



## O SUPRADIREITO OU O DIREITO DOTADO DE SUPRALEGALIDADE: PADRÃO PARA O CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE?

Felipe Cesar José Matos Rebêlo

### RESUMO

O supradireito é um conceito apontado pela doutrina, mas que encontra guarida na jurisprudência, apesar de ser verificada essa aceitação com gradações diferenciadas. Diante desse quadro, destaca-se como objetivo do presente trabalho estudar o caráter conceitual do direito supralegal, relacionando sua aplicação através da prática jurisprudencial – principalmente a jurisprudência da mais alta Corte brasileira, averiguando-se, ainda, a possibilidade de se estatuir o controle de constitucionalidade de normas constitucionais originárias com base nos supradireitos. Há também a possibilidade de se obter o aferimento de que o controle de constitucionalidade dessa natureza não seja possível, buscando-se delinear, em consequência, como os supradireitos são utilizados na prática de aplicação do direito constitucional, bem como se é possível se vislumbrar a sua instrumentalização no ordenamento jurídico de uma maneira diferenciada. Com esse mister, as doutrinas nacional e estrangeira serão consideradas, fornecendo-se espaço mais discreto à jurisprudência alemã, expressa pelo Tribunal Constitucional Federal e cortes inferiores. O marco teórico fundamental para o implemento do presente trabalho é a produção científica de Otto Bachof. O método de abordagem escolhido é o método hipotético-dedutivo, adotando-se como método de procedimento o levantamento bibliográfico.

**Palavras-Chave:** Supradireito. Controle de Constitucionalidade. Interpretação Constitucional

- 
- Mestre e Doutor em Direito Político e Econômico pela Universidade Presbiteriana Mackenzie. Pós-Doutor em Democracia e Direitos Humanos pela Universidade de Coimbra (Portugal). Coordenador de núcleo de pesquisa e publicação do Journal of Political Science and International Relations (Estados Unidos). Advogado e Professor Universitário nos cursos lato sensu em direito pela Universidade Presbiteriana Mackenzie. Orcid: <http://orcid.org/0000-0002-4269-1968> e-mail: felipe.rebello76@gmail.com

## 1 INTRODUÇÃO

O supradireito ou direito supralegal é um conceito hodiernamente tratado pela doutrina estudiosa, reflexo das mudanças político-históricas. A jurisprudência, em um primeiro momento, considera e se debruça sobre a questão, o que inspira a doutrina a avaliá-la sob as mais diversas perspectivas, e tomar conclusões acerca da funcionalidade e pluridimensionalidade do conceito.

A jurisprudência brasileira, principal foco no trabalho que aqui se pretende desenvolver, aceita a existência do conceito de supradireito. Alguns acórdãos tratam especificamente sobre a temática, conforme se verá oportunamente. No entanto, a questão de sua utilização com fins a concreção do controle de constitucionalidade opõe-se como outra discussão. O sistema jurisprudencial brasileiro pode assumir uma esfera mais restritiva nesse caso. A jurisprudência alienígena poderá ser sopesada neste diálogo específico com a jurisprudência brasileira, mas será fornecida preponderância ao estudo conjunto com a doutrina sobre a temática, abordando caracteres conceituais de forma mais especificada, algo que passa de forma rasteira em muitos diagnósticos jurisprudenciais pontuais.

O supradireito, entendido em caráter introdutório como o conjunto de ditames fundamentais de uma ordem jurídica e política, muitas vezes não insculpidos nos ordenamentos jurídicos material e formal, encontra aqui uma esfera profícua de pesquisa, a medida que se indaga sobre sua aplicabilidade ao ordenamento jurídico pátrio, seja como estipulação de parâmetro para o controle de constitucionalidade, seja como orientação da própria atividade laborativa ministrada pelos juízes.

Com foco a se entender o proposto em termos de pesquisa, inicialmente, debruça-se a pesquisa sobre o conceito de supradireito ou direito supralegal, item que se interliga intimamente com as avaliações doutrinárias propostas. No segundo caminho da pesquisa, o trabalho fundamental de Otto Bachof é considerado como marco teórico, sem se ignorar as vozes doutrinárias nacionais mais expoentes nessa seara. Outrossim, cabe aqui a inovação na pesquisa ao se trazer, como referência bibliográfica, o trabalho desenvolvido por Thomas Jefferson em sua teoria do direito constitucional, que estipula padrões para o controle de constitucionalidade retomados pela doutrina norte-americana na contemporaneidade. Por fim, antes de se adentrar às considerações finais, faz-se uma análise mais concreta sobre a jurisprudência brasileira ao caso de estudo, averiguando-se entendimentos sobre a posição conceitual, como se opera a aceitação do supradireito no que se refere aos tratados sobre direitos humanos, e a possibilidade de aplicação do conceito ao controle de constitucionalidade. Caso não seja possível esta última assertiva, ou seja, a aplicação do supradireito no controle de constitucionalidade, replica-se como pode ser albergada a sistemática do direito supralegal em nosso ordenamento jurídico, questão que, para alcançar

delineamentos definitivos, necessita conjugar análise jurisprudencial e doutrinária de forma mais retilínea.

Como método de abordagem, adota-se o método hipotético-dedutivo, pois admite-se o reconhecimento do supradireito pela doutrina e jurisprudência colocadas em foco, buscando-se conhecer de forma mais especificada, através do conhecimento existente, como pode se instrumentalizar dentro do ordenamento jurídico de espectro constitucional. Quanto ao método de procedimento, cita-se o levantamento bibliográfico como foco de estudo, instrumentalizado pela pesquisa dissertativa-argumentativa. As doutrinas nacional e internacional serão abordadas durante a exposição, conferindo-se, no entanto, maior prioridade para a jurisprudência nacional em detrimento da jurisprudência internacional quando se fizer oportuno.

## 2 ASPECTO CONCEITUAL DO SUPRADIREITO

O supradireito ou direito supralegal, reserva-se como um conceito que acompanha não somente a evolução do direito como sistema, mas sua evolução atrelada aos fatos sociais determinantes de uma geração. Pode ser conceituado como o conjunto de direitos que fornece respaldo e fundação para a ordem jurídica em um sentido mais amplo, compreendendo aqui os fundamentos básicos não só de sustentação do Estado, como também de proteção da pessoa humana.

Em virtude dessa definição, comumente se fala em um sistema de regras que fornecem amplidão e conteúdo de validade aos direitos humanos. Vozes da doutrina mencionam que os direitos humanos como acepção incorporam-se na definição de supradireito. Bachof (1977) alerta para a necessidade de não se imiscuir o conceito de supradireito com a tradição clássica de direito natural, inclusive no que tange à acepção deflagrada pelas revoluções liberais setecentistas. O supradireito, em termos conceituais, precisa assumir uma função de legitimidade do sistema jurídico, como se fosse garantidor da organização política e escudo de proteção do bem-estar humano. Nesse sentido, o mencionado professor alemão utiliza, em certo ponto, a adjetivação de “metafísico” ao se referir a esse conjunto normativo, mas aqui denota-se clara a intenção de sobejar elementos que se ligam a natureza humana e suas potencialidades, denotando-se um elemento garantidor dentro da normatividade jurídica para sua previsibilidade em proteger essencialmente o núcleo de direitos básicos da pessoa humana, deixando-se em apartado potenciais ligações da norma legitimadora a Deus(es) ou ordens metafísicas de proteção e guia à pessoa humana. O conceito de direito natural sobejado no século XVIII permanece afastado da conceituação aqui permeada.

