

FACER FACULDADES – UNIDADE RUBIATABA
CURSO DE DIREITO



**BLOCO DE CONSTITUCIONALIDADE E SUA APLICABILIDADE NO
DIREITO BRASILEIRO**

Orientadora: Doutoranda Erival Araújo Lisboa Cesarino

Orientando: Nilson de Sousa Silva

M
34
S1586b

131921



L0000149569

Biblioteca FER/Rubiataba

.....3A – GO

2014

T: 131921

FACER FACULDADES – UNIDADE RUBIATABA
CURSO DE DIREITO

NILSON DE SOUSA SILVA

BLOCO DE CONSTITUCIONALIDADE E SUA APLICABILIDADE NO
DIREITO BRASILEIRO

Monografia Jurídica apresentada no Curso de Direito da FACER – Faculdades – Unidade de Rubiataba/GO, sob orientação da Professora Erival Araújo Lisboa Cesarino doutoranda em Direito Constitucional, como requisito parcial para obtenção do grau de bacharelado em Direito.

RUBIATABA – GO

2014

FOLHA DE APROVAÇÃO

Nilson de Sousa Silva

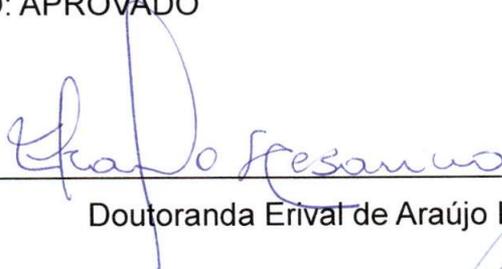
**Bloco de constitucionalidade como forma de controle de constitucionalidade
no ordenamento jurídico brasileiro**

COMISSÃO JULGADORA

MONOGRAFIA PARA OBTENÇÃO DO TÍTULO DE BACHAREL EM DIREITO
PELA FACER FACULDADES - UNIDADE DE RUBIATABA

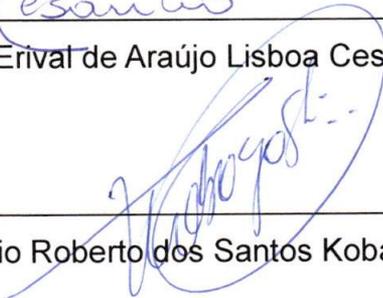
RESULTADO: APROVADO

Orientadora:



Doutoranda Erival de Araújo Lisboa Cesarino

1º Examinador (a):



Mestre Cláudio Roberto dos Santos Kobayashi

2º Examinador (a):



Especialista Fabiana Savini Bernardes Pires de Almeida Resende

RUBIATABA

2014

Dedico esta obra a Deus, a minha família, amigos, e a todos que de forma direta e indireta contribuíram para a realização deste trabalho.

Agradeço primeiramente a Deus, por representar os princípios da minha vida, meus pais, pessoas que se dedicaram a cada da minha existência se sacrificando para me proporcionar uma melhor qualidade de vida, a minha irmã e seu marido, aos meus amigos Arthur Luiz Ferreira Neto, Eduardo Henrique Castro Cunha, Jefferson Jean Bento Damascena, Hugo de Souza Silva, Luis Antônio Santos Trindade, pessoas responsáveis por longas discussões jurídicas, a minha Orientadora Erival Araújo Lisboa Cesarino, por me repassar grandes conhecimentos jurídicos e a todos que de alguma forma contribuíram para a elaboração deste trabalho.

A justiça não consiste em ser neutro entre o certo e o errado, mas em descobrir o certo e sustentá-lo, onde quer que ele se encontre, contra o errado.

Theodore Roosevelt

LISTA DE ABREVIATURAS, SIGLAS E SÍMBOLOS

ADIn – Ação Direta de Inconstitucionalidade

CF – Constituição Federal de 1988

DJ – Diário da Justiça

Dje – Diário da Justiça Eletrônico

EC – Emenda Constitucional

RE – Recurso Extraordinário

RHC – Recurso em Habeas Corpus

RO – Recurso Ordinário

S/A – Sociedade Anônima

STF – Supremo Tribunal Federal

TIDH – Tratados Internacionais de Direitos Humanos

RESUMO

A Seguinte pesquisa visa compreender o surgimento da concepção e a evolução do bloco de constitucionalidade, apontando, primeiramente, suas características na Europa Ocidental. Posteriormente, possibilita uma análise da supremacia constitucional, bem como sobre os conceitos e características dos tratados internacionais, e os conflitos decorrentes entre as normas de direito interno e externo. Por fim, denota-se, no atual quadro jurídico brasileiro, a existência de normas constitucionais constantes de outros instrumentos jurídico-normativos que não precisamente a Constituição Federal. Sobretudo, após a Emenda Constitucional nº 45/2004, permitiu-se a inserção do tratado internacional, a depender do seu objeto, no ordenamento jurídico ou como norma constitucional ou como norma infraconstitucional, sendo que, no primeiro caso, poderá servir como parâmetro para o contrato de constitucionalidade.

Palavras - Chave: Bloco de Constitucionalidade. Controle de Constitucionalidade. Tratados Internacionais. Tratados Internacionais sobre Direitos Humanos.

ABSTRACT

The Next research aims to understand and establish the discussion of the emergence of design and the evolution of the constitutional block, pointing, first, their characteristics in Western Europe. Later, enables an analysis of constitutional supremacy and on the concepts and characteristics of international treaties, and disputes arising between the standards of domestic and foreign law. Finally, we denote, in the Brazilian legal framework, the existence of constant constitutional requirements of other legal and regulatory instruments that not precisely the Federal Constitution. Especially after the Constitutional Amendment number 45/2004, the insertion of the international treaty is allowed, depending on its purpose, in our legal system or as constitutional or infra as standard, and in the first case, may serve as a parameter to the constitutionality of contract.

Keywords: Constitutionality Block. Judicial Review. International Treaties. International Treaties on Human Rights.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	12
ANTECEDENTES HISTÓRICOS: BLOCO DE CONSTITUCIONALIDADE NO DIREITO COMPARADO.....	15
2.1 Surgimento do constitucionalismo	15
2.2 Neoconstitucionalismo	19
2.3 Transconstitucionalismo	22
2.4 Bloco de Constitucionalidade.....	22
2.4.1 Bloco de Constitucionalidade na França e na Espanha	24
3 CARACTERÍSTICAS E SUPREMACIA DAS NORMAS CONSTITUCIONAIS	27
3.1 A hermenêutica Constitucional	27
3.2 Princípios de interpretação constitucional	28
3.2.1 Princípio da unidade	28
3.2.2 Princípio do efeito integrador (eficácia integradora).....	28
3.2.3 Princípio da harmonização (ou concordância prática)	29
3.2.4 Princípio da força normativa.....	29
3.2.5 Princípio da máxima efetividade (eficiência ou interpretação efetiva)	30
3.2.6 Princípio da correção funcional (conformidade funcional ou justeza)	30
3.2.7 Princípio da razoabilidade (proporcionalidade)	30
3.2.8 Princípio da interpretação conforme a Constituição.....	31
3.3 Supremacia Constitucional.....	31
3.4 Concepções da Constituição	32
3.4.1 Concepção sociológica de Constituição.....	32
3.4.2 Concepção política de Constituição	32
3.4.3 Concepção jurídica de Constituição.	33
3.4.4 Concepção estrutural de Constituição.....	33
3.5 Classificação das Constituições	34
3.5.1 Quanto á origem.....	34
3.5.2 Quanto à forma.....	35
3.5.3 Quanto à extensão.....	35
3.5.4 Quanto ao conteúdo	35

3.5.5	Quanto ao modo de elaboração	36
3.5.6	Quanto à alterabilidade	36
3.5.7	Quanto à sistemática	36
3.5.8	Quanto à dogmática	37
3.5.9	Quanto à função	37
3.6	Teoria da Norma constitucional	37
4	TRATADOS INTERNACIONAIS SOBRE DIREITOS HUMANOS: A RELAÇÃO ENTRE O DIREITO INTERNACIONAL PÚBLICO E O DIREITO INTERNO.....	39
4.1	As relações entre Direito Internacional Público e o Direito interno.....	39
4.3	Os tratados internacionais de direitos humanos.....	45
5	O BLOCO DE CONSTITUCIONALIDADE NO DIREITO BRASILEIRO	49
5.1	A previsão constitucional do art. 5º, § 3º e possibilidade de formação de um bloco de constitucionalidade.....	49
5.2	A convenção sobre os direitos das pessoas com deficiência (Decreto Legislativo nº 186/2008): primeira norma recepcionada conforme as regras do bloco de constitucionalidade.....	52
5.3	O Supremo Tribunal Federal e o valor <i>supralegal</i> dos tratados de direitos humanos já vigentes no Brasil - Análise do julgamento do RE 466.343-SP (<i>leading case</i>) 53	
5.4	As implicações do reconhecimento do bloco de constitucionalidade sobre o controle de constitucionalidade	57
	CONCLUSÕES	60
	REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	64

INTRODUÇÃO

Desde os seus primeiros reconhecimentos no ordenamento jurídico, nos últimos anos, principalmente no constitucionalismo americano, o denominado bloco de constitucionalidade vem ganhando destaque no cenário mundial.

