casos mencionados. Talvez esse não seja o entendimento da doutrina e da jurisprudência, mas em todas as decisões do Supremo Tribunal Federal a vontade era dar nova percepção ao direito, sem violar a previsibilidade em relação aos atos do Estado.

5.3 A Crítica da Doutrina Brasileira

Como notado, as decisões que envolvem a Mutações Constitucional sempre constituem temas diversos, motivo pelo qual leva a possuir entendimentos também diferentes, precisando a doutrina a dar a sua contribuição, e por várias vezes, contrárias às teses firmadas pela Suprema Corte.

Uma primeira crítica consiste na vontade do Supremo Tribunal Federal em modificar a Constituição, sem enfrentar o processo formal e político de alteração, incidindo o argumento de guardar a Magna Carta e tutelar a Supremacia Constitucional.⁵⁹

Acerca dessa crítica, Lima; Oliveira e Streck, afirmam que “um tribunal não pode mudar a Constituição; um tribunal não pode inventar o direito: este não é seu legítimo papel como poder jurisdicional, numa democracia.”⁶⁰

⁵⁸ BITTENCOURT, C. A. Lúcio. O controle jurisdicional de constitucionalidade das leis. Série "Arquivos do Ministério da Justiça". Brasília: Ministério da Justiça, 1997, p. 145.

⁵⁹ BELLO, Enzo; BECOVICI, Gilberto; LIMA, Martonio Mont'Alverne Barreto. O fim das ilusões constitucionais de 1988?. Revista Direito e Práxis, Rio de Janeiro, Vol. 10, 2019, p. 1769-1811. Disponível em: <https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/revistaceaju/article/view/37470/2648>. Acesso em: 10 set. 2022.

⁶⁰ LIMA, Martonio Mont'Alverne Barreto; OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de; STRECK, Lenio Luiz. A nova perspectiva do Supremo Tribunal Federal sobre o controle difuso: mutação constitucional e

Sobre a perspectiva do Poder Judiciário como espécie de Constituinte, assim dispõe Sarmiento:

De toda sorte, é indiscutível que o Poder Judiciário representa um importante agente no processo de mutação constitucional. Nada obstante, não nos parece correta a visão que o converte no grande protagonista deste processo, transformando-o numa espécie de poder constituinte permanente. Neste ponto, há que se discordar da afirmação de que, como “intérprete final” da Constituição, o STF poderia ser concebido como uma espécie de poder constituinte. Trata-se de equívoco similar ao perpetrado pelo juiz da Suprema Corte norte-americana Charles Evan Hughes quando afirmou que “a Constituição é aquilo que a Suprema Corte diz que ela é”. Se, por absurdo, o STF afirmasse em algum momento que a ordem constitucional brasileira permite a escravidão ou adota o regime monárquico, isso não seria mutação constitucional, mas um grave erro da Corte. A visão excessivamente judicialista da mutação constitucional, conquanto frequente no Brasil, é equivocada, seja pelo ângulo descritivo, seja pelo prescritivo. Em outras palavras, ela não descreve corretamente como o fenômeno da mutação opera no mundo real, nem tampouco fixa uma orientação adequada sobre a forma como ele deveria funcionar.⁶¹

Para Anna Cândida da Cunha Ferraz, primeira autora brasileira estudar o instituto de origem alemã, entende que a diferença principal entre processos formais e informais de alteração da Constituição são as modalidades organizadas de exercício do poder constituinte derivado.⁶² Acerca disso, a autora ainda elenca três requisitos imprescindíveis à sua configuração.

Vejamos:

Em resumo, a mutação constitucional, para que mereça o qualificativo, deve satisfazer, portanto, os requisitos apontados. Em primeiro lugar, importa sempre em alteração do sentido, do significado ou do alcance da norma constitucional. Em segundo lugar, essa mutação não ofende a letra nem o espírito da Constituição: é, pois, constitucional. Finalmente, a alteração da Constituição se processa por modo ou meio diferentes das formas organizadas de poder constituinte instituído ou derivado.⁶³

Nesse ponto, extrai-se relevante contribuição no tocante à possibilidade de mutações inconstitucionais, levando a uma incongruência com a jurisdição constitucional vigente. É claro que a decisão adotada pelo Supremo Tribunal Federal à luz da Mutação Constitucional não pode alterar a vontade do constituinte.

limites da legitimidade da jurisdição constitucional. Revista Argumenta, n. 7, 2007, p. 45-68. Disponível em: <http://seer.uenp.edu.br/index.php/argumenta/article/view/72>. Acesso em: 11 set. 2022.

⁶¹ SARMENTO, Daniel. Direito Constitucional. Teoria, história e métodos de trabalho. 1.ed. Belo Horizonte: Fórum, 2012, p. 308.

⁶² FERRAZ, Anna Cândida da Cunha. op. cit., p. 11.

⁶³ FERRAZ, Anna Cândida da Cunha. op. cit.

Essa compreensão de modificar informalmente o dispositivo constitucional para dar alcance a transformação político-social não pode conter excesso, contrariando a própria Constituição, por causa de um constituinte negativo.

Ora, seria incompatível caso o constituinte derivado fosse positivo, acompanhando a evolução da sociedade, mas o que deve ser pontuado, é a excessiva vontade de modificar informalmente sem passar por um procedimento rígido. Essa crítica da doutrina deve ser levada em consideração, é essencial que a Suprema Corte pontue ao invocar a Mutação Constitucional a necessidade de acelerar o procedimento de modificação.

Caso contrário, qualquer polarização política poderia alterar a Constituição, apenas por vontade de uma parcela da população. Afinal, a indicação de Ministro para o Supremo Tribunal Federal   de competência do Presidente da República. Aludido questionamento não encontra resposta objetiva na obra em apreço, concomitantemente, a doutrina ainda não adota posicionamento majoritário quanto a essa problemática.

6 OS TRATADOS INTERNACIONAIS COMO FUNDAMENTO DA MUTAÇÃO CONSTITUCIONAL

Com a internacionalização do direito constitucional não é mais possível pensar em Direito Constitucional e Direito Internacional como ordens jurídicas apartadas uma da outra, o que impossibilitaria o compromisso constitucional de proteção aos valores fundamentais instituídos pelo Constituinte Originário.

Nesse sentido, esse sistema de integração entre direito constitucional e direito internacional permite a aplicação dos Tratados Internacionais como parâmetro para a Mutação Constitucional, pois o direito constitucional não começa onde cessa o direito internacional. Também não é válido o contrário, ou seja, o direito internacional não termina onde começa o direito constitucional.⁶⁴

E quando essa alteração informal da Constituição ocorrer por influência de Tratado Internacional de Direitos Humanos, o Supremo Tribunal Federal fundamentará com base em documentos internacionais em que o Brasil seja signatário, estendendo à Mutação Constitucional a proteção internacional para o âmbito interno.

6.1 Os Tratados Internacionais e Mutação Manifestamente Inconstitucional.

Conforme se demonstrou anteriormente, a Mutação Constitucional pode ser percebida do ponto de vista internacional. Os antecedentes da Constituição Federal e dos Tratados Internacionais são distintos, e por isso, pode ocorrer conflitos entre as suas disposições. A Constituição Federal, promulgada em 1988, é fruto de reivindicações do movimento de “Participação Popular na Constituinte”. Por outro lado, a Convenção Americana de Direitos Humanos, assinada em 1969, é fruto da busca da consolidação entre os países americanos de um regime de liberdade pessoal e de justiça social.

Acerca desse conflito, a própria Constituição Federal é taxativa ao dispor que os direitos e garantias 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 (art. 5º, §2º da CF).

⁶⁴ MIRANDA, Jorge. **Curso de Direito Internacional Público**. Cascais: Principia, 2002.