Deve ser ressaltado dentro dessa moldura estrutural que o supradireito surge com mais força após momentos em que o positivismo jurídico encontra apogeu em sua execução, mas

em detrimento da proteção do conteúdo fundamental dos direitos humanos. Com efeito, a Alemanha nazista se revela uma expressão da realidade decantada. A razão de Estado determina as ações políticas e jurídicas nesse exemplo, justificando-se a violação dos direitos humanos de grupos fragilizados ou conquistados pelas armas com base no interesse maior do Reich alemão, ou seja, a emancipação plena e total da raça ariana, como a própria natureza humana determinaria, fazendo necessário o Estado atuar de forma a conformar todas as ações políticas com vistas ao alcance do objetivo máximo, não reconhecendo direitos de pessoas como acima da fundação máxima e necessária do Estado alemão. Trata-se essa de uma missão em constante aperfeiçoamento e conquista, segundo aquele entendimento cultivado à 1ª metade do século XX.

Diante desse quadro, em um cenário pós 2ª Guerra Mundial, os direitos humanos são elevados a patamares antes nunca vistos no cenário jurídico global ocidental, ganhando prestígio a formulação do conceito de direito supralegal em atendimento a uma perspectiva contemporânea de proteção aos direitos do homem. A Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão (1789) torna-se a Declaração Universal dos Direitos Humanos (1948), uma vez que os direitos humanos de feição burguesa sofrem uma fricção que lhes afasta o caráter transcendental de materialidade expresso pelo direito natural, recuperando-se como um conceito de legitimação e proteção do núcleo essencial da ordem jurídica positiva, como sistema cientificamente estruturado, mas que não pode ceder espaço em seus fundamentos basilares a ações estatais afrontosas a essência das estruturas política e humana da sociedade – estruturas que convencionalmente são tidas como essenciais para o desenvolvimento da pessoa humana.

Apesar de pertencer ao período setecentista, a definição de Thomas Jefferson preenche o conteúdo de supradireito, uma vez que os direitos inalienáveis do homem prescrevem sua aceção, muito mais pelo que se refere ao conjunto de direitos aferíveis pela razão. Há a predisposição daquele virginiano em reconhecer esses direitos em identidade aos direitos naturais, questão que permanece em apartado na presente análise.

A discussão da originalidade conceitual do supradireito relaciona-se, de certa forma, com a discussão doutrinária envolvendo as correntes universalistas e relativistas sobre a universalização dos direitos humanos. Sobre esse específico debate:

A doutrina relativista relaciona a noção de Direitos Humanos com o sistema político, histórico, econômico, cultural, social e moral de cada Estado, fazendo referência principalmente às distintas ideias de Direitos Fundamentais no ocidente e nos países islâmicos, hindus e na China. Já a corrente universalista defende a imposição do Direito Internacional dos Direitos Humanos igualmente a todos os Estados, independente da diversidade cultural ou histórica entre eles, uma vez que considera esses direitos universais, indivisíveis, interdependentes e interrelacionados (LEÃO; OPUSZKA, 2013, p. 104).

Portanto, é possível se aferir dessa discussão que a soberania estatal circunscreve o aspecto de efetivação dos direitos humanos, gerando posicionamentos que primam pela relativização dessa soberania em favor dos ditos direitos da pessoa humana. No entanto, cabe aqui enfatizar que, devido a grande diferença cultural e social envolvendo os Estados nos limites ocidentais e orientais, necessária é a observância de cautela para a tomada de conclusões que levem a uma uniformização do tratamento de tais singulares concepções de proteção à pessoa humana. A reflexão mais ponderada deve considerar as diferenças mencionadas, bem como maneiras de colmatar essas diferenças às peculiaridades inerentes à materialização dos direitos humanos. Dessa forma, é possível a construção de canais mais apropriados de defesa e implementação desses direitos, respeitadas as tradições locais.

A aceitação do supradireito na contemporaneidade é real, questão aceita pelo Tribunal Constitucional Federal alemão e pelo Supremo Tribunal Federal, mas de formas diferenciadas. A interpretação constitucional vem à baila, discutindo-se como o supradireito pode atuar dentro dos feixes de estabelecimento do direito constitucional. Pode se referir ao controle de constitucionalidade de forma mais incisiva, questão levantada com primazia pela doutrina:

(...) na hipótese de contrariedade entre regra constitucional e regra constitucional transcendente, assim entendida a norma jurídica meramente declaratória de direito ante-estatal e pré-constitucional, vinculativa para o próprio constituinte, como, por exemplo, a afirmação da dignidade da pessoa humana, haveria a inconstitucionalidade material da norma de direito constitucional em face da norma de direito constitucional suprapositivo (MORAES, 2020, p. 52-53).

Outrossim, a discussão ainda pode partir para a definição de que o supradireito pode assumir um caráter mais declaratório da legitimidade de direitos e obrigações, de acordo com a realidade constitucional visualizada por cada tribunal constitucional, ou órgão judiciário de cúpula. O que importa no presente momento é ter-se a ciência de que o supradireito abarca direitos e condições essenciais para o desenvolvimento da pessoa humana, o que abarca não somente direitos humanos, como também postulados essenciais para que a organização política cumpra seu dever de proteção e tutela daqueles que juridicamente se encontram sob sua tutela. A partir do próximo item, tais questões serão analisadas com maior acuidade.

### **3 DE JEFFERSON A BACHOF: aspectos doutrinários**

Adota-se no presente estudo a contribuição de Otto Bachof sobre o direito supralegal e seus desdobramentos reflexivos, cabendo nesse círculo a abordagem do controle de constitucionalidade. Com o fito de tornar cristalino seu ponto de vista, faz-se agora uma compreensão dos pontos fundamentais de sua obra “Normas constitucionais inconstitucionais?” (1977), de influência cabal na Corte constitucional alemã.

A doutrina e a jurisprudência alemãs revelam pontos de vista antagônicos na matéria. A jurisprudência contemporânea ao estudo de Bachof procura se ater, essencialmente, ao direito escrito, relegando a um segundo plano de validade, quando não denegando quaisquer efeitos jurídicos, as normas que se caracterizariam como supradireitos. Decisões são encontradas com destaque, como aquelas que recuperam o conceito de *direito incorreto* de Radbruch<sup>70</sup>, o que daria ensejo ao sopesamento do direito supralegal no “decisum”, enquanto persistem decisões em que o conceito puramente formal das normas constitucionais é negligenciado, reconhecendo-se validade jurídica ao conjunto mínimo de normas que fornecem a essência básica da ordem jurídica:

Não desconheço que uma faculdade de controle tão extensa pode conter certos perigos para a segurança jurídica, mas penso que, frequentemente, estes se exageram muito. A autocontenção que Apelt reclama dos tribunais constitucionais não pode consistir numa renúncia parcial à competência judicial de controle, mas apenas na compreensão de que direito “incorreto” ou “mau” direito não é ainda, de modo nenhum, não-direito (*Un-Recht = Nichtrecht*), e na compreensão, bem assim, de que o direito supralegal – o “direito natural”, não no sentido de princípios regulativos, mas no de normas de conduta imediatamente jurídico-vinculativas – é só aquele mínimo sem o qual uma ordem já não mereceria a qualificação de ordem *jurídica*: a cuidadosa delimitação de Radbruch continua a afigurar-se-me exemplar, apesar da pouca nitidez, por ele próprio reconhecida, mas porventura inevitável, dos seus contornos (BACHOF, 1977, p. 80-81).