As primeiras decisões o qual reconheceram a incidência de normas além da Constituição com igual status ocorrem na França quando seu Conselho Constitucional assegurou a existência dos blocos e princípios a níveis constitucionais quando na Constituição de 1958 foi inserida no seu texto normativo, a aplicação do Preâmbulo da Constituição de 1946 e também da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão.

No direito brasileiro não há que se falar em inserção do bloco constitucional nas Constituições que vigoraram antes da Constituição de 1988. Esta, por sua vez começou a trazer a ideia de aplicabilidade de normas e tratados internacionais, insurgindo as primeiras discussões sobre bloco de constitucionalidade no Brasil, ao dispor nos parágrafos 1º e 2º do artigo 5º da Constituição Federal vigente a aplicação imediata das normas e garantias fundamentais não excluindo, ainda, os tratados de direito internacional que o Brasil faça parte.

Posteriormente, com a emenda constitucional de nº 45, esta que promoveu profundas alterações no texto normativo, além de criar o Conselho Nacional de Justiça, acrescentou ao artigo 5º o parágrafo terceiro, abrindo a possibilidade de tratados e convenções que versem sobre direitos humanos recebam status de emenda constitucional desde que passados por aprovação do Congresso Nacional.

Destarte, objetivou-se por fim a uma discussão sobre a incorporação dos tratados de direito internacional. De acordo com as teses adotadas a incorporação dos tratados internacionais em determinado ordenamento, paridade entre o tratado e as leis federais, status de supralegalidade, reconhecimento como bloco de constitucionalidade ou mesmo um reconhecimento como supraconstitucionalidade,

trará diferentes consequências, principalmente no que tange ao controle de constitucionalidade.

De acordo que aumenta a cada ano a internacionalização do direito constitucional, é necessário observar com maiores cuidados a materialidade e aplicação dessas normas jurídicas, principalmente no que tange aos direitos e garantias fundamentais, haja vista que isso poderá acarretar um confronto de normas assim como uma colisão de princípios, principalmente, no que diz respeito à rigidez constitucional.

A obra permite de maneira geral um estudo ampliado sobre a quantidade de normas que poderão ser usada como parâmetro de controle de constitucionalidade, haja vista que os princípios que fundamentam a existência do bloco de constitucionalidade não se limitam exclusivamente aos textos expostos num determinado ordenamento jurídico.

No que tange a escolha do tema, esta decorreu da análise, principalmente, da emenda constitucional de nº. 45, haja vista que essa protagonizou, ao inserir no artigo 5º, o parágrafo 3º, uma tentativa de por fim a discussão da existência da aplicabilidade do bloco de constitucionalidade a partir da interpretação extensiva dos parágrafos 1º e 2º do mesmo artigo.

Além disso, sabendo da crescente evolução do constitucionalismo moderno destaca-se que o tema escolhido vem, desde o seu surgimento principalmente na França e na Espanha, se expandido cada vez mais no constitucionalismo americano. Todavia, a doutrina, atualmente, ainda diverge sobre sua classificação, incorporação, aplicação e consequência.

Objetiva-se, com o estudo, analisar a aplicação da ideia do bloco de constitucionalidade fazendo um paralelismo à supremacia da constituição, bem como, verificar, de acordo com a teoria adotada, a possibilidade do controle de constitucionalidade tendo como parâmetro de controle as normas que inserem direitos fundamentais no plano da constituição através dos tratados.

Não obstante, objetiva-se, subsidiariamente, um estudo sobre o surgimento da concepção e a evolução do bloco de constitucionalidade na Europa

ocidental elencando suas principais características da época, fazendo um paralelismo entre a supremacia da constituição, dando uma relevância ao princípio da constitucionalidade, com os conceitos e características dos tratados internacionais e sua inserção aos países signatários. Realçando o surgimento do bloco de constitucionalidade na Constituição Brasileira, demonstrando sua característica e consequências, inclusive, traçando comentários sobre a utilização do mesmo como parâmetro para controle de constitucionalidade.

Preliminarmente, far-se-á necessidade de um breve estudo histórico sobre o surgimento do constitucionalismo ao neoconstitucionalismo, assim como, será demonstrado o surgimento do bloco de constitucionalidade, trazendo seus diversos conceitos e analisando a sua aplicabilidade nas normas estrangeiras, francesa e espanhola.

Posteriormente, na segunda parte, se analisa as características das normas constitucionais, trazendo breves comentários sobre os princípios de interpretação constitucional, realçando a supremacia da Constituição.

O terceiro capítulo permite analisar as relações entre o Direito Internacional Público e o Direito Interno, apontando o surgimento dos conflitos entre as normas de direito interno com as normas internacionais. Apresenta, ainda, os conceitos adotados pelas doutrinas majoritárias para os tratados internacionais, enfatizando a importância dos tratados internacionais sobre direitos humanos.

Por fim, o último capítulo, apresenta a noção do bloco de constitucionalidade no direito brasileiro, sobretudo, após a Emenda Constitucional nº 45/2004. Analisa o julgamento do Recurso Extraordinário 466.343-SP, apontando o valor supralegal dos tratados de direitos humanos já vigentes no Brasil e as implicações pelo reconhecimento do bloco de constitucionalidade e a formação de uma nova classificação das normas jurídicas na ordem brasileira.

Com intuito de melhor avaliar o tema exposto, o trabalho ocorrerá na forma dedutiva, onde buscará levantar um número suficiente de informações gerais da pesquisa bibliográfica, observando as recentes decisões dos Tribunais Superiores.

ANTECEDENTES HISTÓRICOS: BLOCO DE CONSTITUCIONALIDADE NO DIREITO COMPARADO

2.1 Surgimento do constitucionalismo

A ideia do constitucionalismo surge a princípio como um movimento político e jurídico objetivando a limitação do poder e para garantir a supremacia da lei, fixando uma constituição. Necessariamente, o constitucionalismo, apesar do termo, não vincula a obrigatoriedade da existência de uma norma escrita, maior exemplo disso, ocorre atualmente com o Reino Unido.

Denota-se que, embora seja possível apontar, historicamente, a *Magna Carta Libertatum*, de 1215, feita pelo rei da Inglaterra João Sem Terra, como um dos maiores marcos simbólico do constitucionalismo, faz se necessário destacar pequenas experiências vividas principalmente pelo Estado Hebreu, Grego, Romano, e enfim, na Inglaterra.

Os primeiros vestígios, no sentido de limitação de poder político, ocorreram com os Hebreus, regidos sobre forte influência da religião, utilizam desta como forma de estabelecer limites aos detentores do poder, nascendo, assim, o constitucionalismo. Nesse contexto, bem aponta, de maneira sucinta, Novelino:

Na época da estruturação de seu antigo Estado, os hebreus adotavam constituições regidas por convicções da comunidade e por costumes nacionais, os quais se refletiam nas relações entre governantes e governados. Em seu Estado teocrático, os dogmas religiosos consagrados na Bíblia eram impostos como limites ao poder político¹.

Na Grécia antiga surgem as chamadas Cidades-Estados, configurando os primeiros casos da democracia constitucional. Atenas destacava-se levando em consideração não apenas o seu vasto território, tão pouco, pelo caráter militar, mas pela sua natureza intelectual. Evidenciava-se a limitação do poder político, não regido segundo a vontade dos homens, mas governado segunda as leis. Havia uma participação mais intensa dos cidadãos atenienses nos atos assuntos públicos.

¹ NOVELINO Marcelo, Direito constitucional / Marcelo Novelino. 2012, p. 20;

A experiência Grega fora transportada para Roma onde prevaleciam, ainda, as características da república e do principado. Mantiveram a estrutura jurídica e política da Cidade-Estado, impondo o caráter decisório a um determinado número limitado de órgãos e pessoas. Neste tempo, a participação do povo nas decisões ocorria de forma reduzida. Nota-se que no caso Romano, determinadas normas regidas pelos imperadores ganhavam força de lei.