Surge um questionamento importante: havendo conflito entre disposições internacionais e constitucionais, haverá transgressão aos limites engendrados para a mutação constitucional se aplicar aquele em face deste? Em decorrência do Princípio *Pro Homine* não há proibição de um processo hermenêutico internacional que desconsidere completamente o texto e a vontade do legislador constituinte. Segundo Ileide Sampaio de Sousa em sua dissertação, a aplicação do referido princípio quando conflitar direito interno e internacional é o mecanismo mais adequado para solução do conflito:

oferecer o Princípio Pro Homine é estabelecer que a resposta adequada – de qual norma deva ser aplicada no confronto entre Constituição Nacional e os Tratados Internacionais de Direitos Humanos - seja mais correta a decisão que pontue pela norma mais favorável ao ser humano. Entendendo o constitucionalismo e o internacionalismo como esferas que estão imbrincadas – em rede.⁶⁵

Para Perez Luño⁶⁶, o Princípio Pro Homine é o fundamento de todos os Direitos fundamentais: “La dignidad humana supone el valor básico (grundwert) fundamentador de los derechos humanos que tienen a explicitar y satisfacer las necesidades de la persona en la esfera mora”.⁶⁷

Os direitos como vida, liberdade, igualdade são todas decorrências do Princípio Pro Homine, e esta vinculação existirá mesmo que não haja positivação expressa no texto constitucional.⁶⁸ Em outras palavras, por meio desse princípio, deve o intérprete (e o aplicador do direito) optar pela norma que, no caso concreto, mais projeta o ser humano sujeito de direitos.⁶⁹

No entanto, mesmo que a norma mais benéfica prevaleça, esta não se isenta dos limites da mutação constitucional. E caso não respeite esses limites, é possível enquadrar em mutação inconstitucional, pois essa mudança informal da Constituição não pode ser apoiada somente em um caráter meramente político, mas

⁶⁵ SOUSA, Ileide Sampaio de. Tratados internacionais de direitos humanos e conflitos com o vértice do ordenamento jurídico nacional: atualização do princípio pro homine na ponderação de colisões normativas que envolvam direitos humanos, 2013, p. 150.

⁶⁶ LUÑO, Antonio Enrique Perez. Derechos humanos, Estado de Derecho y Constitución. 10. ed. Madri: Tecnos, 2010. p. 323.

⁶⁷ A dignidade humana supõe o valor básico (grundwert) fundante dos direitos humanos que devem explicar e satisfazer as necessidades da pessoa na esfera moral. **(Tradução nossa)**.

⁶⁸ SARLET, Ingo Wolfgang. Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais. 5. ed. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2007. p. 86.

⁶⁹ MAZZUOLI, Valério de Oliveira. op. cit, p. 221.

principalmente jurídico⁷⁰, pois os intérpretes não podem atuar livremente para modificar e alterar a Constituição como bem entendem, deve aproximá-la da realidade social.

No mesmo sentido, Barroso entende que se o intérprete não se atentar à limitação da Mutação Constitucional, ocorreria a violação do Poder Constituinte e até mesmo da soberania popular. Além disso, apresenta duas limitações para as mudanças informais:

Por assim ser, a mutação constitucional há de estancar diante de dois limites: a) as possibilidades semânticas do relato da norma, vale dizer, os sentidos possíveis do texto que está sendo interpretado o afetado; e b) a preservação dos princípios fundamentais que dão identidade àquela específica Constituição.⁷¹

A compreensão dos limites da modificação informal com fundamento em Tratado Internacional de Direitos Humanos ainda não abrangida pela doutrina internacionalista, mas deve ser interpretada de forma extensiva, aplicando o mesmo entendimento quando a Constituição Federal for parâmetro.

Desse modo, o Supremo Tribunal Federal analisará qual a norma prevalece, direito interno ou internacional, posteriormente deverá verificar o limite subjetivo, que se concentra na consciência do intérprete, a fim de não incidir em mudanças informais inconstitucionais.

Não será inconstitucional pelo simples fato de conflitar Tratado Internacional de Direitos Humanos e Constituição Federal, mas deverá ser manifestamente inconstitucional quando a modificação for tentativa de usurpar a Supremacia Constitucional, através da consciência daquele que aplica o direito.

Em outros termos, o Supremo Tribunal Federal não tem função típica de reformador, podendo modificar informalmente apenas nos casos em que o poder derivado for omissivo em suas funções, caso contrário, haverá grave lesão e ameaça ao Estado Democrático de Direito.

⁷⁰ BULOS, Uadi Lammêgo. op. cit., p. 88.

⁷¹ BARROSO, Luís Roberto. Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2018, p. 92.

6.2 A Revogação e a Inconstitucionalidade de Tratado Internacional para Efeitos da Mutação Constitucional

  possível que um tratado deixa de vigorar, seja pela vontade comum das partes ou por causas extrínsecas   vontade das partes (como na inconstitucionalidade ou impossibilidade superveniente de cumprimento). Eventualmente, pode o tratado ter apenas os efeitos suspensos, o que não deixa de estar em plena vigência.

A previsão de extin o dos tratados vem disposta no art. 54 da Conven o de Viena de 1969, ocorrendo de conformidade com as disposi es do tratado ou a qualquer momento, pelo consentimento de todas as partes, após consulta com os outros Estados contratantes. Dentro do estudo da revoga o de um tratado, encontra-se a ab-roga o e a derroga o, sendo a primeira a revoga o total e a segunda revoga o parcial de certa norma jurídica.

A ab-roga o pode ser predeterminada, onde as partes estabelecem um termo certo para o fim do tratado ou dispõe uma condi o resolutive de vigência, como encontra-se previsto no art. 8 ,   2 , da Conven o sobre os Direitos Políticos da Mulher, segundo o qual a Conven o “deixar  de vigorar a partir da data em que surtir efeito a denúncia que reduza a menos de seis o número de partes”. Em regra, ocorre em tratados internacionais de efeitos provisórios, mas pode acontecer de um tratado possuir condi es predeterminadas, mas que possui longevidade.

  indispensável que a condi o resolutive deve vir expressa no instrumento internacional (*Pacta Sun Servanda*), sendo que mesmo com a redu o de Estados-partes, um tratado multilateral não se extingue pelo simples fato de que o número de partes ficou aquém do número necessário para sua entrada em vigor” (art. 55).

Outrossim, a ab-roga o pode ser superveniente, sendo a possibilidade de um tratado deixar ter plena vigência, sem previsão no tratado de qualquer meio estabelecido para a sua revoga o,   o que ocorre quando as partes decidem elaborar um novo instrumento internacional, extinguindo o anterior. Por seu turno, quando um dos Estados-partes deixa de cumprir, uma ou mais das disposi es do tratado, há uma viola o substancial, permitindo rescindir o compromisso em vigor com o Estado faltoso quando se tratar de tratado bilateral, em respeito ao princípio da reciprocidade nos tratados internacionais. Em contrapartida, quando for viola o substancial de

tratado multilateral, a Convenção de Viena autoriza as outras partes, por consentimento unânime, a suspenderem a execução do tratado, no todo ou em parte, ou a extinguirem o tratado, além da parte especialmente prejudicada pela violação, está autorizada a invocá-la como causa para suspender a execução do tratado, no todo ou em parte, nas relações entre ela e o Estado faltoso.

Os efeitos dessa consequência se estendem quando o tratado revogado foi objeto de modificação informal do dispositivo constitucional. Neste primeiro momento, o que deve observar é a possibilidade de os efeitos da mutação constitucional também serem automaticamente revogados, o que prejudicaria as decisões proferidas anteriormente.

Há uma exceção atinentes à extinção ou suspensão da execução dos tratados que pode ser trazida para o presente estudo, sendo disposta no art. 60, § 5º, da Convenção de Viena, “não se aplicam às disposições sobre proteção da pessoa humana contidas em tratados de caráter humanitário, especialmente, e às disposições que proíbem qualquer forma de represália contra pessoas protegidas pelos referidos tratados”.

Registre-se que mesmo em casos de violação substancial, os tratados internacionais de caráter humanitário e as disposições que proíbem represálias permanecem seus efeitos, excluindo-se as regras de extinção ou suspensão dos tratados. Segundo Mazzuoli, não obstante a Convenção ter feito expressa menção aos tratados de caráter humanitário, a melhor interpretação condizente dessa expressão deve ser no sentido de ser extensiva a todos os tratados de direitos humanos, uma vez que a Convenção de Viena disse menos do que pretendia: *lex minus dixit quam voluit*.⁷²

Nos mesmos moldes, em casos de ab-rogação ou derrogação de o tratado internacional de direitos humanos fundamento para mutação constitucional, o dispositivo modificado informalmente não perderá seus efeitos e não prejudica qualquer direito, obrigação ou situação jurídica das partes, criados pela execução do tratado antes de sua extinção (art. 70, 1.b, da Convenção de Viena).

Caso o tratado disponha ou as partes acordem de outra forma, as partes estão liberadas de qualquer obrigação de continuar a cumprir o tratado, o que não

⁷² MAZZUOLI, Valério de Oliveira. op. cit, p. 255.

prejudica o seu cumprimento, permitindo que o Tratado Internacional extinto, possa vigorar os seus efeitos anteriormente aplicados.