A doutrina, por seu turno, e com grande influência de Kelsen, atém-se essencialmente ao direito material, reconhecendo em pitadas bem pequenas a oponibilidade do chamado direito supralegal. O exemplo comumente usado, neste caso, contra a formatação concreta do supradireito, refere-se ao caso da Suprema Corte dos Estados Unidos da América durante a era Roosevelt, em que normas extrapositivas invocadas pelo Presidente afastariam a incidência do poder judicial competente durante o controle de constitucionalidade exercido sobre o pacote legislativo que embasou o “New Deal”. O autor, no entanto, reconhece os argumentos levantados pela doutrina e jurisprudência, mas tece considerações por uma posição de acolhida ao direito supralegal, que irá inspirar a jurisprudência alemã posterior. Sua posição centra-se na seguinte afirmativa:

(...) a verdade é que este exemplo depõe seguramente muito mais *a favor* do que *contra* uma tal jurisprudência, tendo-se em conta a reputação não diminuída com que o Tribunal saiu do conflito, e, bem assim, a recusa quase unânime da tentativa de Roosevelt, desencadeada pelo mesmo conflito, de reorganizar o Tribunal (BACHOF, 1977, p. 83).

---

<sup>70</sup> Para Radbruch (2010), tem-se a impossibilidade de determinação do justo, ou a incognoscibilidade do direito justo, fator decisivo para a legitimação do direito positivo. Dessa forma, o direito considerado incorreto só pode ceder perante a justiça quando a contradição envolvendo lei e justiça for insuportável, ou onde à lei falte desde o início o princípio, com a denegação clara da justiça e da lei moral, qualidades que compõem o direito.



De acordo com Bachof, a maior parte do direito supralegal resta positivada no ordenamento constitucional alemão, ou seja, na Lei Fundamental, no entanto, algumas normas com essa acepção ainda restam observáveis fora do rol positivado pelo legislador originário. Estas normas, como aquela que protege a união de estados federados em prol do bem comum e vetor valorativo inalienável da nação, podem receber a atenção como marco para o controle de constitucionalidade, valendo, inclusive, para o controle de normas do próprio documento constitucional. O caráter declaratório do supradireito ganha espaço nessa moldura ao estabelecer que o valor inicialmente dado como metafísico apresenta o condão de legitimar uma micro-ordem embutida na lógica constitucional, ao mesmo tempo que serve de instrumental para a autonomia do legislador constitucional no que concerne a construção da estrutura cerebrina do documento constitucional.

O direito supralegal apresentaria também a função, alinhada com a inflexão sobre os objetivos de um documento constitucional positivo ou consuetudinário, de proibir o arbítrio sobre as regras, valores e direitos que formam o caráter democrático e humano do Estado, não ignorando desde logo o reforço aos direitos fundamentais e humanos. Cabe ao legislador constitucional e seu intérprete, dentro da esfera da autonomia, a atribuição da utilização ou não do comando-efeito quando da consideração dos ditames supraleais, uma vez que a adoção de uma posição interpretativa que contempla regras e exceções, ou seja, aplicação de uma regra como conveniente em um momento, e sua não aplicação em outra ocasião, por se vislumbrar uma exceção a seu alcance normativo de acordo com o caso concreto, qualifica-se como uma atividade dentro da competência do legislador e intérprete constitucional.

Portanto, o marco teórico do trabalho proposto por Bachof se coloca a favor do controle de constitucionalidade de normas constitucionais, reconhecendo o valor normativo ao supradireito, bem como a possibilidade de sua constância dentro do bloco de constitucionalidade:

(...) não teria pela minha parte nenhuma dúvida em considerar todo o direito alemão, inclusive as normas constitucionais formais, como susceptível de controle sob o ponto de vista da sua compatibilidade com a “*Constituição*” no *mais amplo sentido*, incluindo mesmo o direito supralegal não escrito (“não positivado”), direito supralegal, porque indivisível, *nessa medida também* pressuposto (BACHOF, 1977, p. 73).

No Tribunal Constitucional Federal alemão, visualiza-se decisão contemporânea que abarca a questão tal como Bachof compreende<sup>71</sup>, representando uma decisão paradigma e

<sup>71</sup> Trata-se de decisão que abarca a Lei Fundamental da República Federal da Alemanha (“Grundgesetz”), e a estipulação de cláusula suprapositiva no permissivo da legitimação democrática geral para a atuação legislativa, ao se apreciar a constitucionalidade de lei que cria o direito de cogestão aos trabalhadores nas empresas. Decisão do Tribunal Constitucional Federal alemão, Reclamação Constitucional contra ato normativo / Reclamação Constitucional contra decisão judicial, BVerfGE 50, 290 – 381, j. 01.03.1979: “A Grundgesetz, que se limitou em seu primeiro capítulo aos direitos fundamentais clássicos, não contém nenhuma fixação ou garantia imediata de uma determinada ordem econômica. Diferentemente da Constituição de Weimar (Art. 151 et seq.), a Grundgesetz também não normatizou princípios constitucionais concretos para a configuração da ordem

ainda consequência, inclusive, de posicionamentos tomados pela mesma Corte ao decorrer dos anos 1950 – com destaque dado por aquele doutrinador à uma decisão do *VerfGH* da Baviera<sup>72</sup>, após a estruturação de posicionamento científico acerca da validade do supradireito em se revestir da aptidão de orientar o controle de constitucionalidade.

De certa forma, Bachof recupera ideais de sustentação de um estado tal qual doutrinadores assim reconheceram no século XVIII, com o adentro do Iluminismo, e cuja necessidade de materialização foi predisposta em documentos de constituição de estados, como a Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão, produto da Revolução Francesa. Neste último sentido, cabe mencionar o posicionamento de Thomas Jefferson, que se revela mais atualizado ao entendimento de Bachof, e que inspira vozes da doutrina norte-americana no que concerne ao controle de constitucionalidade. Nesse sentido, os trabalhos de Jeremy Waldron e Richard Bellamy merecem destaque. Bellamy (1996) defende que as normas legal e constitucional podem ser revisitadas através da participação popular, pelo caminho da Assembleia eleita ou então por uma deliberação popular votante pontual. Jeremy Waldron (2012), por seu turno, defende o *constitutional review* através da Suprema Corte, mas entende cabível a sobreposição do constitucionalismo popular. Para ele, a supremacia do Poder Judiciário inexistente quanto ao processo do controle de constitucionalidade, ainda mais quando se discute o processo axiológico interpretativo, devendo-se fornecer respaldo à atuação do Poder Legislativo nesse procedimento de controle. Como se verá em seguida, são concepções doutrinárias que se identificam com o pensamento jeffersoniano.