Com o fim do império romano, ocorreu um desaparecimento do constitucionalismo decorrente da predominância do Estado absolutista onde não havia participação popular, tão pouco a imposição de limites à vontade do soberano, este era considerado acima da lei. Nesse sentido leciona Tavares:

Durante vários séculos da Idade Média os homens viveram sob a tutela de regimes absolutistas, no seio dos quais ficava vedada qualquer forma participativa, e nenhum limite poderia ser imposto aos governantes. Estes eram compreendidos como verdadeiras reencarnações do soberano ou entidades divinas, enviados de Deus para cumprir a função de comandar o povo e, portanto, todo o aparelho estatal. O que poderiam fazer de acordo com sua vontade, livres de quaisquer limitações. Suas decisões eram consideradas acima das leis, ou seja, seus atos não se submetiam ao controle jurídico².

Contudo, no fim da Idade Média, surge o Estado moderno, nasce o regime absolutista, quebra-se o elo entre o poder temporal e o poder religioso. Fruto da intranquilidade existente na Inglaterra, o constitucionalismo ressurgiu visando alcançar as garantias de liberdade individual, impondo limites para a atuação do soberano e garantido direitos individuais. O Poder político passara a ser legalmente limitado.

No século X, o desenvolvimento das instituições feudais consolidou a força política dos barões, estes, com o intuito de proteger seus privilégios relativos à propriedade, à tributação e às liberdades, impuseram ao rei João Sem Terra, em 1215, a Magna Charta. Não obstante, esta não possuía natureza constitucional, impondo uma liberdade nacional, apesar disso, a dimensão de seus termos permitiu que adotasse um caráter de uma carta geral de liberdades públicas. Nesta acepção ensina Silva remetendo ao apontamento de Noblet:

² TAVARES, André Ramos, Curso de direito constitucional / André Ramos Tavares. 2012. p. 26/27;

Lembremos apenas que a *Magna Carta*, assinada em 1215 mas tornada definitiva só em 1225, não é de natureza constitucional, “longe de ser a Carta de liberdades nacionais, é, sobretudo, uma carta feudal, feita para proteger os privilégios dos barões e os direitos dos homens livres. Ora, os homens livres, nesse tempo, ainda eram tão poucos que podiam contar-se, e nada de novo se fazia a favor dos que não eram livres”. Essa observação de é verdadeira, mas não exclui o fato de que ela se tornasse um símbolo das liberdades públicas, nela consubstanciando-se o esquema básico do desenvolvimento constitucional inglês e servindo de base a que juristas, especialmente Edward Coke com seus comentários, extraíssem dela os fundamentos da ordem jurídica democrática do povo inglês³.

Nessa discussão, destaca-se, ainda, para a formação do constitucionalismo Inglês, a influência *Petition of Rights* de 1628, as revoluções de 1648 e 1688 e a *Bill of Rights* de 1689. A Inglaterra nunca desenvolvera uma Constituição escrita, modelo adotado posteriormente pelos Estados Unidos, certo que suas normas constitucionais permanecem situadas nas tradições e costumes do povo.

O desejo em se implantar o princípio da primazia da lei, como forma de limitação do poder, somente foi consolidada com o Constitucionalismo Clássico, nesse período surge os primeiros textos com natureza constitucional na forma escrita, primeiramente nos Estado Unidos no século XVIII e na França no mesmo século.

É certo que o Constitucionalismo traduz a ideia básica do registro por escrito do documento jurídico de maior relevância dentre as demais normas estatais. Nesse contexto, o constitucionalismo clássico nasce nos Estados Unidos da América, diante de seu rompimento com o poder da Inglaterra e, por consequência, a formação das Treze Colônias Americanas, a elaboração da Constituição Americana, em 1787. Tavares aponta a influência do Constitucionalismo Americano com o praticado na atualidade:

Nesta linha de considerações, tem-se que a consagração da primeira Constituição escrita não coincidiu, cronologicamente, com o surgimento de ideias, institutos e valores caros ao constitucionalismo. Contudo, o constitucionalismo como é reconhecido e praticado na atualidade haure seus elementos fundadores do constitucionalismo

³ SILVA, José Afonso da, Curso de Direito Constitucional Positivo / José Afonso da Silva. 2010, pag. 152;

norte-americano do final do séc. XVIII, ou seja, tem na formação deste, ainda hoje, suas principais bases. Mas se pode e se deve falar de desenvolvimento desse constitucionalismo original, em seus principais institutos, como a supremacia da Constituição escrita e a Justiça Constitucional, cujo sentido atual, embora não abandone o sentido original, experimentou uma sensível ampliação (caso das funções fundamentais da Justiça Constitucional para além de um simples controle de constitucionalidade das leis e o caso da interpretação conforme a Constituição e da constitucionalização do Direito como paradigmático dessa nova percepção de antigos institutos e conceitos)⁴.

Nitidamente, sobre a influência do individualismo e liberalismo de John Locke juntamente com a limitação do poder soberano apresentada por Charles de Secondat, o constitucionalismo americano contribuiu para a formação da ideal rígido sobre a supremacia constitucional e sua garantia jurisdicional, Novelino destaca de maneira sucinta as principais características do constitucionalismo americano:

Dentre as inovações e principais características do constitucionalismo norte-americano, podem ser destacadas: I) a criação da primeira Constituição escrita e dotada de rigidez; II) a ideia de supremacia da Constituição; III) a distinção entre o poder constituinte e poderes constituídos; IV) a instituição do controle de constitucionalidade (1803); V) a forma federativa de Estado; VI) o sistema presidencialista; VII) a forma republicana de governo; VIII) o regime político democrático; IX) a rígida separação e equilíbrio entre os poderes estatais; X) o fortalecimento do Poder Judiciário; e, XI) a declaração de direitos da pessoa humana⁵.

O movimento constitucionalista francês surgiu a com Revolução de 1789 regida sobre o lema “liberdade, igualdade e fraternidade”. Antes, na sociedade francesa, havia distinções entre as classes, nobreza e o clero usufruíam as benéficas, enquanto o povo os financiavam.

Destarte, o constitucionalismo francês é construído sobre a ideia das garantias dos direitos e sobre a separação dos poderes. Em 1789 foi editada a Declaração Universal dos Direitos do Homem e do Cidadão, traduzindo o explanado de maneira clara em seu artigo 16, mantendo a concepção de que para a existência de um Estado Constitucional far-se-á necessário assegurar a garantia dos direitos e a separação dos poderes (“*Toute société dans laquelle la garantie des Droits n'est pas assurée, ni la séparation des Pouvoirs déterminée, n'a point de constitution*”).

⁴ TAVARES, André Ramos, Curso de direito constitucional / André Ramos Tavares. 2012. pag. 33;

⁵ NOVELINO, Marcelo, Direito constitucional / Marcelo Novelino. 2009. pag. 55/56;

Constituição Francesa foi promulgada em 1791, nela, além de estabelecer no seu preâmbulo a Declaração Universal dos Direitos do Homem e do Cidadão, procurou estabelecer limites aos poderes do Rei instituindo a universalização dos direitos individuais, além disso, apesar de não com o mesmo rigor da Constituição Americana, a Constituição de 1791 consagrava a separação dos poderes e, ainda, fazendo uma distinção entre Poder constituinte originário e derivado.

É certo que, a partir do sistema francês, o sistema constitucional começa expandir sua alçada, se difundindo pelo restante da Europa.

2.2 Neoconstitucionalismo

Com o fim da Segunda Guerra Mundial, o constitucionalismo contemporâneo sofre profundas mudanças. Nasce, na esfera jurídica, o instituto do neoconstitucionalismo, ou para alguns, constitucionalismo pós-moderno, ou, ainda, pós-positivismo. Independentemente do termo, o termo “*neo*” transmite a noção de mudança de paradigmas.

Nessa realidade, busca-se superar a compreensão do constitucionalismo como forma de limitar o poder político, ficando evidente que as normas de natureza constitucionais passaram a ser mais efetivas, principalmente na expectativa de concretização dos direitos fundamentais. Nesse sentido, Novellino direciona a pretensão do neoconstitucionalismo em estabelecer um modelo de políticas constitucionais aplicáveis somente por Estados regidos por uma Constituição democrática garantidora dos direitos fundamentais.