Em se tratando de inconstitucionalidade do Tratado Internacional, é preciso realizar algumas ponderações. Com a Emenda Constitucional 45/2004, o § 3º do art. 5º da CF inova ao estabelecer equivalência de emenda constitucional aos tratados aprovados com essa ritualística seja de direitos humanos ou não, como já demonstrado anteriormente.

Aprovando com esse quórum especial, fica impossibilitado de denúncia dos tratados de direitos humanos, visto que, neste caso, passam a integrar formalmente o texto constitucional, e por se tratar de direitos humanos e, por conseguinte, de direitos fundamentais, pertencerão ao núcleo intangível, não podendo ser modificadas mediante denúncia, inclusive por emenda constitucional.

Nesse sentido, é vital que se delimite algumas nuances na doutrina contemporânea acerca dos efeitos da extinção do tratado internacional, seja por denúncia ou por qualquer outro ato.

Há que destacar os ensinamentos de Flávia Piovesan, entendendo que os tratados internacionais de direitos humanos aprovados com a ritualística especial do § 3º são insuscetíveis de denúncia, pois, diferentemente dos tratados de direitos humanos aprovados sem a observância de tal quórum, passaram a compor o quadro constitucional no campo material e formal, não sendo admissível que um ato isolado e unilateral do Poder Executivo retire os direitos consagrados em tais tratados, mesmo quando em tais tratados esteja prevista a possibilidade de denúncia.⁷³

No mesmo sentido, mas seguindo um raciocínio mais conciliador, Paulo Henrique Gonçalves Portela afirma que “deve ser mantida a possibilidade de o Estado brasileiro denunciar um tratado de direitos humanos, mas apenas para que seja substituído por outro ato internacional que amplie a proteção da pessoa”.⁷⁴

Como se observar, a extinção do tratado internacional não pode ser invocada para descumprimento da modificação informal no dispositivo constitucional. Para Dirley da Cunha, os tratados de direitos humanos permanecerão em plena vigência, visto que foram incorporados pelo Texto Supremo:

⁷³ PIOVESAN, Flávia, PIOVESAN, Flávia. Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 80-82

⁷⁴ PORTELA, Paulo Henrique Gonçalves. Direito Internacional Público e Privado. 2. ed. Salvador: Juspodivm, 2010, p. 747.

[...] e se o tratado internacional for denunciado? Como resposta sustentamos que isso é irrelevante, uma vez que o direito fundamental já terá sido absorvido pela Constituição e tornado indispensável e inseparável dela, isto é, insuscetível a ser suprimido, em face da cláusula de irredutibilidade ou eternidade do inciso IV, §4º do art. 60 da Constituição Brasileira, que consagrou no direito constitucional brasileiro o princípio da irreversibilidade ou irrevogabilidade dos direitos fundamentais. Ademais disso, está-se, aqui, lançando os olhos para outro horizonte: o da dignidade e prevalência dos direitos humanos fundamentais, expressamente reconhecidos pela Constituição (art. 1º, III e art. 4º, II), para além do consagrado conceito materialmente aberto desses direitos, o que significa afirmar que é indiferente se a fonte que lhe concedeu publicidade foi extinta. Assim, não compartilhamos com o entendimento corrente de que os direitos fundamentais deixam de existir se o tratado que os reconheceu for denunciado pelo Estado signatário[...]⁷⁵

Ao ensejo da conclusão desse item, com base nas disposições apresentadas, tem-se que a modificação informal do dispositivo constitucional que tem como fundamento um tratado internacional de direitos humanos, mesmo que este for objeto de revogação ou inconstitucionalidade (este não é muito adequado, já que aprovado com o quórum especial pressupõe constitucional) não deixará de possuir os seus efeitos na ordem jurídica.

6.3 Os Eventos Internacionais e a Mutação Constitucional

Atualmente, o Direito Internacional Público vem ganhando notoriedade acerca dos eventos transnacionais ocorridos, como   o caso dos problemas sanitários causados pelo vírus SARS-CoV-2, além do conflito Russo-Ucraniana que começou em fevereiro de 2014, que se agravou devido às últimas tensões entre os dois Estados.

Acerca da pandemia de COVID-19, o Direito Internacional Público foi um grande instrumento de aproxima o entre os países, que possibilitou muitos Estados a procurarem mecanismos diversos com o que já vinha sendo adotado. Até mesmo em rela o   produ o da vacina, visto que no cenário pand mico, poucos países estavam iniciando o esquema vacinal.

Por outro lado, ficou evidenciado que o Direito Internacional Público ainda carece de mecanismos que garantem o compartilhamento de informa es e

⁷⁵ CUNHA JUNIOR. Dirley da, Curso de Direito Constitucional. 6. ed. Salvador: JusPodivm, 2012, p. 679.

tecnologia para a solução de eventos como esse. Para Arima Junior, a pandemia foi necessária para acentuar algumas problemáticas:

A crise global decorrente da pandemia causada pela proliferação avassaladora da Covid-19, entretanto, parece, mesmo que involuntariamente, gerar indícios ambíguos sobre a dinâmica das relações internacionais. Se, em alguns aspectos, parece se instaurar um tipo de cooperação compulsória, resultante da necessidade de ação conjunta contra os efeitos transnacionais da pandemia, em outros aspectos, acentuam-se rivalidades difusas, egoísmos nacionais e soluções nacionalistas para problemas prementes.⁷⁶

A exemplo disso, em 30 de março de 2021, vinte e cinco chefes de governo e agências internacionais⁷⁷ se reuniram na Assembleia Mundial da Saúde para sinalizar a elaboração de instrumento internacional para proteger o mundo de futuras crises sanitárias, construindo uma arquitetura de saúde global mais robusta que protegerá as gerações futuras:

O principal objetivo deste tratado seria promover uma abordagem de todo o governo e toda a sociedade, fortalecendo as capacidades nacionais, regionais e globais e a resiliência a futuras pandemias. Isso inclui aumentar muito a cooperação internacional para melhorar, por exemplo, sistemas de alerta, compartilhamento de dados, pesquisa e produção e distribuição local, regional e global de contramedidas médicas e de saúde pública, como vacinas, medicamentos, diagnósticos e equipamentos de proteção individual.⁷⁸

⁷⁶ ARIMA JUNIOR, Mauro Kiithi. Pandemia e relações internacionais cooperação e conflito na crise global de saúde pública. Jus, 2020. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/83207/pandemia-e-relacoes-internacionais>. Acesso em 16 de nov de 2020.

⁷⁷ O artigo foi assinado por JV Bainimarama , primeiro-ministro de Fiji; Prayut Chan-o-cha , Primeiro Ministro da Tailândia; António Luís Santos da Costa , Primeiro Ministro de Portugal; Mario Draghi , primeiro-ministro da Itália; Klaus Iohannis , Presidente da Romênia; Boris Johnson , primeiro-ministro do Reino Unido; Paul Kagame , presidente de Ruanda; Uhuru Kenyatta , presidente do Quênia; Emmanuel Macron , presidente da França; Angela Merkel , Chanceler da Alemanha; Charles Michel , Presidente do Conselho Europeu; Kyriakos Mitsotakis , primeiro-ministro da Grécia; Moon Jae-in, Presidente da República da Coreia; Sebastián Piñera , Presidente do Chile; Andrej Plenković , primeiro-ministro da Croácia; Carlos Alvarado Quesada , Presidente da Costa Rica; Edi Rama, primeiro-ministro da Albânia; Cyril Ramaphosa , Presidente da África do Sul; Keith Rowley , primeiro-ministro de Trinidad e Tobago; Mark Rutte , primeiro-ministro da Holanda; Kais Saied , Presidente da Tunísia; Macky Sall , Presidente do Senegal; Pedro Sánchez , primeiro-ministro da Espanha; Erna Solberg , primeira-ministra da Noruega; Aleksandar Vučić, Presidente da Sérvia; Joko Widodo , presidente da Indonésia; Volodymyr Zelensky , Presidente da Ucrânia Dr Tedros Adhanom Ghebreyesus, Diretor-Geral da Organização Mundial da Saúde.

⁷⁸ ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DE SAÚDE. COVID-19 mostra porque é necessária uma ação unida para uma arquitetura de saúde internacional mais robusta. Disponível em <https://www.who.int/news-room/commentaries/detail/op-ed---covid-19-shows-why-united-action-is-needed-for-more-robust-international-health-architecture>. Acesso em: 14 set 2022.

Caso esse Tratado Internacional permitir participação de empresas ou capital estrangeiro na assistência à saúde, haveria conflito com a Constituição Federal de 1988, cabendo ao Supremo Tribunal Federal analisar qual norma mais benéfica, o que haveria modificação informal se esse novo instrumento internacional atender ao princípio pro homine.