Jefferson reconhece que todo movimento de revisão de uma Constituição, sendo o controle judicial de constitucionalidade um desses movimentos (cabendo legitimidade aos outros poderes para a realização desse mesmo controle de constitucionalidade, bem como a possibilidade de participação popular mais ampla em relação às questões mais espinhosas), e este deve se realizar preferencialmente pela Constituição explícita. No entanto, não rejeita aplicação ao supradireito, como ele mesmo reconhece, e que no caso norte-americano encontra uma exposição clara na Declaração de Independência.

Em virtude de seu reconhecimento em relação aos direitos intrinsecamente ligados à natureza humana, o filósofo virginiano elucida que deve ser dispensada uma obediência

---

econômica. Ao contrário, ela deixa tal configuração ao legislador, que, considerando os limites a ele impostos pela mesma Grundgesetz, é livre para decidir [que modelo econômico irá adotar, n. org], sem que necessite de uma legitimação mais ampla do que a sua legitimação democrática geral”. (MARTINS, 2005, p. 158).

<sup>72</sup> O *Verf-GH* (Tribunal Constitucional) da Baviera, em decisão de 24.04.1950 (DOV 1950, 470), comenta o art. 184 da Constituição da Baviera, elucidando a existência de princípios constitucionais elementares constituintes de direito anterior à Constituição, que obrigam o legislador constitucional, podendo disposições da Constituição que não alcancem a dignidade de respeitar tais princípios, recaírem na condição de nulas. Nas palavras da decisão prolatada: “Se o art. 184 da Constituição tivesse o sentido de colocar o legislador, no tocante às medidas a tomar por este relativamente aos grupos de pessoas aí designados, duradouramente fora da Constituição e do direito, seria nulo, por infração da própria ideia de direito, do princípio do Estado de Direito, do princípio da igualdade e dos direitos fundamentais que são expressão imediata da personalidade humana” (BACHOF, 1977, p. 23-24).



relativa às leis escritas, existindo um conjunto de leis e princípios não constituídos formalmente e que fornecem essência básica à nação e ao ordenamento jurídico (MAYER, 1999, p. 252). A título exemplificativo, cita-se para este conjunto de regras originárias da nação, não previstas materialmente, a *lei da necessidade*, a *lei da autopreservação* e, por derradeiro, a *lei de salvamento do país quando em perigo*, ou o que pode se designar como de *lei do estado de necessidade originário* (JEFFERSON, 2011, p. 1231-1234). A positivação para casos de aplicabilidade dessas normas tem sua necessidade mitigada. Dentro da realidade de Jefferson, pode ser citado o exemplo da aquisição da Louisiana da França (1803), em que o Presidente Jefferson fez tratativas diretas com o governo francês, com o grande auxílio do então representante diplomático James Monroe, e obtém a compra do território sem uma autorização legislativa permitindo tal ato, questão exigida pela Constituição dos Estados Unidos da América. Posteriormente, o Congresso norte-americano acabou reconhecendo os princípios que sustentaram a atuação unilateral do Presidente, uma vez que se vislumbrou uma normatividade de proteção à ordem nacional (um direito supralegal) expressa pela autopreservação, conhecido que a região adquirida oferecia grande acesso aos recursos hídricos do meio-sul do país, fundamentais para que os nacionais estabelecessem assentamentos sem maiores gravames legais e internacionais (devido ao domínio de terras por parte dos franceses), e facilidade para o escoamento da produção agrícola e consequente ampliação do comércio, já que haveria o acesso mais recôndito ao rio Mississippi.

Em relação ao último caso mencionado, cumpre salientar, certas previsões da Declaração de Independência dos Estados Unidos da América fornecem respaldo de supradireitos positivados para o reconhecimento legal e constitucional das medidas tomadas pelo Executivo (o constitucionalismo jeffersoniano enxerga precipuamente a ação do Executivo com base nas normas positivadas e de supradireito, com consequente chancela pelo Legislativo). O autor da Declaração de Independência dos Estados Unidos da América inseriu um cabedal normativo e principiológico que fornece contornos ao supradireito. No preâmbulo do citado documento histórico, enfatiza o caráter de duas concepções assentarem-se como pairantes sobre o ordenamento jurídico, fornecendo flexibilidade axiológica temporal e, por conseguinte, pontual, para a aplicação de suas regras e princípios. Trata-se das concepções norteadoras da *Segurança* e da *Felicidade*, que são compreendidas como determinações gerais que instrumentalizam a essência da nação, e de força irradiadora pelo ordenamento jurídico, como se concedesse a cada legislador e aplicador do direito no tempo a possibilidade de flexibilizar a aplicação das normas e princípios de acordo com seu tempo e as necessidades conjunturais do povo. Adotando-se outra forma de dizer, instrumentalizam os supradireitos, possuindo uma natureza jurídica mais ampla, contando com origem superior e reconhecendo a existência dos supradireitos no mundo concreto, pois aquelas concepções norteadoras legitimam a natureza democrática do Estado, e que privilegiam os direitos da pessoa humana. Esses apontamentos jeffersonianos, no entanto, são conhecidos pela inovação – revestem-se de um caráter de flexibilidade, questão muitas vezes deixada de lado não somente pelo estudioso do pensamento constitucional jeffersoniano, como por aquele que considera o ordenamento jurídico lastreado em concepções estáticas e impotentes perante a mudança

geracional, que usualmente provoca rupturas em diversos pontos do sistema jurídico. A doutrina denomina esse aspecto específico da Declaração de Independência como *conceitos de apoio*:

Neste ponto se verifica a hipótese em que são citados princípios básicos de constituição de uma sociedade, mas trazendo como elementos auxiliares a Segurança e Felicidade (esta já mencionada nos princípios), como conceitos amplos, que fomentam margem a atuação dos princípios de cada sociedade individualmente considerada. Em outros termos, diz-se que não se recai na armadilha iluminista de estruturar verdades absolutas, oponíveis a todos. Forma-se um cabedal de princípios aplicáveis àquela sociedade (no caso, a norte-americana), que se pretendia aplicável a todos de forma imutável, mas que acaba ganhando justamente esse caráter de mutabilidade pelo acréscimo dos conceitos auxiliares de constituição e validação de governos. São conceitos amplos que geram a possibilidade de interpretação e delimitação de regras afeitas a uma sociedade específica, sendo essa possibilidade conferida a flexibilidade a-iluminista estudada neste trabalho. Ou seja, os princípios informadores e influenciados pelo direito natural ganham um repositório flexível, já que o raciocínio assim pode ser perscrutado: será ilegítimo o governo que não se assente nos princípios básicos, cabendo ao povo alterar ou abolir formas de governo discrepantes, de forma a proporcionar Segurança e Felicidade!! Diz-se, assim, que estas são determinantes gerais, que permitem a revisão dos princípios básicos, por se constituírem termos amplos, capazes de gerar inúmeras interpretações quanto a suas peculiaridades para o atendimento do bem concreto em uma sociedade (REBÊLO, 2017, p. 33-34).