Ao contrário das teorias positivas, as quais pretendem abordar todos os sistemas jurídicos, o *neoconstitucionalismo* não tem a pretensão de ser uma proposta eterna e universal aplicável, em qualquer época, a todos os tipos de Constituição. Trata-se de um modelo particular que se presta apenas para sistemas constitucionais avançados, isto é, dotados de uma Constituição democrática voltada a assegurar os direitos fundamentais e sua efetividade. Nesse sentido, o neoconstitucionalismo deve ser compreendido como uma teoria particular aplicável apenas a um modelo específico de organização político-jurídica: o *Estado Constitucional Democrático*.⁶

⁶ NOVELINO, Marcelo, Direito constitucional / Marcelo Novellino. 2009. p. 59/60;

Diante das barbáries cometidas pelo Regime Nazista, no período que compreendeu a Segunda Grande Guerra, influenciou na formação das novas Constituições com fortalecimento na sua jurisdição constitucional, estabelecendo meios de proteção dos direitos fundamentais. Buscou-se, nas análises jurídicas, uma aproximação entre o direito e a moral, ou seja, uma leitura moral da Constituição, elevando a característica da proteção da dignidade da pessoa humana ao núcleo de formação para constituir um Estado Constitucional de Direito.

Vale ressaltar que até esta época, não poderia se recorrer a Constituição para defesa de direitos, esta possuía meros conselhos ao legislador, seus dispositivos não estavam carregados com o caráter obrigacional e vinculante. Prevalia o entendimento de que a lei editada pelo Legislativo era quase que a única fonte de Direito.

Destarte, o neoconstitucionalismo formou-se de inúmeras transformações ocorridas no Estado e no próprio direito constitucional levando em consideração importantes pontos. Primeiramente o marco histórico, nessa altura, houve uma aproximação das ideias entre constitucionalismo e democracia ocorrendo uma redemocratização insurgindo numa nova organização política, designada de Estado democrático de direito.

Como marco filosófico tem-se o pós-positivismo. É certo que no positivismo, que teve sua decadência agregado ao fim do fascismo, o direito era equiparado à lei, afastando a possibilidade de quaisquer discussões filosóficas na aplicação da lei, assim como na determinação do conceito de justiça. Lenza faz um belo apontamento sobre a influência do pós-positivismo para a formação do neoconstitucionalismo:

O pós-positivismo busca ir além da legalidade estrita, mas não despreza o direito posto. Procura empreender uma leitura moral do Direito, mas sem recorrer a categorias metafísicas. A interpretação e aplicação do ordenamento jurídico não devem ser inspiradas por uma teoria de justiça, mas não podem comportar voluntarismo ou personalismos, sobretudo os judiciais. No conjunto de ideias ricas e heterogêneas que procuram abrigo neste paradigma em construção incluem-se a atribuição de normatividade aos princípios e a definição de suas relações com valores e regras; a reabilitação da razão prática e da argumentação jurídica; a formação de uma nova hermenêutica constitucional; e o desenvolvimento de uma teoria dos

direitos fundamentais edificada sobre o fundamento da dignidade humana. Nesse ambiente, promove-se uma reaproximação entre o Direito e a filosofia.⁷

Por fim, no marco teórico destaca-se o reconhecimento da força normativa da Constituição, o antigo modelo Europeu onde a Constituição simbolizava um documento meramente político foi suprimido. Passou-se a reconhecer o caráter vinculativo e obrigatório das disposições Constitucionais, permitindo o cumprimento forçado de suas disposições, em caso de violação, justamente por estas estarem dotadas de imperatividade.

Conseqüentemente, houve uma expansão da jurisdição constitucional, visto que, há o rompimento da supremacia do Poder Legislativo, ao passo que se transferiu ao Judiciário a obrigação pela proteção e garantia da eficácia dos direitos fundamentais estipulados na Constituição (constitucionalização dos direitos fundamentais).

Por fim, o marco teórico levou-se a uma nova interpretação constitucional, porém, necessário advertir que a interpretação tradicional não fora superada no seu todo, houve, na realidade, um desenvolvimento de métodos específicos para a interpretação constitucional a serem utilizados, inclusive, nas normas infraconstitucionais, ocorrendo assim, uma verdadeira filtragem constitucional. Destarte, a aplicação do direito será com fundamento na constituição ou fundamentada em leis infraconstitucionais juntamente com uma análise de compatibilidade com o texto constitucional. O que alguns doutrinadores conceituam como aplicação direta⁸ e aplicação indireta⁹ da Constituição.

⁷ Lenza, Pedro, Direito Constitucional Esquematizado / Pedro Lenza, 2011, pag. 77.

⁸ Para Marcelo Novelino, "aplicação direta ocorre quando a lide é resolvida com fundamento na norma constitucional". (Novelino, Marcelo. Direito constitucional. 2009. pag. 65);

⁹ Marcelo Novelino discorre sobre a aplicação indireta: "A aplicação indireta, quando a decisão judicial é fundamentada em uma norma infraconstitucional. Nesta hipótese, a norma terá interpretação condicionada pelos valores consagrados na Constituição (indireta finalística); ou, em qualquer caso, sua aplicação dependerá de um juízo negativo de inconstitucionalidade, decorrente da compatibilidade com o texto constitucional". (Novelino, Marcelo. Direito constitucional. 2009. pag. 65);

2.3 Transconstitucionalismo

Com o fim da Segunda Guerra Mundial, a sociedade mundial passou a se organizar num método que se constitui comunidades de países, noutros dizeres, ocorrer uma aproximação dos países em relações supranacionais. A partir disso é possível verificar com uma maior frequência união de diversas ordens jurídicas num mesmo problema de natureza constitucional.

Nesta celeuma surge no Transconstitucionalismo, não como uma simples jurisdição global onde se constituição para dada grupo ferindo a organização interna de cada país, mas como forma de se buscar um diálogo entre a norma interna com as normas externas, sejam Constituições, Tratados e/ou Convenções.

Na busca em fazer um explanado mais profundo sobre essa interação de normas constitucionais, Neves, em seu livro Transconstitucionalismo, apresenta de forma simples o objetivo primordial desse instituto:

Mas o peculiar ao Transconstitucionalismo não é a existência desses entrelaçamentos entre ordens jurídicas, o chamado "Transconstitucionalismo jurídico". No caso do Transconstitucionalismo, as ordens se inter-relacionam no plano reflexivo de suas estruturas normativas que são autovinculantes e dispõem de primazia. Trata-se de uma "conversão constitucional", que é incompatível com um "constitucional diktat" de uma ordem em relação a outra¹⁰.

Assim, a proposta do Transconstitucionalismo é estabelecer um diálogo constitucional, diante o surgimento de problemas que não permitem uma interposição unilateral, visto que, tais questões envolvem e afetam, ao mesmo tempo, diretamente diversas ordens constitucionais.

2.4 Bloco de Constitucionalidade

Com a internacionalização do sistema constitucional, este caminha, em face da evolução jurídica, para um plano da Interconstitucionalidade. No entanto, é sabido que a Constituição transmite a noção de supremacia hierárquica existente no ordenamento jurídico de determinado Estado. Além disso, impõe um procedimento criterioso de adequação das normas jurídicas ao seu próprio conteúdo. Diante disso,

¹⁰ NEVES, Marcelo. Transconstitucionalismo, 2009, p. 118.

é que surge a complexidade e até mesmo certos cuidados em se reconhecer certas normas, em razão de algumas características, possuem natureza jurídica diversa da demais, ganhando status de normas constitucionais.

Diante dessa premissa é que se transfere a noção da existência do Bloco de Constitucionalidade, ou seja, reconhecer a existência de normas constitucionais constantes de outros instrumentos jurídico-normativos que não a Constituição, reconhecendo-lhes também a eficácia própria das normas constitucionais.

Justamente por essa particularidade é que surge, entre os doutrinadores, a dificuldade em se estabelecer um conceito para esse instituto. Assim, Rubio Llorente transmite essa complexidade, visto que esse instituto não é simplesmente um nome de uma categoria, mas uma delimitação de normas que formam o bloco de constitucionalidade:

La expresión "bloc de constitutionnalité" no es, en consecuencia, la denominación de una categoría, sino el enunciado de un problema, y de un prolema, además, que no hace referencia alguna, ni de lejos ni de cerca, a la función de delimitación competencial que realizan al menos de la norma que entre nosotros se consideran parte del bloque de la constitucionalidad.¹¹

Embora o tema bloco de constitucionalidade seja considerado novo pelo constitucionalismo. Todavia, bem leciona Louis Favoreu que o bloco de constitucionalidade é um "conjunto de normas situadas em um nível constitucional, que deve ser respeitado pela lei"¹².