É preciso fortalecer institucionalmente e estruturalmente as instituições globais com poder supranacional para determinados temas⁷⁹. Em contrapartida, esse processo é moroso, levando vários anos para se completar, especialmente no Brasil, dada a lentidão histórica do Congresso Nacional em aprovar tratados internacionais.

Ainda não está à vista, no entanto, que embora a mutação constitucional venha acelerar o processo de mudança social, isso ainda é utópico, visto que no caso de Tratado Internacional, este somente é aprovado pelo Congresso Nacional, depois para ratificação do chefe do executivo, o que levaria um bom tempo para a sua entrada em vigor.

6.4 Influência das Jurisprudências Internacionais

As correntes interacionistas, através das experiências de outros Estados, indicam o melhor caminho para as controvérsias existentes na ordem jurídica interna, prevalecendo a tendência de proteção aos direitos humanos que tem limitado o poder reformador. Nesse sentido, José Joaquim Gomes Canotilho leciona que um ordenamento interno “não pode, hoje, estar out da comunidade internacional. Encontra-se vinculado a princípios de direito internacional (princípio da independência, princípio da autodeterminação, princípio da observância de direitos humanos)”⁸⁰.

Nesse caminho, o Tribunal Constitucional português, em fiscalização preventiva da constitucionalidade e da legalidade da proposta de referendo aprovada pela Resolução nº 54-A/2006 ⁸¹da Assembleia da República, que versava sobre a realização de um referendo sobre a interrupção voluntária da gravidez realizada por

⁷⁹ MENEZES, Wagner. Direito Internacional e pandemia: reflexões críticas sobre o porvir. Conjur, 2020. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/59325/a-importanciado-direito-internacional-na-actualidade/3>. Acesso em 09 de out de 2022.

⁸⁰ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. op. cit., p. 11. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2008, p. 81.

⁸¹ PORTUGAL. Tribunal Constitucional. Acórdão nº 617/2006. Disponível em www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20060617.html. Acesso em: 22 out. 2022.

opção da mulher nas primeiras 10 semanas, entendeu que o plano internacional tem intensificado o apelo à pena para reprimir a violação de direitos humanos.

A este respeito, Flávia Piovesan escreve que a violação dos direitos humanos é um problema de relevância internacional, não pode ser concebida como questão doméstica do Estado.⁸² No entanto, o que se percebe é uma verdadeira adesão aos tratados relativos aos direitos humanos, relativizando o poder constituinte reformador como o fez a Constituição brasileira (art. 5º, §§ 2º e 3º).

De modo a assegurar a proteção eficaz do ser humano, o direito internacional e o direito interno, se mostram em constante interação, longe de operarem de modo estanque ou compartimentalizado. Deve buscar sempre a norma que melhor proteja os direitos humanos, seja ela uma norma do direito interno, seja ela uma norma do direito internacional.⁸³

Esta linha de raciocínio está ligada a tendência mundial de abolição da pena de morte, a posição internacionalista tenta ampliar os países que adotam a abolição total das execuções, até mesmo extingam a pena capital para pessoas com deficiência e menores de idade.

Entre os países que ainda adotam posicionamento favorável a pena de morte, pode mencionar os Estados Unidos da América, que tem demonstrado uma certa “internacionalização” nas decisões da sua Suprema Corte, mas ainda não acompanha a tendência mundial de abolição da pena de morte. Nesse sentido, escreve André Ramos Tavares:

Em recente e polêmica decisão adotada pela Suprema Corte norte-americana, no caso *Roper vs. Simons* (2005), na qual fora invocada a opinião absolutamente predominante na legislação estrangeira acerca da pena de morte aos menores de 18 anos de idade, para avaliar a constitucionalidade dessa medida nos EUA, o Justice Scalia, em voto vencido, observava: “O reconhecimento da aprovação internacional não tem lugar na opinião legal desta Corte, a não ser que seja parte dos critérios de decisão desta Corte”.⁸⁴

No caso *Atkins versus Virgínia*, a Suprema Corte dos Estados Unidos decidiu por 6 votos contra 3, que a execução de pessoas com deficiência intelectual viola a Oitava Emenda à Constituição dos Estados Unidos, proibindo o governo federal

⁸² PIOVESAN, Flávia. *op. cit.*, p. 117.

⁸³ CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. Apresentação do livro PIOVESAN, Flávia (Org.). *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*. 5. ed. São Paulo: Max Limonad, 2002, p. 23.

⁸⁴ TAVARES, André Ramos. *Fronteiras da hermenêutica constitucional*. São Paulo: Método, 2006, p. 79.

de impor fiança excessiva, multas excessivas ou punições cruéis e incomuns. Ao proferir seu voto, Justice Stevens, asseverou que a imposição da pena de morte aos delitos cometidos por criminosos com retardamento mental é fortemente reprovada dentro da comunidade internacional. Em contrapartida, Scalia criticou o posicionamento de Stevens, argumentando que às práticas internacionais são irrelevantes, pois o que se interpreta é a Constituição dos Estados Unidos da América.

Os cidadãos da maioria dos países possuem aspirações comuns, o mesmo senso de dignidade e de valor e sentimento referente à justiça.⁸⁵No mesmo sentido, o jurista mexicano, Mario de la Cueva ressalta que o direito internacional deve ser incluído entre as fontes substanciais do direito nacional, servindo de inspiração para todas as comunidades que desejam a igualdade, a liberdade, a dignidade e a justiça entre os homens e as nações.⁸⁶

6.3.1 Era jim crow

Com o período de reconstrução, entre 1867 e 1877, os afro-americanos libertados ainda resistiam aos grupos paramilitares. Em 1876, no sul dos Estados Unidos da América, decretos segregavam racialmente a população, estabelecendo instalações separadas para negros e brancos em todos os locais públicos, como banheiros, escolas, trens e ônibus. No caso *Plessy v. Ferguson*, a Suprema Corte dos Estados Unidos entendeu que a segregação nos estados do sul não violava a Constituição Americana, entendendo pela constitucionalidade dos decretos que estabeleceu a doutrina do *Separate but equal* (iguais, mas separados).

Com a tentativa de proibir essa segregação, o senador republicano Charles Sumner apresentou a Lei de Direitos Civis de 1875, que assegurava que todos, independentemente de raça, cor da pele ou condição anterior de escravidão, tivessem direito ao mesmo tratamento em locais públicos. A referida Lei foi aprovada pelo Congresso dos Estados Unidos em fevereiro de 1875 e assinada pelo presidente Grant em 1 de março de 1875.

No entanto, no Caso *Plessy v. Ferguson*, em 1883, a Suprema Corte dos Estados Unidos da América declarou que a lei é inconstitucional, decidindo pela

⁸⁵ PEDRA, Adriano Sant'Ana. Ensaios críticos: do político ao jurídico. 1. ed Chai, RJ: Brasil Multicultural, 2016, p. 59.

⁸⁶ CUEVA, Mario de la. Teoría de la Constitución. Cidade do México: Porrúa, 2008, p. 64

legalidade da segregação, entendendo que o Congresso não tinha o poder de regular a conduta dos indivíduos. O juiz Henry Billings Brown afirmou que não se tratava de inferioridade de raça, mas era mera questão política. Esse entendimento fortaleceu o regime separatista em diversos Estados, principalmente no sistema educacional público americano.

Em 1951, na provinciana cidade de Topeka, ocorreu o caso *Brown v. Board of Education*, onde Linda Brown era obrigada a atravessar vinte e um quarteirões para estudar na *Monroe School*. Todavia, havia a *Summner School*, uma escola localizada a cinco quarteirões da residência da criança, porém escola conhecida por ser exclusivamente para estudantes de etnia branca. Diante da situação, seu genitor, Oliver Brown, tentou matriculá-la nesta escola, mas o pedido foi indeferido, justamente por não ser escola de afro-americano.

O caso foi levado à Justiça, através da National Association for the Advancement of Colored People (NAACP), uma importante organização civil que defendia os interesses dos afro-americanos contra a discriminação racial. O caso foi julgado improcedente pelo Tribunal Distrital do Kansas, fundamentando pela jurisprudência do caso *Plessy v. Ferguson*, mantendo a proibição da matrícula.