Os conceitos de apoio da Segurança e da Felicidade forneceram um respaldo formal ao reconhecimento do supradireito e às deliberações do presidente Jefferson no caso concreto, reconhecidas não só pelo Legislativo, como também pela Corte Suprema norte-americana naquele período, uma vez que não visualizou vícios legais e constitucionais na ação executiva. A ação do general James Wilkinson em relação a conspiração Burr (1807)<sup>73</sup> também seguiu essa lógica, não se atribuindo vícios jurídicos em sua ação.

Como se pode depreender da doutrina estrangeira, o direito supralegal pode ser visto como uma realidade existente, e que pode ensejar o controle de constitucionalidade sobre normas constitucionais, mesmo que não haja a positivação de um estatuto supralegal. A doutrina brasileira reconhece a existência do supradireito, sendo que a Constituição Federal de 1988 prescreve supradireitos positivos, como é o caso da preservação da dignidade da pessoa humana, conforme previsão do art. 1º, inciso III da Constituição Federal de 1988. Lenio Streck e Guilherme Peña de Moraes são exemplos da aceitação da existência do supradireito, todavia, devem ser avaliados os respectivos posicionamentos de acordo com a jurisprudência pátria, que solidifica certo entendimento acerca da temática.

<sup>73</sup> O Presidente Jefferson recebera a informação de uma conspiração a Oeste, que envolvia o vice-presidente, Aaron Burr, tratando-se de um plano pela formação de um reino particular para este último, com base em territórios a oeste dos Montes Allegheny, bem como parte do norte do México. Diante do conhecimento desse fato, o Presidente Jefferson fez uma proclamação para que o movimento fosse sufocado, e seus principais líderes presos. O General Wilkinson, que provavelmente estava envolvido na trama, a certo ponto do movimento desertou dele, e sob sua própria autoridade ordenou as prisões de alguns dos conspiradores, contornando a ordem judicial de autoridades judiciais locais que mantinha a liberdade daqueles através do pedido de *habeas corpus*. O Presidente Jefferson manteve a decisão de Wilkinson, afirmando que a decisão deveria ser julgada de acordo com as circunstâncias, assim como a visão pessoal do oficial envolvido, que transparecia a boa-fé subjetiva.

#### 4 A VISÃO DA JURISPRUDÊNCIA SOBRE A QUESTÃO

A jurisprudência brasileira apresenta uma visão concatenada sobre a questão. No que interessa ao presente trabalho, a atividade jurisprudencial do STF volta-se pelo reconhecimento do conceito de supradireito. No entanto, os efeitos jurídicos desse reconhecimento podem variar de acordo com o conjunto normativo sob interpretação.

No que concerne aos direitos humanos, há o entendimento inicialmente engendrado por Gilmar Mendes no sentido de que os tratados que tenham por conteúdo esses direitos, e incorporados pela legislação brasileira, assumem a feição de *supralegalidade*, ou seja, assumem uma posição de validade intermediária entre a legislação ordinária e a Constituição Federal. Uma vez internalizada essa normatividade, não pode atingir ou afastar a aplicação dos ditames constitucionais, mas podem atingir a legislação ordinária. Esta não poderá se colocar defronte aos tratados ratificados que abordem a questão dos direitos humanos. O STF, na esteira desse entendimento, e através do *leading case* expresso pelo Recurso Extraordinário de n. 466.343<sup>74</sup>, considera que aquele status supralegal deve ser consagrado caso o tratado de direitos humanos internalizado tenha se dado antes do advento da Emenda Constitucional de n.45/2004, ou, dando-se no seu curso, mas sem atingir o quórum qualificado pela citada emenda. De outra monta, fala-se que o status *constitucional* dessas normas deve ser reconhecido, posição esta construída inicialmente por Flávia Piovesan e Antônio Augusto Cançado Trindade, e que afirma que os tratados apresentam a natureza e o status da Constituição Federal, podendo afetar a legislação infraconstitucional quando se visualizar o prejuízo à aferição de suas normas basilares. O STF comenta essas assertivas em um de seus julgados:

Reconheço, pessoalmente (...) que os tratados internacionais de direitos humanos assumem, na ordem positiva interna brasileira, qualificação constitucional, sendo certo, ainda, que as convenções internacionais em matéria de direitos humanos, celebradas pelo Brasil antes do advento da EC nº 45/2004, como ocorre com o Pacto de São José da Costa Rica, revestem-se de caráter materialmente constitucional, compondo, sob tal perspectiva, a noção conceitual de bloco de constitucionalidade. (...) Embora entenda, como venho de assinalar, que os tratados internacionais de direitos humanos qualificam-se, em nosso sistema normativo, como diplomas de índole constitucional, consoante tive o ensejo de destacar por ocasião do julgamento plenário do RE 349.703/RS, do RE 466.343/SP e do HC 87.585/TO, cabe reconhecer que o Supremo Tribunal Federal, em referidos precedentes, atribuiu, ainda que por 5 (cinco) votos a 4 (quatro), caráter de supralegalidade a tais convenções, como proclamou esta Corte Suprema...(STF, 2ª Turma, Habeas Corpus n. 178.527/RS, Rel. Min. Celso de Mello, j. sessão virtual 2.10.2020 a 9.10.2020).

Por conseguinte, em caso de choque envolvendo normas do tratado e da Constituição Federal, deverá prevalecer a norma mais benéfica à pessoa humana, com base no princípio da

<sup>74</sup> Cf. STF, Pleno, Recurso Extraordinário n. 466.343-1/SP, Rel. Min. Gilmar Mendes, j. 12.03.2008.

dignidade da pessoa humana, sob a perspectiva do status constitucional. Fala-se da oponibilidade dessa hipótese em convenções e tratados de proteção internacional dos direitos humanos aprovados de acordo com o procedimento prescrito no art. 5º, parágrafo 3º da Constituição Federal (procedimento inaugurado com a Emenda Constitucional de n. 45/2004, que equipara tratados ratificados sob a vertente temática enunciada às emendas constitucionais), a exemplo da Convenção Internacional acerca dos Direitos das Pessoas com Deficiência, expressa pelo Decreto Legislativo n. 186/2008, prestigiando-se o Legislativo em detrimento do Executivo, uma vez que se exige votação em 2 turnos, como aprovação de 3/5 dos votos dos respectivos membros das Casas Legislativas – Senado e Câmara dos Deputados, não cabendo a denúncia por ato do Presidente da República.