L. M. Díez Picazo descreve que o bloco de constitucionalidade pode ser definido como um "conjunto de normas que efectivamente se utilizan como punto de referencia em los juicios para los que es competente el Tribunal Constitucional".¹³

Noutro giro, Rubio Llorente ante de definir o conceito de bloco de constitucionalidade é necessário "*tratar de estabelecer um concepto material de*

¹¹ Francisco Rubio Llorente. *El bloque de la constitucionalidad*. p. 109;

¹² Louis Favoreu. *El bloque de la constitucionalidad*. p. 19. - "Conjunto de normas situadas en el nivel constitucional, cuyo respeto se impone a la ley"

¹³ L. M. Díez-Picazo, *apud* Louis Favoreu; Francisco Rubio Llorente. *El bloque de la constitucionalidad*. p. 159.

'Costitución' que no coincide exactamente, o solo parcialmente, com el concepto puramente formal".¹⁴

Lopes remete a ideia de bloco de constitucionalidade a "um conjunto de normas que, junto com a constituição codificada de um Estado, formam um bloco normativo de nível constitucional".¹⁵

Assim, remete o bloco de constitucionalidade à somatória de diplomas legais considerados constitucionais mesmo tendo sido elaboradas em momento diferentes que serão comparados a normas constitucionais. Pensamento compartilhado por Baracho ao afirmar que "o bloco de constitucionalidade está constituído por um conjunto de normas que não pertencem formalmente à Constituição"¹⁶.

De plano, fica evidenciada a importância do bloco de constitucionalidade por estar introduzido na estrutura normativa constitucional influenciando na análise do controle de constitucionalidade das leis e na classificação das normas.

A expressão Bloco de Constitucionalidade nasceu da interpretação doutrinária ocorrida na França, onde se criou a teoria do "bloco legal" como forma de controlar os atos administrativos pelo Conselho de Estado, verificando a legalidade dos mesmos, com base em leis que regulavam matérias constitucionais. Da junção dessas leis espaciais, que em razão de sua forma eram denominadas de Constituições escritas, se formava o "bloco legal".

2.4.1 Bloco de Constitucionalidade na França e na Espanha

Louis Favoreu aponta que a expressão bloco de constitucionalidade não é utilizada, nestes termos, pelo juízo constitucional, mas no sentido de uma globalização da constituição, vide *"el juez constitucional francés no emplea la*

¹⁴ Francisco Rubio Llorente. *El bloque de la constitucionalidad*. p. 191.

¹⁵ LOPES, Ana Maria D'Ávila. MORAES, Ismael Evangelista Benevides. *Direito constitucional*., p. 25.

¹⁶ José Alfredo de Oliveira Baracho. *O princípio de Subsidiariedade: conceito e evolução*. p. 80.

expresión de 'bloque de constitucionalidade'; emplea la expresión 'la constitución', que incluye os cuatro textos".¹⁷

No sistema normativo francês, o bloco de constitucionalidade é formado pela Constituição de 1958, os Princípios Fundamentais reconhecidos pelo ordenamento da República Francesa, pelo Preâmbulo da Constituição de 1946 e pela Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789.¹⁸

Da análise da Constituição de 1958 verifica-se que, seus enunciados desempenham uma parte considerável do conteúdo que representa o bloco constitucional francês, representando uma parcela relativamente alta das fundamentações das decisões do Conselho Constitucional.

Restou por evidenciada a força e aplicabilidade da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789 no momento em que o Conselho Constitucional destacou o seu valor constitucional, aplicando-a para fundamentar a decisão da liberdade de associação, em 1971. Posteriormente, serviria como parâmetro para o controle de constitucionalidade de uma lei de finanças que contrariava, expressamente, o disposto no seu artigo 6º.

A constituição francesa de 1946 institui uma força normativa ao seu preâmbulo. Nele verifica-se um complemento à Declaração de Direitos de 1789, constituindo um valor jurídico positivo, sendo necessário, inclusive, todas suas disposições sem levar em conta qualquer forma de diferenciação.

Noutro ponto, vem ocorrendo, gradativamente, a aplicação do caráter normativo constitucional a alguns, no caso do princípio liberdade individual, de associação, de cátedra, de consciência, direito de defesa, jurisdição administrativa independente, autoridade judicial como guardiã da propriedade privada.¹⁹ Destarte, os princípios fundamentais compõe o bloco de constitucionalidade devido à referência que o preâmbulo da Constituição de 1958 fez ao da Constituição de 1946, esta que fazia menção as liberdades e aos direitos previstos na Declaração de 1879.

¹⁷ Louis Favoreu. *El bloque de la constitucionalidad*. p. 199.

¹⁸ Christian Bidegaray; Claude Emeri. *La definition constitutionnel et droits de L'home*. p. 13-39.

¹⁹ Louis Favoreu. *El bloque de la constitucionalidad*. 89-256 DC de 25 de julho de 1989, JO de 28 de julho de 1989, p. 9501..

Na Espanha, o bloco de constitucionalidade não se expôs de maneira tão clara como ocorrera na França. Não obstante, é perfeitamente possível admitir sua existência da análise das decisões que delimitam competência entre os Estados e as Comunidades Autônomas ou mesmo quando é colocado como parâmetro para determinar a constitucionalidade de determinada lei, normas que não estão presentes na Constituição.

O bloco de constitucionalidade está adstrito à substância da Constituição Total que rege sobre o direito espanhol. Constituição que é formada pela junção de preceitos que consagram direitos fundamentais, diante deste quadro, estas normas recebem um valor de superioridade frente às demais.

Francisco Rubio Florente afirma que *“la literatura jurídica francesa se há tomado sólo una expresión, que es aquí aplicada a una realidad ‘to coelo’ diferente, y que, em consecuencia, es inútil tratar de encontrar allí ilustración para nuestro problemas”*.²⁰ Fica claro a dificuldade em se estabelecer uma definição para o bloco de constitucionalidade, tanto no direito francês quando no direito espanhol. Porém, cogitar a existência ou mesmo compreender conteúdo do bloco de constitucionalidade faz-se necessárias profundas reflexões e acompanhamento das decisões das cortes constitucionais, haja vista que, elas são responsáveis por determinar os parâmetros que serão utilizados para o controle de constitucionalidade.

²⁰ Francisco Rubio Florente. *El bloque de la constitucionalidad*. p. 98.

3 CARACTERÍSTICAS E SUPREMACIA DAS NORMAS CONSTITUCIONAIS

3.1 A hermenêutica Constitucional

A interpretação de norma, em sentido amplo, é um importante instituto que visa estudar os fatos, os princípios contribuindo para uma aplicação mais “justa” do direito junto à realidade social. Analisando de maneira simplória a atuação constitucional, percebe a existência dos sujeitos em diferentes polos, o primeiro consiste no poder constituinte, sujeito determinado como emissor responsável pelo conjunto de normas que organizam o Estado e, noutro plano, sociedade jurídica a receptora desses conjuntos normativos. Mendes descreve a importância da interpretação constitucional:

Interpretar a Constituição é buscar conhecer um ato normativo, uma lei; mas, quando comparada com a interpretação típica dos outros ramos do Direito, a interpretação constitucional se cerca de características distintas, que lhe desenham um campo único. A interpretação constitucional tende a acarretar impacto sobre todo o direito positivo do Estado, já que é a Constituição a norma suprema em uma comunidade e a fonte de legitimidade formal de toda a sua ordem jurídica. Dispondo a Constituição sobre as relações entre os poderes e destes com as pessoas, a interpretação constitucional não se desprende, tampouco, de uma ineliminável pressão ideológica e política. Os interesses apanhados pela fixação do entendimento de um preceito da Lei Fundamental tendem a ser mais amplos e de projeção estrutural mais avultada, se comparados com os interesses que, ordinariamente, estão em jogo, quando se cuida de definir normas de setores outros do mundo jurídico.²¹

Destarte, entende-se por hermenêutica constitucional como um método utilizado para estudar os fatos e princípios a fim de se obter uma compreensão mais adequada à realidade social, da Constituição de determinado Estado e, ao fim, aplica-la à sociedade. Padilha faz pequenos apontamentos sobre o conceito de hermenêutica:

Hermenêutica deriva do grego *hermeneuein*. Por meio deste instituto procura-se tornar acessível aquilo que não é compreensível. Deste adveio a ideia de Hermes, mensageiro divino que torna acessível aos mortais a linguagem dos Deuses. A hermenêutica é a ciência que concede ao jurista, pesquisador, administrador ou estudante parâmetros suficientes que permitem interpretar a norma, retirar do texto positivado tudo o que ele contém. É bom notar que

²¹ Mendes, Gilmar Ferreira. Curso de direito constitucional. 2014, p. 91.

hermenêutica não é sinônimo de interpretação; na realidade, da ciência filosófica hermenêutica retiram-se instrumentos para interpretação. Interpretação da Constituição, por sua vez, é entender o texto constitucional, utilizando-se, para tanto, os parâmetros hermenêuticos.²²

A doutrina e a jurisprudência, levando em consideração certos parâmetros, subdivide o estudo da interpretação constitucional com base em métodos e princípios específicos, cujo, a seguir passam a ser explanados.