O emblemático caso chegou à Suprema Corte, que reconheceu o direito dos negros de frequentar as mesmas escolas que os brancos interpretando a Décima Quarta Emenda da Constituição dos Estados Unidos da América, que possui a seguinte redação:

Todas as pessoas nascidas ou naturalizadas nos Estados Unidos, e sujeitas à sua jurisdição, são cidadãos dos Estados Unidos e do Estado onde residirem. Nenhum Estado poderá aprovar ou fazer executar leis restringindo os privilégios ou imunidades dos cidadãos dos Estados Unidos, nem poderá privar qualquer pessoa de sua vida, liberdade ou propriedade sem o devido processo legal, nem negar a qualquer pessoa sob sua jurisdição a igualdade de proteção perante a lei.⁸⁷

A alteração no entendimento da Suprema Corte deu-se em função da própria influência internacional. Em 10 de dezembro de 1948, a Assembleia Geral das Nações Unidas proclamou a Declaração Universal dos Direitos Humanos, estabelecendo, pela primeira vez, a proteção universal dos direitos humanos. No caso

⁸⁷ EUA. A Constituição dos Estados Unidos da América. Disponível em: <http://www.uel.br/pessoal/jneto/gradua/historia/recdida/ConstituicaoEUARecDidaPESSOALJNETO.pdf>. Acesso em: 22 out 2022.

sistema Jim Crow, precisou de uma nova interpretação à Constituição Americana, modificando informalmente através de uma função atípica do poder judiciário.

7 ASPECTO JURISPRUDENCIAL

Para melhor entender a aplicação dos Tratados Internacionais de Direitos Humanos como fundamento da Mutação Constitucional, faz-se mister apreciar o caso brasileiro da prisão civil do depositário infiel, que pode ser considerado como norteador do presente trabalho.

Ocorre que mesmo com a aplica o do princípio pro-homine, o entendimento jurisprudencial ainda não corresponde por modificar o dispositivo constitucional por procedimento informal, ponderando apenas em casos complexos, o que seria uma mera utopia jurídica.

Nessa senda, propõe neste trabalho algumas considera es da decisão do Supremo Tribunal Federal que modificou informalmente a Constitui o Federal com fundamento em Tratado Internacional, em conformidade com a realidade atual.

7.1 Decisões sobre a Prisão Civil do Depositário Infiel (RE 466.343/SP; HC n  90.450/MG; HC n  94.695/RS; HC n  98.893 MC/SP; HC 96.772/SP)

  vista de todo o exposto, comporta ressaltar que a jurisdi o constitucional brasileira vedava a prisão civil por d vida desde a Constitui o de 1934, que em seu art. 113, n  30, dispunha: "Não haverá prisão por d vidas, multas ou custas", esse entendimento foi considerado pela Constitui o de 1946 que a prisão civil será aplicada apenas no caso do devedor de alimentos e do depositário infiel.

Por conseguinte,   luz da Constitui o Federal 1988, em seu art. 5 , inciso LXVII, a prisão civil por d vida seria possível em duas hipóteses: pelo inadimplemento voluntário e inescusável de obriga o alimentar e pelo depositário infiel. Essa prisão civil   medida excepcional para a pessoa cumprir uma obriga o que deveria ter cumprido e não o fez.⁸⁸

No entanto, com a autonomia da República Federativa do Brasil para celebrar acordos internacionais objetivando manter a paz, garantir a dignidade da pessoa humana, realizar a igualdade entre os povos, além de buscar a integra o econ mica, essa possibilidade de prisão do depositário infiel ganhou mais discussão com o Pacto Internacional sobre Direitos Cívicos e Políticos, promulgado pelo Decreto n  59247, de 06 de julho de 1992 e com a Conven o Americana de Direitos Humanos

⁸⁸ JUNIOR, Gabriel Dezen. Constitui o Federal Interpretada. Rio de Janeiro: Impetus, 2010. p. 246

(Pacto de San José da Costa Rica) incorporada ao direito positivo brasileiro através do Decreto nº 678, de 06 de novembro de 1992.

O Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos, em seu art. 11, dispõe que “Ninguém pode ser preso apenas por não cumprir com uma obrigação contratual”. Esse dispositivo internacional conflita diretamente com a previsão constitucional (art. 5º, inciso LXVII), que dispõe sobre a possibilidade da prisão civil por dívida do responsável pelo inadimplemento voluntário e inescusável de obrigação alimentícia e a do depositário infiel.

Por outro lado, o Pacto de San José da Costa Rica limitou a prisão civil apenas ao devedor de obrigação alimentar, dispondo em seu art. 7º, nº 7, que “Ninguém deve ser detido por dívidas. Este princípio não limita os mandatos de autoridade judiciária competidos em virtude de inadimplemento de obrigação alimentar”. Quando a prisão civil do depositário infiel, a Convenção Americana foi omissa, sendo permitida pela Constituição Federal de 1988.

Com a incorporação do Pacto de San José da Costa Rica, o Superior Tribunal de Justiça em 1995 entendia pelo afastamento da prisão civil do depositário infiel, fundamentando no art. 5º, § 2º da Constituição Federal. No entanto, o Supremo Tribunal Federal, decidiu pela inconstitucionalidade da norma internacional, por contrariar o art. 5º, LXVII da CF. Diante desse precedente, o entendimento do STJ utilizado para a aplicação do Pacto de San José da Costa Rica não se sustentava mais

A prova disso, o Superior Tribunal de Justiça decidiu no RHC 23.327/SC⁸⁹ de relatoria do Ministro Massami Uyeda pelo reconhecimento da licitude da prisão civil do depositário judicial e inaplicabilidade do Pacto de San José da Costa Rica no presente caso.

Com objetivo de sanar essa controvérsia, em 03 de dezembro de 2008, foram julgados em conjunto, na mesma sessão Plenária, o Recurso Extraordinário nº 466.343/SP⁹⁰, relatado pelo Ministro Cezar Peluso, o Recurso Extraordinário nº

⁸⁹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. RHC 23.327/SC, Rel. Ministro Massami Uyeda, terceira turma, julgado em 21.10.08, Diário da Justiça da União de 18/11/2008. Disponível em: www.stj.jus.br. Acesso em: 02 out. 2022.

⁹⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário 466.343, julg. em 03.12.08, especialmente o Voto-vista do Min. Gilmar Mendes. Recorrente: Banco Bradesco S/A. Recorrido: Luciano Cardoso Santos. Relator: Min. Cezar Peluso. Diário da Justiça Eletrônico, 5 jun. 2009b. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=595444>. Acesso em: 15 set 2022.

349.703/RS⁹¹, com relatoria do Ministro Carlos Britto, e os Habeas Corpus nº 87.585/TO ⁹²e nº 92.566/SP⁹³, ambos da relatoria do Ministro Marco Aurélio.

Com esses julgados do Supremo Tribunal Federal é possível destacar a modificação informal da previsão constitucional acerca do tema “a prisão civil do depositário infiel”. A doutrina não menciona que o Tratado Internacional foi fundamento para a mutação constitucional, mas é inegável que com a incorporação desses documentos internacionais que desconsidera a prisão civil para o depositário infiel foram parâmetros para modificar o dispositivo constitucional.

São estas as ementas dos referidos Acórdãos:

PRISÃO CIVIL. Depósito. Depositário infiel. Alienação fiduciária. Decretação da medida coercitiva. Inadmissibilidade absoluta. Insubsistência da previsão constitucional e das normas subalternas. Interpretação do art. 5º, inciso LXVII, e § 1º, § 2º e § 3º, da CF, à luz do art. 7º, 7, da Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica). Recurso improvido. Julgamento conjunto do RE 349.703 e dos HC 87.585 e HC 92.566. É ilícita a prisão civil de depositário infiel, qualquer que seja a modalidade do depósito. (Supremo Tribunal Federal, Recurso Extraordinário nº 466.343/SP, Tribunal Pleno, Rel. Min. Cezar Peluso, j. 03.12.2008, DJe 04.06.2009).

PRISÃO CIVIL DO DEPOSITÁRIO INFIEL EM FACE DOS TRATADOS INTERNACIONAIS DE DIREITOS HUMANOS. INTERPRETAÇÃO DA PARTE FINAL DO INCISO LXVII DO ART. 5º DA CONSTITUIÇÃO BRASILEIRA DE 1988. POSIÇÃO HIERÁRQUICO-NORMATIVA DOS TRATADOS INTERNACIONAIS DE DIREITOS HUMANOS NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO. Desde a adesão do Brasil, sem qualquer reserva, ao Pacto Internacional dos Direitos Civil e Políticos (art. 11) e à Convenção Americana sobre Direitos Humanos – Pacto de San José da Costa Rica (art. 7º, 7), ambos no ano de 1992, não há mais base legal para a prisão civil do depositário infiel, pois o caráter especial desses diplomas internacionais sobre direitos humanos lhes reserva lugar específico no ordenamento jurídico, estando abaixo da Constituição, porém acima da legislação interna. O status normativo supralegal dos tratados internacionais de direitos humanos subscritos pelo Brasil torna inaplicável a legislação infraconstitucional com ele conflitante, seja ela anterior ou posterior ao ato de adesão. Assim ocorreu com o art. 1.287 do Código Civil de 1916 e com o Decreto-Lei nº 911/69, assim como em relação ao art. 652 do Novo Código Civil (Lei nº 10.406/2002). ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA EM GARANTIA.