O STF entende, dessa maneira, que a norma constituinte de tratado sobre direitos humanos não é uma limitação ao poder constituinte originário, observando-se a existência do supradireito, mas com priorização àquele supradireito positivado. Em recente acórdão exarado pela citada Corte, menciona-se o princípio da lealdade à federação como uma concepção de direito supralegal, de clara inspiração no direito constitucional alemão. Em pedido de tutela provisória na ação cível originária n. 3596, onde o estado do Rio Grande do Norte requer a compensação das suas dívidas junto à União, o voto da relatoria, de autoria do Ministro Gilmar Mendes, estatui a necessidade de observância daquele supradireito como um informe necessário para o deslinde da demanda, e relacionado a organização política do Estado:

Assim, o princípio da lealdade à federação atua como um dos mecanismos de correção, de alívio das tensões inerentes ao Estado Federal, junto aos que já se encontram expressamente previstos na própria Constituição. Sua presença silenciosa, não escrita, obriga cada parte a considerar o interesse das demais e do conjunto. Transcende o mero respeito formal das regras constitucionais sobre a federação, porque fomenta uma relação construtiva, amistosa e de colaboração. Torna-se, assim, o espírito informador das relações entre os entes da federação (STF, Tutela Provisória na Ação Cível Originária n. 3596 – RN, Rel. Min. Gilmar Mendes, j. 19.08.2022)

Em matéria tributária, o reconhecimento do supradireito é ainda mais candente. Para o ministro Luiz Fux<sup>75</sup>, após o advento da Constituição Federal de 1988, considerada pós-positivista, dois princípios ou regras de supradireito assumiram relevo no direito tributário. Em um primeiro momento, o contribuinte não é considerado objeto de tributação, mas sujeito de direitos. Em um segundo momento, com a inserção dos princípios da isonomia e da capacidade contributiva, criou-se também uma regra de supradireito na análise das questões tributárias, a justiça fiscal. Considerou inaceitável, sob o ângulo da justiça fiscal, a possibilidade de se atribuir a quem explora atividade econômica o não pagamento do imposto devido ao Município<sup>76</sup>.

<sup>75</sup> Cf. STF, Pleno, Recurso Extraordinário n. 594015/SP, Rel. Min. Marco Aurélio, j. 06.04.2017.

<sup>76</sup> Em decisão mais distante do STF, em acórdão que tratava sobre a contribuição para o SESC e SENAC por entidade hospitalar, cita-se a concretude de princípio do supradireito determinando a aplicação da norma jurídica aos fins sociais a que se destina, devendo-se considerar ainda na abordagem o seu resultado, o que se traduz pela aplicação de regras maiores de hermenêutica e aplicação do direito (STF, Agravo de Instrumento n. 479168/SC, Rel. Min. Cezar Peluso, j. 30.06.2006).

Observa-se, portanto, que há a preponderância pelo reconhecimento do supradireito, com uma posição mais favorável quando positivado, mas também compreendido mesmo que em forma não escrita. No entanto, a presença desse reconhecimento não leva, automaticamente, ao entendimento de que o direito supralegal assume uma feição determinante para o controle de constitucionalidade de normas constitucionais. A declaração de inconstitucionalidade de normas constitucionais não é cabível em uma constituição rígida, como é novamente o entendimento do STF. Admite-se o controle de constitucionalidade no que se refere à atuação do poder constituinte derivado, com destaque às limitações materiais e formais que são estipuladas para que se aprimore o processo de reforma constitucional. O poder constituinte originário permanece intacto nessa pretensão específica do controle de constitucionalidade, a não ser, obviamente, que se resolvesse, através da regular chancela popular, realizar-se um novo processo constituinte, convocando-se uma Assembleia para deliberar acerca da elaboração de uma nova Constituição. O STF se manifesta nesta última acepção em comento:

Oras, consabido que somente as emendas à Constituição podem ser objeto de controle de constitucionalidade. Nesse caso, mostra-se plenamente possível o cotejo entre o conteúdo da emenda e as cláusulas conformadoras do exercício do poder constituinte derivado ou reformador (CF, art. 60, §§ 1º a 5º). 15. As normas constitucionais originárias, contudo, não podem ser objeto de ação de controle constitucional de constitucionalidade. Caso procedesse à análise de tal pedido, esta Suprema Corte estaria atuando como órgão de controle dos limites dos poderes do legislador constituinte originário e exorbitando sua competência constitucional de zelar pela “guarda” da Constituição (CF, art. 102, caput) (STF, Pleno, Embargos de Declaração no Referendo na Medida Cautelar na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 848, Rel. Min. Rosa Weber, j. 04.07.2022)

A sistemática brasileira, portanto, difere do entendimento do Tribunal Constitucional Federal alemão, que admite a utilização do supradireito no controle de constitucionalidade sobre normas constitucionais originárias, incorporando esse conteúdo mínimo sensível de legitimação de uma ordem jurídico-constitucional dentro do bloco de constitucionalidade. O que se observa no caso pátrio é que, caso se encontre norma constitucional que infrinja direito suprapositivo sem positivação no documento constitucional, configura-se a situação de ilegitimidade ou invalidade do dispositivo constitucional, não havendo que se falar em inconstitucionalidade (LEÃO; OPUSZKA, 2013, p. 126). Neste caso, o Poder Constituinte originário teria desrespeitado os limites estabelecidos pelo direito supralegal, e esse órgão também se declarou incompetente para solucionar tal tipo de conflito.

## 5 A VALIDADE DO SUPRADIREITO E O PROCESSO INTERPRETATIVO

---



Parece que a questão da discrepância interpretativa e de aplicação do supradireito entre os tribunais mencionados perpassa o objetivismo interpretativo do direito constitucional moderno. Como assevera Lenio Streck (2013), o discurso científico que caminha pela interpretação e aplicação do próprio direito encontra junção no paradigma filosófico transcendental não clássico, ou seja, encontra consonância em um organizador do elemento científico que afaste a subjetividade. Nessa moldura, destacam-se o *paradigma filosófico da filosofia clássica* e o *paradigma filosófico da filosofia da consciência*. O primeiro paradigma, de alcunha objetivista, demonstra-se pelo aprisionamento entre objeto e sujeito que conhece, estabelecendo como base nessa dualidade estrita o padrão hermenêutico-interpretativo. O segundo paradigma, de alcunha subjetivista, é o padrão que fornece o intérprete como dono dos sentidos, presumindo-se que o conhecimento não é dado, devendo ser construído através de um método específico de análise. Na visão objetivista, o legislador racional ou uma divindade dirime todas as questões, devendo ser interpretada e aplicada a norma da forma mais estrita possível ao sentido pré-estabelecido pela fonte originária, enquanto no segundo caso a sensibilidade do intérprete substituiu o sentido originário da lei ou autoridade, perdendo força a atividade de revelação, devendo-se ater, como parâmetro, às finalidades que ensejaram a criação da norma, bem como os interesses sociais determinantes.