3.2 Princípios de interpretação constitucional

3.2.1 Princípio da unidade

Aponta a imprescindibilidade em se interpretar a constituição como um todo, deve-se afastar quaisquer tipos de teses contraditórias, visto que poderá levar a uma compreensão diversa da pretendida pelo legislador. Bem aponta Lenza fazendo referência ao estudo levantado por Canotilho:

As normas deverão ser vistas como preceitos integrados em um sistema unitário de regras e princípios. Conforme anota Canotilho, como 'ponto de orientação', 'guia de discussão' e 'factor hermenêutico de decisão', o princípio da unidade obriga o intérprete a considerar a constituição na sua globalidade e procurar harmonizar os espaços de tensão (..) existentes entre as normas constitucionais a concretizar (ex: princípio do Estado de Direito e princípio democrático, princípio unitário e princípio da autonomia regional e local).²³

3.2.2 Princípio do efeito integrador (eficácia integradora)

Decorrente do princípio da unidade descreve que a interpretação constitucional deve se atentar ao objetivo da unidade política. Nas soluções de problemas jurídico-constitucionais, deve o legislador atentar-se a soluções integradoras, favorecendo a integração política e social e, ainda, reforçando a unidade constitucional.

²² Padilha, Rodrigo. Direito Constitucional. 2014, pag. 134.

²³ Lenza, Pedro. Direito Constitucional Esquematizado. 2011, pag. 187.

3.2.3 Princípio da harmonização (ou concordância prática)

Da mesma forma, ligado ao sentido da unidade da Constituição, exerce o controle sobre conflitos, de direitos fundamentais a bens jurídicos protegidos, estabelecendo uma existência simétrica caracterizado pela inexistência de hierarquia entre todos os bens jurídicos amparados pela constituição. Assim explana Canotilho:

O campo de eleição do princípio da concordância prática tem sido até agora o dos direitos fundamentais (colisão entre direitos fundamentais ou entre direitos fundamentais e bens jurídicos constitucionalmente protegidos). Subjacente a este princípio está a ideia do igual valor dos bens constitucionais (e não uma diferença de hierarquia) que impede, como solução, o sacrifício de uns em relação aos outros, e impõe o estabelecimento de limites e condicionamentos recíprocos de forma a conseguir uma harmonização ou concordância prática entre estes bens.²⁴

Destaca-se a utilização do princípio da harmonização principalmente nos casos em que há conflitos de direitos fundamentais.

3.2.4 Princípio da força normativa

Diante desse princípio, direciona a noção que deve ser priorizado todas as soluções que permitem uma atualização da interpretação das normas, garantindo eficácia, eficiência e caráter permanente da norma. Todavia, sempre respeitando as intenções jurídico-normativas. Assim ensina Mendes:

Na solução dos problemas jurídico-constitucionais deve dar-se prevalência aos pontos de vista que, tendo em conta os pressupostos da constituição (normativa), contribuem para uma eficácia ótima da lei fundamental. Consequentemente, deve dar-se primazia às soluções hermenêuticas que, compreendendo a historicidade das estruturas constitucionais, possibilitam a 'atualização' normativa, garantindo, do mesmo pé, a sua eficácia e permanência.²⁵

²⁴ Canotilho, José Joaquim Gomes. Direito constitucional e teoria da Constituição, 6. ed., p. 228.

²⁵ (Ibidem, p. 229.)

3.2.5 Princípio da máxima efetividade (eficiência ou interpretação efetiva)

Sugere uma interpretação para se retirar a maior eficácia da norma, sem, contudo, alterar seu conteúdo, garantindo uma efetividade social mais abrangente. Rodrigo Padilha entende o princípio da máxima efetividade “como subprincípio da força normativa”²⁶, e ainda continua, “a interpretação deve conceder às normas constitucionais a maior eficácia possível”²⁷.

3.2.6 Princípio da correção funcional (conformidade funcional ou justeza)

Impõe um limite à interpretação da Constituição no ponto em que não tentará alcançar um resultado que altere a organização política do Estado (separação de poderes), visto que, esta é a forma garantidora da preservação e manutenção do Estado de Direito. Lenza aponta que “nos momentos de crise, acima de tudo, as relações entre o Parlamento, o Executivo e a Corte Constitucional deverão ser pautadas pela irrestrita fidelidade e adequação à Constituição”.²⁸

3.2.7 Princípio da razoabilidade (proporcionalidade)

A maior parte da doutrina atual trabalha os princípios da proporcionalidade e razoabilidade como sinônimos, ressaltando que a única diferença ora existente entre eles decorre das suas origens, haja vista que, o primeiro nasceu na Alemanha e o outro fora criando nos Estados Unidos.

No caso, é utilizado como forma de equilíbrio na interpretação do ordenamento jurídico. Barroso faz uma feliz abordagem sobre a aplicação do princípio da razoabilidade/proporcionalidade:

Em resumo sumário, o princípio da razoabilidade permite ao Judiciário invalidar atos legislativos ou administrativos quando: a) não haja adequação entre o fim perseguido e o instrumento empregado (*adequação*); b) a medida não seja exigível ou necessária, havendo meio alternativo menos gravoso para chegar ao mesmo resultado (*necessidade/vedação de excesso*); c) os custos superem os benefícios, ou seja, o que se perde com a medida é de maior relevo

²⁶ Padilha, Rodrigo. Direito Constitucional. 2014, p. 134.

²⁷ (Ibidem, p.134.)

²⁸ Lenza, Pedro. Direito Constitucional Esquematizado. 2011, p. 187.

do que aquilo que se ganha (*proporcionalidade em sentido estrito*). O princípio pode operar, também, no sentido de permitir que o juiz gradue o peso da norma, em determinada incidência, de modo a não permitir que ela produza um resultado indesejado pelo sistema, fazendo assim a justiça do caso concreto.²⁹

É possível atentar a possibilidade de controle dos atos discricionários do Poder Público, ainda que possa ser empregado como meio de equilibrar a concessão de benefícios, poderes e imunidades. Sua essência está intimamente ligada ao sentimento de justiça, bom senso e prudência, vedando a prática de excesso no âmbito jurídico constitucional.

3.2.8 Princípio da interpretação conforme a Constituição

Estabelece para o aplicador da norma legal a obrigação de realizarem uma interpretação levando em consideração os valores e os fins constitucionais. Isso possibilita um juízo de escolha entre interpretações adotando, ao final, a quem mais se familiarizar com a Constituição. Nas palavras de Barroso:

Como mecanismo de controle de constitucionalidade, a interpretação conforme a Constituição permite ao intérprete, sobretudo o tribunal constitucional, preserve a validade de uma lei que, na sua leitura mais óbvia, seria inconstitucional. Nessa hipótese, o tribunal simultaneamente, *infirmo* uma das interpretações possíveis, declarando-a inconstitucional, e *afirma* outra, que compatibiliza a norma com a constituição. Trata-se de uma atuação "corretiva", que importa na declaração de inconstitucionalidade sem redução do texto.³⁰

Esse método interpretativo tem por objetivo a preservação de normas sujeitas a serem declaradas inconstitucionais, verifica-se a existência de um mecanismo para se exercer o controle de constitucionalidade e uma técnica interpretativa.

3.3 Supremacia Constitucional

Reconhecer a supremacia da Constituição é colocá-la no topo do ordenamento jurídico, consequência disso, é a impossibilidade de se estabelecer

²⁹ Barroso, Luís Roberto. Curso de Direito Constitucional. 2010, p. 306.