⁹¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário 349.703-1, julg. em 03.12.08, Recorrente: Banco Itaú. Recorrido: Armando Luiz Segabinazzi. Relator: Min. Carlos Britto. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=595406>. Acesso em: 15 set. 2022.

⁹² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus 87.585-8, julg. em 03.12.08, Impetrante: Alberto de Ribar Ramos Costa. Coator: Superior Tribunal de Justiça. Relator: Min. Marco Aurélio. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=597891>. Acesso em: 15 set. 2022.

⁹³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus 92.566-9, julg. em 03.12.08, Impetrante: Eduardo Gomes de Queiroz. Coator: Superior Tribunal de Justiça. Relator: Min. Marco Aurélio. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=595384>. Acesso em: 15 set. 2022.

DECRETO-LEI Nº 911/69. EQUIPARAÇÃO DO DEVEDOR-FIDUCIANTE AO DEPOSITÁRIO. PRISÃO CIVIL DO DEVEDORFIDUCIANTE EM FACE DO PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE. 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. RECURSO EXTRAORDINÁRIO CONHECIDO E NÃO PROVIDO. (Supremo Tribunal Federal, Recurso Extraordinário nº 349.703/RS, Tribunal Pleno, Rel. Min. Carlos Britto, j. 03.12.2008, DJe 04.06.2009).

DEPOSITÁRIO INFIEL – PRISÃO. A subscrição pelo Brasil do pacto de São José da Costa Rica, limitando a prisão civil por dívida ao descumprimento inescusável de prestação alimentícia, implicou a derrogação das normas estritamente legais referentes à prisão do depositário infiel. (Supremo Tribunal Federal, Habeas Corpus nº 87.585/TO, Tribunal Pleno, Rel. Min. Marco Aurélio, j. 03.12.2008, DJe 25.06.2009). PRISÃO CIVIL – PENHOR RURAL – CÉDULA RURAL PIGNORATÍCIA – BENS – GARANTIA – IMPROPRIEDADE. Ante o ordenamento jurídico pátrio, a prisão civil somente subsiste no caso de descumprimento inescusável de obrigação alimentícia, e não no de depositário considerada a cédula rural pignoratícia. (Supremo Tribunal Federal, Habeas Corpus nº 92.566/SP, Tribunal Pleno, Rel. Min. Marco Aurélio, j. 03.12.2008, DJe 04.06.2009).

Como mencionado, a aprovação da Emenda Constitucional (EC) nº 45/2004 conferiu status constitucional aos tratados internacionais sobre direitos humanos aprovados em cada casa do Congresso Nacional, em dois turnos de votação e por três quintos dos votos (art. 5º, §3º da CF/88), concedendo caráter especial aos tratados internacionais sobre direitos humanos.

De acordo com o Ministro Gilmar Mendes, proferindo o seu voto no julgamento citado, a Convenção Americana de Direitos Humanos e o Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos, iniciaram um amplo debate sobre a possibilidade de revogação, por tais diplomas internacionais, da parte final do inciso LXVII do art. 5º da Constituição brasileira de 1988, especificamente, da expressão “depositário infiel”.

E para confirmar esse entendimento, o constituinte derivado acertou ao acrescentar o §3º ao art. 5º da CF/88, não existindo mais base legal para a aplicação do dispositivo constitucional que admite a prisão civil do depositário infiel.

No ensinamento do saudoso professor Luiz Flávio Gomes:

Em síntese: a nova postura jurisprudencial do STF finca suas raízes em novos tempos, em novos horizontes: a era da internacionalização dos direitos humanos já não pode ser (jurassicamente) ignorada. No Estado constitucional e humanista de direito não cabe prisão civil contra o depositário infiel, qualquer que seja esse depositário (judicial ou não). A única prisão civil admitida pelo direito internacional é a relacionada com alimentos. Conclusão: é a única que vale hoje no direito interno brasileiro (ou seja: a única que ainda faz parte do direito “vivente”).⁹⁴

Não se pode negar, por outro lado, que o entendimento acabou por ressaltar a prevalência de um Tratado Internacional de Direitos Humanos quando este dispor de norma mais benéfica, conferindo-lhes lugar privilegiado no ordenamento jurídico. Com esse julgamento, a jurisdição constitucional passa possuir mais um parâmetro para fundamentar a modificação informal do dispositivo da Constituição Federal. Isso é possível graças a inovação constitucional do §3º do art. 5º da CF, possibilitando que os direitos consagrados em tratados de direitos humanos em que o Brasil seja parte, incorporem ao elenco dos direitos constitucionalmente consagrados.

É claramente possível a alteração do dispositivo constitucional com fundamento em Tratado Internacional de Direitos Humanos. E no caso da prisão do depositário infiel, percebe-se que além de modificar informalmente o dispositivo, sem alterar a sua gramática, o Supremo Tribunal Federal editou a Súmula Vinculante nº 25 que encontra-se em nosso ordenamento jurídico com a seguinte redação: “É lícita a prisão civil do depositário infiel, qualquer que seja a modalidade do depósito”.

Seguindo o mesmo entendimento da Corte, o Superior Tribunal de Justiça aprovou a Súmula 419, que enuncia o descabimento da prisão civil do depositário judicial infiel. O fundamento de ambas as decisões é o mesmo: confirmar que os direitos humanos prevalecem em nosso sistema jurisdicional, seja por direito interno ou direito internacional.

Posto isso, vale ressaltar que a aplicação da mutação constitucional em nosso ordenamento pátrio fundamentando em Tratado Internacional de Direitos Humanos visa acompanhar às mudanças sociais e fortalecer a “vontade das Constituições” consagrada no conceito de Konrad Hesse, adaptar-se às eventuais

⁹⁴ GOMES, Luiz Flávio. Súmula Vinculante 25 do STF: Impossível a prisão civil do depositário infiel. Disponível em: http://ww3.lfg.com.br/public_html/article.php?story=20100213164113915&mode=print. Acesso em: 20 out. 2022.

mudanças na realidade sociopolítica, o que somente conseguirá se o seu texto estiver suscetível a novos desenvolvimentos.⁹⁵

⁹⁵ VIEIRA, José Ribas; NOGUEIRA, Patrícia Ether. Mutação Constitucional, Supralegalidade e Bloco de Constitucionalidade: Marcos Interpretativos na Questão do Depositário Infiel pelo STF. Revista da Faculdade de Direito Candido Mendes. Ano 14, n. 14, 2009. p. 13-28.

8 CONCLUSÃO

A partir de todos os elementos desenvolvidos no presente estudo e análise das teorias, foi possível destacar a aplicabilidade dos tratados internacionais, em especial os que versem sobre direitos humanos na ordem jurídica interna, principalmente com o entendimento monista internacionalista dialógico, estabelecendo a norma mais favorável ao ser humano. Trata-se de solução apresentada pela doutrina a qual se acata da utilização da norma mais favorável, ou seja, a utilização do princípio pro-humanidade, que anteriormente era chamado de pro-homini. Não importa que sejam tratados celebrados e ratificados em nível da Organização das Nações Unidas ou no âmbito da Organização dos Estados Americanos, mas sim o fato de serem responsáveis pela proteção de direitos, sendo que essa metodologia resolutiva também vale no caso de dois tratados, sendo um no âmbito das Nações Unidas e outra da Organização dos Estados Americanos. O que for mais benéfico para o ser humano será utilizado em detrimento do outro naquele caso concreto, embora não exista revogação.

Essa análise prosseguiu para resolver a problemática da posição hierárquica dos tratados internacionais de direitos humanos no ordenamento jurídico interno, já que o próprio constituinte originário conferiu que os direitos e garantias expressos na Constituição Federal não excluem outros decorrentes dos tratados internacionais em que o Brasil seja signatário. Portanto, há “cláusulas pétreas” nos tratados de direitos humanos ratificados pelo Brasil, pois o “Bill of Rights” é apenas exemplificativo, sendo que há também outros dispositivos espalhados pelo texto da Lei Maior.