A teoria objetiva parece se encaixar e melhor explicar a específica posição jurisprudencial brasileira arguida no presente trabalho, reconhecendo-se o caráter de viabilidade do supradireito, mas restringindo-se seu alcance às normas positivadas, e evitando-se adentrar sua eficácia ao produto do Poder Constituinte Originário. Como alerta Streck, baseando-se nos ensinamentos pretéritos de Tércio Ferraz Jr., a preponderância da teoria objetivista não pode ser extremada ao nível de se adentrar a uma lógica personalista, vendida como se fosse restrita ao processo de revelação do conteúdo da norma constitucional. Cederia-se espaço ao subjetivismo inapropriado, que pode beirar à aplicação de normas que violam a essência mínima do ordenamento jurídico, propagando certo niilismo através da atividade de interpretação e aplicação do direito:

De qualquer sorte, a polêmica – seja ou não relevante a sua continuidade em nossos dias – longe está – no plano da dogmática jurídica – de ser resolvida. Nesse sentido, com Ferraz Jr., identificando uma conotação ideológica na raiz da discussão, isto é, levado a um extremo, é possível dizer que o subjetivismo – que, no plano hermenêutico, deve ser entendido como objetivismo – favorece um certo autoritarismo personalista, ao privilegiar a figura do “legislador”, pondo sua “vontade” em relevo. Por exemplo, a exigência, na época do nazismo, de que as normas fossem interpretadas, em ultima ratio, de acordo com a vontade do Führer (era o Führerprinzip) é bastante elucidativa/significativa. Por outro lado, continua Ferraz Jr., o objetivismo – que, novamente no plano hermenêutico, pode ser entendido como subjetivismo, porque o sentido depende da subjetividade do intérprete, que irá “definir” o sentido originário do produto do legislador –, levado também ao extremo, favorece um certo niilismo, pois estabelece o predomínio de uma equidade duvidosa dos intérpretes sobre a própria norma ou, pelo menos, desloca a responsabilidade do legislador para os intérpretes, chegando-se a afirmar, como fazem alguns realistas americanos, que direito é “o que decidem os tribunais”. Além disso, acrescenta, não deixa de ser curioso que, nos movimentos revolucionários, o direito anterior à revolução é relativizado e atualizado em função da nova situação, predominando aí a doutrina objetivista, muito embora, quanto ao



direito novo, pós-revolucionário, tende-se a privilegiar a vontade do legislador e a fazer prevalecer as soluções legislativas sobre as judiciais que, a todo custo e no máximo possível, devem a elas se conformar (STRECK, 2013, p. 166).

Por essa via, fala-se na superação da dicotomia subjetivista-objetivista, buscando-se a aplicação do direito em um cenário em que não se ofertassem respostas prontas ou panoramas gerais que preenchessem quaisquer lacunas. A aplicação dita objetiva do direito merece espaço fulcral, permanecendo um espaço aberto para que o elemento subjetivista encontre exposição e oferte ao operador do direito meios hábeis de adequar a aplicação legal e constitucional aos ditames da realidade fático-social. A interpretação jurisprudencial avaliada parece recair essencialmente na feição objetivista da interpretação jurídica, não obstante a presença de elementos paliativos da feição subjetivista, que não poderia evoluir acima do esqueleto organizacional constitucional deixado pelo Poder Constituinte originário.

Essa visão jurisprudencial estabelecida recebe pontuações acerca de seu desdobramento, e que recaem precisamente pelo maior prestígio ao supradireito, e a possibilidade de alargamento interpretativo com base na legislação internacional. De acordo com Maliska (2001), a existência do supradireito merece acato por parte do legislador, no entanto, algumas preocupações devem ser tomadas quando de sua consideração. Sob essa esteira, o princípio democrático deve ser elevado acima de patamares estreitos e delimitados formalmente, associando-se àquele o princípio da justiça. Os supradireitos podem ser considerados na atividade constitucional hermenêutica e de aplicação do direito ao caso concreto, incidindo sobre normas já positivadas, no entanto, o legislador constituinte deve estar atento para a não-correspondência envolvendo o anseio popular e a Carta Política, tendo-se a ilegitimidade do documento constitucional pelo desvirtuamento entre realidade constitucional e realidade normativa constitucional. A vontade popular, acima de tudo, deve ser perscrutada, solidificando-se uma avaliação cuidadosa dos valores de introspecção e proteção das garantias básicas dos cidadãos. O Poder Constituinte, por via oblíqua, poderá encontrar legitimidade de desenvolvimento para além dos elementos tradicionais que o informam, cabendo a determinação de seus limites materiais – direitos supraconstitucionais e supralegais, com força propulsora de informe a todo o poder constituinte democrático.

Por derradeiro, corrente específica da doutrina (LEÃO; OPUSZKA, 2013) defende que os direitos humanos, ainda mais quando sediados em tratados internacionais, constituem legítimo limite ao Poder Constituinte originário, estabelecendo uma gama de supradireitos adjacentes que devem orientar a avaliação das normas basilares de determinado documento constitucional. Os costumes internacionais, encontrando em seu bojo supradireitos, e inclusive sendo positivados através dos tratados, apresentam a capacidade de se sobrepor à soberania estatal, aplicando-se à universalidade de Estados, independentemente de ratificação dos respectivos tratados internacionais. A Declaração Universal dos Direitos Humanos, não se revestindo da forma de tratado, apresenta esse condão, valendo aos Estados na aplicação do direito constitucional, ou, como ensina Canotilho (2003), a relativização da soberania estatal em prol da guarda de um direito ideal de proteção da pessoa humana é um traço característico

do constitucionalismo contemporâneo, questão que encontra embasamento na própria Carta da Organização das Nações Unidas. Por fim, soma-se a essa posição específica o princípio da prevalência da norma mais benéfica à vítima. Novamente aqui o supradireito ganha realce:

Quando os Tratados Internacionais de Direitos Humanos entram em conflito com determinado dispositivo constitucional de um Estado, não há critério fixo de preponderância do dispositivo do tratado internacional sobre o preceito constitucional, ou vice versa, mas, sim, prevalece aquele dispositivo que mais privilegie a proteção dos direitos da pessoa humana, o que leva a crer que esses ideais supremos estão acima de qualquer lei, nacional ou internacional, e existem, independente de positivação ou não (LEÃO; OPUSZKA, 2013, p. 131) .

Defende-se, portanto, em segmentos doutrinários uma visão mais alargada da atividade jurisprudencial, caso se compare com a visão adotada pela mais alta Corte brasileira. Constituições ao redor do mundo, como as da França, Portugal, Holanda, Colômbia e Guatemala consagram de forma expressa a superioridade do Direito Internacional dos Direitos Humanos sobre o ordenamento jurídico estatal, mas a jurisprudência brasileira ainda segue padrões que enxergam tratados aprovados na seara dos direitos humanos como dotados de hierarquia supralegal, mas infraconstitucional, apesar do reconhecimento do status constitucional pós-emenda constitucional de n. 45/2004, mas que não reverte a visão do bloco de constitucionalidade retilíneo ao controle de constitucionalidade de normas constitucionais originárias. Acaba não se reconhecendo a possibilidade desse controle, apesar de existir, como retratado no presente trabalho, concepções legislativas e doutrinárias que afirmam a possibilidade positiva do exercício dessa específica forma de controle de constitucionalidade.

## 6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O supradireito é um conceito aceito pela doutrina e jurisprudência brasileiras, embora sua esfera de alcance encontre certas limitações. Mesmo sabendo que o supradireito encontre fundamento em direitos já positivados, e suscite argumentos favoráveis e desfavoráveis a sua utilização mais ampliada, o marco teórico proposto no presente trabalho enxerga um papel mais propositivo em sua utilização, mormente no que se refere ao controle de constitucionalidade sobre normas constitucionais originárias.