³⁰ Barroso, Luís Roberto. Curso de Direito Constitucional. 2010, p. 302.

validade a atos jurídicos que forem considerados incompatíveis com ela. Fica por evidente o grau de superioridade do poder constituinte em face do poder constituído.

Para garantir essa preeminência, a própria ordem jurídica constitucional estipular métodos (jurisdição constitucional) para invalidar ou paralisar quaisquer atos normativos que contrariem o texto da Constituição (controle de constitucionalidade).

Silva traça pequenos comentários sobre a separação da supremacia constitucional em material ou formal, apontando, inclusive que, somente a formal faz referência se refere a supremacia constitucional:

A doutrina distingue *supremacia material* e *supremacia formal* da constituição. Reconhece a primeira até nas constituições costumeiras e nas flexíveis. Isso é certo do ponto de vista sociológico, tal como também se lhes admite rigidez sócio-política. Mas, do ponto de vista jurídico, só é concebível a supremacia formal, que se apoia na regra da rigidez, de que é o primeiro e o principal corolário.³¹

3.4 Conceções da Constituição

3.4.1 Conceção sociológica de Constituição.

Apresentada por Ferdinand Lassalle coloca a Constituição como um conjunto de poder que regem a sociedade. Acrescenta Padilha que no entendimento de Lassalle “a Constituição escrita não passa de uma mera folha de papel, não tem valor, em é durável se não reproduzir os fatores reais de poder”³².

Nessa concepção a somatória dos poderes poderia coincidir com a Constituição escrita. Caso isso não ocorresse esta perderia seu valor por ser contrária a Constituição real.

3.4.2 Conceção política de Constituição

Defendida por Carl Schmitt, essa concepção faz uma diferenciação entre Constituição e Lei Constitucional, sendo que as primeiras trarão as normas

³¹ Silva, José Afonso da. Curso de Direito Constitucional Positivo, 2010, p. 45/46.

³² Padilha, Rodrigo. Direito Constitucional. 2014, p. 61.

estruturadoras do Estado, caráter político, não sendo, assim, passíveis de modificação. Silva faz pequenas considerações a respeito do pensamento de Schmitt:

Só se refere à decisão política fundamental (estrutura e órgãos do Estado, direitos individuais, vida democrática etc.); as leis constitucionais seriam os demais dispositivos inseridos no texto do documento constitucional, mas não contêm matéria de decisão política fundamental.³³

3.4.3 Concepção jurídica de Constituição.

Trata-se de uma concepção puramente normativa, apresentada por Hans Kelsen. Ocorre um afastamento da fundamentação da lei do plano filosófico, sociológico ou político, figurando somente com base na própria ciência jurídica. Assim explica Padilha:

Sendo assim, a Constituição é o vértice de todo sistema normativo. Leva-se em consideração a posição de superioridade jurídica da norma constitucional diante das demais normas que compõem o direito positivo. Para que não reste dúvida, o plano lógico-jurídico – a norma hipotética fundamental – atua no plano do suposto (dever-ser), ao passo que o plano jurídico-positivo – norma positivada – atua no plano do posto (do que efetivamente é).³⁴

3.4.4 Concepção estrutural de Constituição

Procura-se estabelecer, no aspecto normativo, ligação mais próxima da realidade social. Ocorre uma junção entre os sentidos sociológicos e jurídicos para conceber um sentido à norma conectado a realidade social. Para Silva:

Trata-se de um complexo, não de partes que se adicionam ou se somam, mas de elementos e membros que se adicionam ou se somam, mas de elementos e membros que se enlaçam num todo unitário. O sentido jurídico de constituição não obterá, se a apreciarmos desgarrada da totalidade da vida social, sem conexão com o conjunto da comunidade. Pois bem, certos modos de agir em sociedade transformam-se em condutas humanas valoradas historicamente e constituem-se em fundamento do existir comunitário, formando os elementos constitucionais do grupo social,

³³ Silva, José Afonso. Curso de direito constitucional positivo. 2011, p. 38.

³⁴ Padilha, Rodrigo. Direito Constitucional. 2014, p. 61.

que o constituinte intui e revela como preceitos normativos fundamentais: a constituição.³⁵

3.5 Classificação das Constituições

Necessário ressaltar que a classificação das Constituições pode sofrer variações de acordo com os critérios e métodos adotados, surgindo, em decorrência disso, as espécies de Constituições.

3.5.1 Quanto à origem

As Constituições poderão ser: outorgadas, imposta por ato unilateral, visto que não há representatividade do agente para agir segundo a vontade geral do povo, alguns as denominam como “Cartas Constitucionais”; promulgadas, aquela que surge do trabalho da Assembleia Nacional, que representam diretamente o povo, ou seja, há uma representação legítima popular; cesarista, oriunda diretamente da partição popular, na forma de plebiscito ou referendo, ressalta-se que não poderia ser lhe atribuída o caráter democrático, pois, a participação popular se restringe somente em aceitar as escolhas do detentor do poder; e, por fim, as pactuadas, formada do pacto realizado entre dois poderes constituintes rivais, modelo incompatível com noção da constituição moderna, conforme transcreve Bonavides:

A Constituição pactuada é aquela que exprime um compromisso instável de duas forças políticas rivais: a realeza absoluta debilitada, de uma parte, e a nobreza e a burguesia, em franco progresso, doutra. Surge então como termo dessa relação de equilíbrio a forma institucional da monarquia limitada. Entendem alguns publicistas que as Constituições pactuadas assinalam o momento histórico em que determinadas classes disputam ao rei um certo grau de participação política, em nome da comunidade, com o propósito de resguardar direitos e amparar franquias adquiridas. Na constituição pactuada o equilíbrio é precário. Uma das partes se acha sempre politicamente em posição de força. O pacto selado juridicamente mal encobre essa situação de fato, ‘e o contrato se converte por conseguinte numa estipulação unilateral camuflada’, conforme se deu com a Magna Carta ou a Constituição francesa de 1791: ali a supremacia dos

³⁵ Silva, José Afonso. Curso de Direito Constitucional Positivo. 2011, p. 39.

barões; aqui, a supremacia dos representantes da Nação reunidos em assembleia constituinte.³⁶

3.5.2 Quanto à forma

Considerando a sua forma, podem ser: escritas, no sentido literal da palavra, a Constituição possui toda sua estrutura normativa organizacional reunida num mesmo documento, maior exemplo disso é a Constituição Brasileira; costumeiras, aquela que traduz o sentido contrário da Constituição escrita, visto que, não apresenta suas regras em um texto único. Assim, é aceita, na sua formação, a reunião estatutos e, ainda, baseando-se em costumes jurisprudência e convenções. Este modelo é resultado de uma experiência evolutiva de determinadas nações.

3.5.3 Quanto à extensão

Podem ser: sintéticas, quando estipulam num número pequeno de artigos a organização estrutural e fundamental do Estado, sofrendo, ao longo do tempo, uma adequação a realidade social com base na interpretação dos seus princípios estruturais; ou analíticas, aqueles que adicionam no texto constitucional, outros pontos não considerados como essenciais ou de substância constitucional, inclusive, dispondo sobre aspectos políticos.

3.5.4 Quanto ao conteúdo

Será material, se o texto da Constituição dispuser sobre direitos e garantias fundamentais, a estruturação do Estado, a forma organizacional de seus órgãos. Noutro ponto, aponta Lenza que a Constituição será formal se “elege como critério o processo de sua formação, e não o conteúdo de suas normas. Assim, qualquer regra nela contida terá o caráter de constitucional”.³⁷

³⁶ Bonavides, Paulo, Curso de direito constitucional, 15. ed., p. 89/90

³⁷ Lenza, Pedro. Direito Constitucional Esquematizado. 2011, p. 104.

3.5.5 Quanto ao modo de elaboração

Neste ponto, poderão ser dogmáticas, quando elaboradas num só momento, estabelecendo em no texto constitucional todos os valores políticos e ideológicos; e históricas quando for resultado da elaboração do texto constitucional com base nos costumes e tradições no decorrer de um longo período.

3.5.6 Quanto à alterabilidade

De acordo com esse critério as Constituições poderão ser rígidas, flexíveis e semirrígidas.

Rígidas por adotarem um método mais rígido para alteração do texto Constitucional do que normalmente utilizado para se alterar normas infraconstitucionais. A própria Constituição implante um procedimento especial, ou seja, um procedimento legislativo mais criterioso, para sua alteração.

Flexíveis quando não se impõe grandes dificuldades para se alterar o texto normativo constitucional, nota-se que, neste caso, poderá se utilizado os mesmos procedimentos ordinários de reforma das leis infraconstitucionais. Destarte, não há grandes diferenças para alteração do diploma constitucional e das leis, levando ao fim da superioridade constitucional.