O entendimento do Supremo Tribunal Federal, que é o guardião da Constituição por muito tempo considerou que os tratados internacionais possuíam status de lei ordinária, termos do art. 49, inc. I, da Magna Carta, pois havia uma simetria na votação, ou seja, os decretos-legislativos eram aprovados por duas votações de maioria simples, o mesmo que é utilizado no processo legislativo das leis ordinárias. No entanto, os tratados de direitos humanos podem, em tese, trazer direitos e garantias individuais para o ordenamento, o que merece uma reflexão sobre o tema. Posteriormente, numa decisão de Recurso Extraordinário na apreciação da prisão civil do depositário infiel, o STF entende que os tratados de direitos humanos são supralegais, ou seja, superiores às leis ordinárias e inferiores a Constituição.

Esse entendimento vale apenas para os tratados aprovados com duas votações de maioria simples, pois a um novo tipo de decreto-legislativo. Este entendimento da supralegalidade está amplamente superado com a entrada da Emenda Constitucional nº45 de 2004, que acrescentou o parágrafo § 3º do art. 5º da Constituição Federal, entendendo que os tratados de direitos humanos que forem aprovados pela ritualística do art. 60, §2º da Constituição Federal, serão equivalentes às emendas constitucionais.

Não solucionando integralmente o problema, o Supremo Tribunal Federal no recurso extraordinário 466.343/SP entendeu que os Tratados Internacionais de Direitos Humanos possuem status de supralegalidade, devido ao caráter especial na ordem jurídica interna. Com isso, aqueles não aprovados nos termos do art. § 3º do art. 5º da Constituição Federal, estarão em posição inferior aos dispositivos constitucionais, mas acima das leis infraconstitucionais, sendo que por isso mesmo a prisão civil do depositário infiel acabou sendo revogada com base no Pacto de San José da Costa Rica, que serviu de parâmetro no chamado controle de convencionalidade.

Os direitos fundamentais garantidos na Constituição Federal e nos Tratados de Direitos Humanos se revestem de proteção dentro da Jurisdição Constitucional permanecendo o Poder Inicial do Constituinte Originário.

Diante disso, a incorporação dos Tratados Internacionais não ofende a Supremacia da Constituição, pois continua sendo o entendimento superior e norteador, mas com acréscimo aos direitos e garantias que estão incorporados na ordem internacional (art. 5º, §2º da Constituição Federal), sendo mais um alicerce para a sua estabilização.

E para somar a esse entendimento, a aplicabilidade do *jus cogens* contribui para a impossibilidade de derrogação, reconhecendo a rigidez da norma e sua modificação será exclusivamente por norma ulterior de Direito Internacional geral da mesma natureza. No sistema brasileiro, chamamos de Cláusulas Pétreas, impossibilitando de modificações imprecisas e contrárias aos Constituinte Originário.

O todo analisado no presente estudo corrobora no sentido de aplicabilidade dos tratados internacionais como fundamento de modificação informal da Constituição Federal, desde que haja ofensa aos princípios constitucionais e às Cláusulas Pétreas, sejam decorrentes da própria Constituição Federal ou dos Tratados Internacionais.

E quando conflitar, prevalecerá a norma que mais garantir a proteção ao indivíduo, seja ela de direito interno ou de direito internacional. É o efeito do princípio *pro homine* que estabelece essa disposição, assegurando o exercício de um direito de maneira mais completa.

Portanto, o que se defende nesta apreciação acadêmica é um tipo diferente de mutação constitucional, que como visto é a mudança do entendimento sobre o texto da Constituição. Inicialmente a mudança vai ocorrer apenas na interpretação, mas o Supremo Tribunal Federal pode, posteriormente, fazer uma interpretação conforme e declarar inválidas as demais interpretações sobre aquela temática.

Por se tratar de documentos oriundos do Direito Internacional Público e do Direito Internacional dos Direitos Humanos, se entende que há uma possibilidade concreta de que seja utilizado o referido princípio *pro-persona* ou *pro-humanidade* para prestigiar valores previstos nas referidas convenções. A própria Convenção de Viena dos Direitos dos Tratados aborda a possibilidade de criação de novas normas de “*jus cogens*”. Entende-se que são um conjunto de normas imperativas, que não podem ser violadas na comunidade internacional, pois são aceitas e reconhecidas como tal, pois em alguns casos refletem valores e padrões deontológicos sedimentados no âmbito da comunidade internacional, cuja existência e eficácia independem da aquiescência dos Estados e também devem ser aceitas por todos entes ou sujeitos de direito internacional. Portanto, devem ser parâmetros para interpretação sistemática e principiológica da Constituição, além do que o próprio Poder Originário entendeu que a Lei Maior precisa ser atualizada e ser um reflexo da sociedade. A prova disso é a possibilidade das emendas constitucionais previstas no artigo 60, com vedações ao retrocesso e também a indicação de um núcleo duro, as chamadas “cláusulas pétreas”.

São normas imperativas de direito internacional público e, portanto, a mutação na interpretação deve levar em conta esses valores reconhecidos no plano internacional. A defesa desse ponto de visto mutacional é um reflexo desses padrões e valores deontológicos sedimentados no âmbito da comunidade internacional e não apenas as organizações, como as Nações Unidas. Se defende esse tipo de mutação com base na existência e eficácia de direitos humanos que independem da aquiescência dos sujeitos de direito internacional.

REFERÊNCIAS

ACCIOLY, Hildebrando; CASELLA, Paulo Bora. **Manual de Direito Internacional Público, 25 eds.** São Paulo: Saraiva, 2021.

ADEODATO, João Maurício. **Ética e retórica: para uma teoria da dogmática jurídica.** 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

ARIMA JUNIOR, Mauro Kiithi. **Pandemia e relações internacionais cooperação e conflito na crise global de saúde pública.** Jus, 2020. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/83207/pandemia-e-relacoes-internacionais>. Acesso em 16 de nov. de 2020.

BAPTISTA, Eduardo Correia. **Direito Internacional Público – Conceitos e Fontes.** Volume I, Lisboa: Editora Lex, 1998.

BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e Aplicação da Constituição.** São Paulo: Saraiva, 1996.

BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e aplicação da Constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora.** 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção de novo modelo.** São Paulo: Saraiva, 2018.

BELAUNDE, Domingo Garcia. **O precedente vinculante e sua revogação pelo Tribunal Constitucional (análise do caso Provías Nacional, Proc. Nº 3.909-2007-PA/TC).** Revista Brasileira de Estudos Constitucionais – RBEC, Belo Horizonte, ano 3, n. 11, p. 35-42, set. 2009.

BELLO, Enzo; BECOVICI, Gilberto; LIMA, Martonio Mont'Alverne Barreto. **O fim das ilusões constitucionais de 1988?** Revista Direito e Práxis, Rio de Janeiro, Vol. 10, 2019, p. 1769-1811. Disponível em: <https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/revistaceaju/article/view/37470/2648>. Acesso em: 10 set. 2022.

BIDART Campos, Germán J. **Teoria General de los Derechos Humanos.** Universidad Nacional Autónoma de México. México, 1989.

BITTENCOURT, C. A. Lúcio. **O controle jurisdicional de constitucionalidade das leis. Série "Arquivos do Ministério da Justiça".** Brasília: Ministério da Justiça, 1997.

BULOS, Uadi Lammêgo. **Curso de direito constitucional.** 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

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

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário 466.343**, julg. em 03.12.08, especialmente o Voto-vista do Min. Gilmar Mendes. Recorrente: Banco Bradesco S/A. Recorrido: Luciano Cardoso Santos. Relator: Min. Cezar Peluso. Diário da Justiça Eletrônico, 5 jun. 2009b. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=595444>. Acesso em: 15 set. 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **RHC 79.785/RJ**. Tribunal Pleno. Relator: Min. Sepúlveda Pertence. julg. em: 29.03.2000. Publicado no DJ de 22.11.2002. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/processo/listarprocesso.asp>. Acesso em 16 de set. de 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus 72.131-1**, julg. em 20.11.95, Impetrante: Marcello Ferreira de Souza Granado. Paciente: Lairton Almagro Vitoriano da Cunha. Relator: Min. Marco Aurélio. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=73573>. Acesso em: 15 set. 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus 82424**, julg. em 17.09.03, Impetrante: Werner Cantalício João Becker. Paciente: Siegfried Ellwanger. Relator: Min. Moreira Alves. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur96610/false>. Acesso em: 15 set. 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário 349.703-1**, julg. em 03.12.08, Recorrente: Banco Itaú. Recorrido: Armando Luiz Segabinazzi. Relator: Min. Carlos Britto. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=595406>. Acesso em: 15 set. 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus 87.585-8**, julg. em 03.12.08, Impetrante: Alberto de Ribar Ramos Costa. Coator: Superior Tribunal de Justiça. Relator: Min. Marco Aurélio. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=597891>. Acesso em: 15 set. 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus 92.566-9**, julg. em 03.12.08, Impetrante: Eduardo Gomes de Queiroz. Coator: Superior Tribunal de Justiça. Relator: Min. Marco Aurélio. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=595384>. Acesso em: 15 set. 2022.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **RHC 23.327/SC**, Rel. Ministro Massami Uyeda, terceira turma, julgado em 21.10.08, Diário da Justiça da União de 18/11/2008. Disponível em: www.stj.jus.br. Acesso em: 02 out. 2022.