Aceita também a cautela necessária que as experiências históricas demonstram, principalmente as ocorridas na primeira metade do século XX, a utilização do supradireito é vislumbrada como uma forma de fazer prevalecer a própria soberania nacional, ou, por assim dizer, a soberania do povo, buscando adequar os deslizes porventura detectados no Poder Constituinte originário na consecução de sua atividade legiferante constitucional originária. O exemplo jeffersoniano reforça a ideia de que o conjunto normativo supralegal pode se integrar em normas positivadas ou não, cabendo não somente ao Poder Judiciário, como também aos Poderes Legislativo e Executivo – sem ignorar o próprio povo através de uma participação

popular em deliberação específica, apreciar sua valoração e apoiar a aplicação concreta das normas constitucionais de acordo com os cânones fundamentais que embasam a sociedade.

A interpretação essencialmente objetiva apresenta sua participação na atividade jurisprudencial pátria, todavia, é observável que o supradireito encontra uma posição dentro da principal Corte brasileira, e que pode significar a compreensão de que assume a feição de um instrumental programático, que não se reveste inteiramente de roupagem dogmática. A aplicação da norma constitucional deve seguir a orientação direcionada pelo supradireito, quando verificada sua aparição em um caso em discussão, mas a vinculação estrita ao seu núcleo conceitual não permanece uma exigência absoluta. Apenas os princípios e regras norteadores da Constituição escrita recebem o status de parede-modelo à resolução do caso concreto, e, mesmo assim, cabe à técnica interpretativa da ponderação de interesses sua aplicação, não se reconhecendo valor absoluto a regras e princípios, sendo a dignidade da pessoa humana aquele valor que merece maior prestígio na ordem constitucional nacional.

O supradireito, por conseguinte, deixa de ser no caso pátrio, de acordo com o estudo engendrado sobre a jurisprudência da alta Corte brasileira, um mecanismo de preservação do núcleo essencial social enquanto forma de Estado e forma de civilização, assumindo um caráter de integração e colmatação na aplicação do direito ao caso concreto, assumida a relativização de regras e princípios jurídicos. A sua utilização no controle de constitucionalidade parece transparecer uma atividade política que não caberia ao Poder Judiciário, e que este mesmo poder não deseja avocar a si mesmo. Os exemplos de Bachof e Jefferson, sem ignorar o Tribunal Constitucional Federal alemão, mostram que o controle de constitucionalidade pode albergar de forma mais ampla atores políticos, e repousar em um conjunto normativo que garanta essencialmente o funcionamento do próprio sistema constitucional, uma vez que almeja preservar a integridade de seu conteúdo básico, expresso pela produção do Poder Constituinte originário.

Em conclusão, destaca-se para o caso brasileiro o controle de constitucionalidade para o Poder Constituinte reformador, assumindo a feição rígida do documento constitucional de 1988 uma feição de ampla dimensão sobre a sua possibilidade de revisão e aplicação de seus cânones, optando-se por deixar em um segundo plano a aplicação superior de normas de organização originária ou normas internacionais quando da interpretação e proposição do direito na prática, temperada a ação pela aplicabilidade preconizada através da Emenda Constitucional de n. 45/2004 (equiparação de normas oriundas de tratados sobre direitos humanos a emendas constitucionais), ou pela saída de utilização programática dos conceitos suscitados a título de direito supralegal. Adota-se uma contenção interpretativa pelo Judiciário, amparada no formato da Constituição de 1988, que embasa a atuação do Executivo e do Legislativo no que se refere ao controle de constitucionalidade, com uma contenção que destoa do controle de constitucionalidade ampliado e comentado no presente trabalho. O exemplo histórico pode ter contribuído para esse comportamento, o documento constitucional contribui para esse comportamento, e uma visão mais conservadora dos atores políticos

(existentes nos 3 poderes) pode ensejar uma limitação na utilização do supradireito diante do controle de constitucionalidade de normas constitucionais originárias.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BACHOF, Otto. *Normas Constitucionais Inconstitucionais?* Coimbra: Atlântida Editora, 1977.

BELLAMY, Richard. The Political Form of the Constitution: the separation of powers, rights and representative democracy. *Political Studies*, Oxford/Cambridge, v. 44, p. 436-456, 1996.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7ª ed. Coimbra: Almedina, 2003.

JEFFERSON, Thomas. A Law Beyond the Constitution, to John B. Colvin. In: PETERSON, Merrill D. (ed.). *Thomas Jefferson writings*. Nova York: The Library of America, 2011.

LEÃO, Marina Trindade; OPUSZKA, Paulo Ricardo. Normas constitucionais inconstitucionais: limitações ao poder constituinte derivado e ao poder constituinte originário ante a teoria dos direitos humanos. *Revista Juris*, Rio Grande, n. 20, p. 93-138, 2013.

MALISKA, Marcos Augusto. Há limites materiais ao poder constituinte? *Revista da Faculdade de Direito da UFPR*, Curitiba, v. 35, p. 247-262, 2001.

MARTINS, Leonardo. *Cinquenta anos de jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal alemão*. Montevideu: Konrad-Adenauer-Stiftung, 2005.

MAYER, David N.. *The Constitutional Thought of Thomas Jefferson*. Charlottesville/Londres: University of Virginia Press, 1994.

MORAES, Guilherme Peña de. *Curso de Direito Constitucional*. 12ª ed. São Paulo: Grupo Gen/Atlas, 2020.

RADBRUCH, Gustav. *Filosofia do Direito*. 2ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2010.

REBÊLO, Felipe. *A Filosofia do Direito em Thomas Jefferson*. 1ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017.

STRECK, Lenio Luiz. *Voluntas Legis versus Voluntas Legislatoris: esclarecendo a inutilidade da distinção*. *Revista Direitos Fundamentais & Justiça*, Belo Horizonte, n. 25, p. 151-169, out./dez. 2013.

WALDRON, Jeremy. *Constitutionalism: a skeptical view*. *Public Law & Legal Theory Research Paper Series* – New York University School of Law, Nova York, n. 10, p. 1-45, mai. 2012.

## **THE UPPER LAW OR THE RIGHT EVIDED WITH SUPRALEGALITY: STANDARD FOR CONSTITUTIONALITY CONTROL?**

**ABSTRACT:** The upper law is a concept pointed out by the doctrine, but which finds shelter in the jurisprudence, although this acceptance is verified with different gradations. In view of this situation, the aim of this work is to study the conceptual character of the supralegal law, relating its application through jurisprudential practice - mainly the jurisprudence of the highest Brazilian Court, also investigating the possibility of establishing the control of constitutionality of original constitutional norms based on upper rights. There is also the possibility of obtaining an assessment that constitutionality control of this nature is not possible, seeking to delineate, as a result, how the upper rights are used in the practice of applying constitutional law, as well as whether it is possible to envision its instrumentalization in the legal system in a different way. With this necessity, national and foreign doctrines will be considered, providing more discreet space to German jurisprudence, expressed by the Federal Constitutional Court and lower courts. The fundamental theoretical framework for the implementation of this work is the scientific production of Otto Bachof. The chosen method of approach is the hypothetical-deductive method, adopting the bibliographical survey as a method of procedure.

**KEYWORDS:** Upper Law. Constitutionality Control. Constitutional Interpretation