CALLEJÓN, María Luisa Balaguer. **Interpretación de la Constitución y ordenamiento jurídico**. Madri: Tecnos, 1997.

CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. **Curso de Direito Internacional Público**. Rio de Janeiro, Editora Renovar, volume I, 2000, p. 795.

CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. Apresentação do livro PIOVESAN, Flávia (Org.). **Direitos humanos e o direito constitucional internacional**. 5. ed. São Paulo: Max Limonad, 2002.

CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. **A Humanização do Direito Internacional**. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

CANOTILHO, José Joaquim. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7.^a Edição - 5.^a Reimpressão, Editora Almedina, 2008.

COLOMBIA. **Constituição Política da República da Colômbia**. Disponível em: <https://siteal.iiep.unesco.org/pt/bdnp/193/constitucion-politica-republica-colombia>. Acesso em: 22 out. 2022.

CUEVA, Mario de la. **Teoría de la Constitución**. Cidade do México: Porrúa, 2008.

CUNHA JUNIOR. Dirley da. **Curso de Direito Constitucional**. 6. ed. Salvador: JusPodivm, 2012.

DINIZ, Márcio Augusto Vasconcelos. **Constituição e hermenêutica constitucional**. Belo Horizonte: Mandamentos, 1998.

EUA. **A Constituição dos Estados Unidos da América**. Disponível em: <http://www.uel.br/pessoal/jneto/gradua/historia/recdida/ConstituicaoEUAREcDidaPES SOALJNETO.pdf>. Acesso em: 22 out. 2022.

FERRAZ, Anna Cândida da Cunha. **Processos informais de Mudança da Constituição: Mutações Constitucionais e Mutações Inconstitucionais**. São Paulo: 1986, p. 10.

GOMES, Luiz Flávio. **Súmula Vinculante 25 do STF: Impossível a prisão civil do depositário infiel**. Disponível em: http://ww3.lfg.com.br/public_html/article.php?story=20100213164113915&mode=print. Acesso em: 20 out. 2022.

JELLINEK, Georg. **Reforma y mutación de la Constitución**. Tradução Christian Föster. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1991.

JUNIOR, Gabriel Dezen. **Constituição Federal Interpretada**. Rio de Janeiro: Impetus.

KELSEN, Hans. **Teoria Geral do Direito e do Estado**, 1998.

KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. 6 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

KORFF, Serge A. **Introduction à l'histoire du droit international**, in **Recueil des Cours**, vol. I (1923-I), p. 21. Sobre o tema, cf. ainda a incursão histórica que faz Paulo Borba Casella, *Direito internacional no tempo antigo*, São Paulo: Atlas, 2012.

LABAND. **Wandlugen der deutschen Reichverfassung**. Dresden, 1895.

LAFER, Celso. **A Internacionalização dos Direitos Humanos: constituição, racismo e relações internacionais**. Barueri: Manole, 2005

LASSALLE, Ferdinand. **A essência da Constituição**. Trad. de Walter Stonner. Prefácio de Aurélio Wander Bastos. 2. ed. Rio de Janeiro: Liber Juris, 1998.

LIMA, Martonio Mont'Alverne Barreto; OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de; STRECK, Lenio Luiz. **A nova perspectiva do Supremo Tribunal Federal sobre o controle difuso: mutação constitucional e limites da legitimidade da jurisdição constitucional**. Revista Argumenta, n. 7, 2007. Disponível em: <http://seer.uenp.edu.br/index.php/argumenta/article/view/72>. Acesso em: 11 set. 2022.

LUÑO, Antonio Enrique Perez. **Derechos humanos, Estado de Derecho y Constitución**. 10. ed. Madri: Tecnos, 2010.

MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **Curso de direito internacional público**. 13. ed. – Rio de Janeiro: Forense, 2020.

MELLO, Celso D. Albuquerque. **Curso de Direito Internacional Público**, 2000.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional** 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

MENEZES, Wagner. *Direito Internacional e pandemia: reflexões críticas sobre o porvir*. Conjur, 2020. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/59325/a-importanciado-direito-internacional-na-actualidade/3>. Acesso em 09 de out. de 2022.

MIRANDA, Jorge. **Curso de Direito Internacional Público**. Cascais: Principia, 2002. Citando Perter Häberle, *Der Kooperative Verfassungsstaat*, na tradução para português, publicada no Brasil, *Estado Constitucional Cooperativo*, por Marcos Augusto Maliska e Elisete Antoniuk, Rio de Janeiro, 2007.

MULLER, Friedrich, 1938. **Fragmento (sobre) o poder constituinte do povo; tradução Peter Naumann**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

PEDRA, Adriano Sant'Ana. **Ensaio crítico: do político ao jurídico**. 1. ed Chai, RJ: Brasil Multicultural, 2016.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional**. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

PIOVESAN, Flávia. **Tratados Internacionais de Proteção dos Direitos Humanos: Jurisprudência do STF**. Disponível em: <http://www.oas.org/es/sadye/inclusion-social/protocolo-ssv/docs/piovesan-tratados.pdf>. Acesso: 16 jun. 2022.

PORTELA, Paulo Henrique Gonçalves. **Direito Internacional Público e Privado**. 2. ed. Salvador: Juspodivm, 2010.

PORTUGAL. Tribunal Constitucional. Acórdão nº 617/2006. Disponível em www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20060617.html. Acesso em: 22 out. 2022.

ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DE SAÚDE. **COVID-19 mostra porque é necessária uma ação unida para uma arquitetura de saúde internacional mais robusta**. Disponível em <https://www.who.int/news-room/commentaries/detail/op-ed---covid-19-shows-why-united-action-is-needed-for-more-robust-international-health-architecture>. Acesso em: 14 set 2022.

RODAS, J. G. **Jus cogens em direito internacional**. Revista Da Faculdade De Direito, Universidade De São Paulo, 1974.

ROUSSEAU, Charles. **Droit International Public**, v. I, Dalloz, 1970.

SALA, José Blanes. **A política internacional e as regras de jus cogens**. In Revista IMES, 2007.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais**. 5. ed. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2007.

SARMENTO, Daniel. Direito Constitucional. **Teoria, história e métodos de trabalho**. 1.ed. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

SILVA, Fábio Rodrigues. **O uso da teoria da Mutação Constitucional pelo Supremo Tribunal Federal**. 2020. Disponível em: <https://bibliotecatede.uninove.br/handle/tede/2404>. Acesso em 26 ago 2022.

SOUSA, Ileide Sampaio de. **Tratados internacionais de direitos humanos e conflitos com o vértice do ordenamento jurídico nacional: atualização do princípio pro homine na ponderação de colisões normativas que envolvam direitos humanos**, 2013, p. 150.

SOUSA, Pedro Ivo de. **L'età dei diritti e dei doveri: per un costituzionalismo libero e responsabile**. 2015. Tese (Doutorado em Direito) – Dipartimento di Giurisprudenza, Università Roma Tre, Roma, 2015. Disponível em: <https://arcadia.sba.uniroma3.it/handle/2307/5028>. Acesso em: 04 set 2022.

TAVARES, André Ramos. **Fronteiras da hermenêutica constitucional**. São Paulo: Método, 2006.

UPRIMNY, Rodrigo. **El bloque de constitucionalidad en Colombia: un análisis jurisprudencial y un ensayo de sistematización doctrinal**. Disponível em:

https://www.dejusticia.org/wp-content/uploads/2017/04/fi_name_recurso_46.pdf.
Acesso em: 16, jun 2022.

VEDEL, Georges. **Manuel Élémentaire de Droit Constitutionnel**. Paris: Librairie du Recueil Sirey, 1949.