Semirrígida, a Constituição é formada por uma parte rígida de diplomas e por outra parte flexível, instituindo, assim, dois mecanismos para sua alteração, o primeiro mais criterioso como ocorre com as Constituições rígidas, e o segundo como ocorre com as Constituições flexíveis.

3.5.7 Quanto à sistemática

Valendo desse critério, as Constituições podem ser dividam em reduzidas, quando há materialização num único código; e variadas, quando são formadas pela união de vários textos de caráter constitucional. Lenza aponta, diante da aceitação do bloco de constitucionalidade pela ordem brasileira, uma possível alteração da Constituição Brasileira de 1988, antes prevista como unitária para a esparsa:

Contudo, especialmente diante da ideia de “bloco de constitucionalidade”, parece caminhar (de maneira muito tímida, ainda) para um critério que se aproxima de constituição esparsa (legal ou escrita não formal — escrita e que se apresenta fragmentada em vários textos), especialmente diante da regra contida no art. 5.º, § 3.º, que admite a constitucionalização dos tratados ou convenções internacionais de direitos humanos que forem incorporados com o *quorum* e procedimento das emendas constitucionais.³⁸

3.5.8 Quanto à dogmática

Alguns doutrinadores, valendo desse critério, classificam em ortodoxa e eclética. Padilha apresenta um conceito claro e simples para essas classificações ao dizer que será ortodoxa “quando formada por uma única ideologia”³⁹ e eclética quando “formada por diferentes ideologias conciliatórias”.⁴⁰

3.5.9 Quanto à função

Podem ser consideradas como provisórias ou definitivas. A primeira objetiva eliminar o regime a ser deposto e, após, elaborar, em caráter temporário, a estruturação do poder político, a outra, fruto final do procedimento constituinte, não está limitada a um período de vigência.

3.6 Teoria da Norma constitucional

Trata-se do meio utilizado para se analisar a aplicação das normas constitucionais. Silva classifica as normas constitucionais em: de eficácia plena, contida e limitada. No mais, conceitua as normas constitucionais de eficácia pela como sendo:

Aquelas que, desde a entrada em vigor da Constituição, produzem ou têm possibilidade de produzir, todos os efeitos essenciais, relativamente aos interesses, comportamentos e situações, que o legislador constituinte, direta e normativamente, quis regular.⁴¹

³⁸ Lenza, Pedro. *Direito Constitucional Esquematizado*. 2011, p. 108.

³⁹ Padilha, Rodrigo. *Direito Constitucional*. 2014, p. 67.

⁴⁰ (Ibidem, p. 68)

⁴¹ SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das normas constitucionais*. 2003. p. 101.

Destarte, as normas de eficácia plena são auto-executáveis, não necessitando ser regulamentadas ou complementadas por outras normas. Por outro lado, nas de eficácia contida a aplicação de sua matéria ligada à necessidade de se criar outra norma que a discipline, podendo ter seu alcance restringido em razão da existência posterior de uma cláusula de redutibilidade.

Por fim, as normas de eficácia limitada não produzem a totalidade dos seus efeitos e, ainda, não sendo auto-executáveis enquanto não sobrevier outra norma complementar, a partir desse tempo, que adquirirá eficácia plena.

4 TRATADOS INTERNACIONAIS SOBRE DIREITOS HUMANOS: A RELAÇÃO ENTRE O DIREITO INTERNACIONAL PÚBLICO E O DIREITO INTERNO

4.1 As relações entre Direito Internacional Público e o Direito interno

O direito atual vem passando por um período de transição, sendo que resulta numa alteração do no direito internacional clássico no que tange a sua estruturação normativa. Tudo isso, é resultado do processo de globalização do direito.

Destarte, é notável que, na medida da internacionalização do direito, ocorre de maneira natural um distanciamento dos sistemas e noções clássicas de soberania e no reconhecimento como sendo o único sujeito de direito internacional o Estado.

Varella⁴² aponta sobre uma inexistência de soberania acima daquela que o Estado possui. Para o autor, as Organizações internacionais estão mesmo patamar dos Estados, essa igualdade é perceptível na medida em que se nota a possibilidade de atuação em áreas de interesse específicas.

Não obstante, o direito internacional decorre de uma cooperação entre os Estados, organizados sob uma coordenação de uma determinada Organização Internacional, o que permite ver sua competência limitada. Nesse sentido, Varella explana:

O direito internacional evolui por um processo de cooperação interestatal, na maioria dos temas e, em alguns assuntos específicos, por coordenação de alguma Organização Internacional ou Estado mais influente naquele tema. Da mesma forma, não existe uma norma fundamental internacional equivalente à Constituição que existe em cada Estado. O direito internacional é guiado por milhares de tratados, com diferentes graus de normatividade, conforme atribuição pelos Estados. Alguns Tratados têm caráter mais obrigatório (*jus cogens*), outros menos (*soft norms*), mas não há uma norma comum, que direcione a evolução do direito internacional como um todo. Nesse sentido, o direito internacional evolui em geral pela concordância dos Estados. Estes aceitam submeter-se a determinadas regras gerais, com o objetivo de atingir seus interesses

⁴² VARELLA, Marcelo D. – Direito internacional público / Marcelo D. Varella. 2012. p. 25.

comuns em relação aos demais membros da sociedade internacional.⁴³

Sob a ótica de aplicação, há diferenças primordiais existentes entre as relações envolvendo relações internacionais com as relações de direito interno. Nos primeiro caso, têm-se os Estados como indivíduos, ao ponto que seus direitos regulam e administram as relações e atividades entre si. Por óbvio, neste caso, é cristalina a inexistência de relacionamento entre o direito interno do Estado e a norma internacional.

Todavia, quando se fala em direito interno, há uma inversão de paradigma, visto que as Constituições dos Estados podem prever determinadas regras e especificidades a serem seguidas (obrigatoriedade de referendo parlamentar ou promulgação e publicação) para a aplicação do direito internacional.

Mazzuoli⁴⁴ fazendo referência à teoria monista internacionalista, defende “a aplicação do direito internacional pelos juízes e tribunais nacionais, sem a necessidade de norma interna que os materialize e lhes dê aplicabilidade”. E ainda, sugere, com fundamento na Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados, a prevalência do direito internacional sobre o direito interno, enquanto este é utilizado como meio se escusar ao cumprimento das disposições estipuladas num tratado:

É de se recordar também o art. 27 da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados, de 23.05.1969, que consagra expressamente a supremacia do direito internacional sobre o direito interno, na medida em que proíbe que um Estado invoque “as disposições do seu direito interno para justificar o inadimplemento de um tratado”. Neste contexto, a falta de cumprimento dos preceitos do direito das gentes acarreta a responsabilidade internacional do Estado infrator.⁴⁵

Consoante se estabelece uma independência entre o Direito Internacional e o Direito Interno surge, naturalmente, a possibilidade de ocorrer pequenos conflitos entre a aplicação das normas. De fato, isso decorre quando ambos os institutos regulam a mesma matéria de forma contrária.

⁴³ VARELLA, Marcelo D. – Direito internacional público / Marcelo D. Varella. 2012. p. 25;

⁴⁴ MAZZUOLI, Valério de Oliveira – Direito Internacional Público. 2012. p. 21;

⁴⁵ (Ibidem, p. 21);

Essa é a controvérsia, longe a final de se findar as discussões, envolvendo as relações entre o direito interno com as relações internacional dos Estados. Ante a ocorrência de normas conflitantes qual prevalecerá? E mais, seria um tratado autoexecutável após a ratificação ou faz-se necessário a edição de ato com força materializadora?

A fim de se solucionar esse e outros alvoroços ocorridos quando há um choque nas relações do direito interno com o internacional, erguem-se várias teorias. Contudo, duas concepções doutrinárias merecem destaque, logo será disposto.

4.1.1 A corrente dualista

Apresentada por Heinrich Triepel, a corrente dualista aponta a existência de uma divisão do sistema jurídico em duas ordens, ou seja, o direito internacional e o direito interno são independentes e não se comunicam.

Assim, não poderia se falar em conflito entre os sistemas, visto que o direito internacional regeria sobre condutas entre os Estados e o direito interno as relações entre os Estados e seus indivíduos. Seguindo essa ideia, Mazzuoli discorrer sobre essa divisão de matéria:

Esta concepção dualista de que o direito internacional e o direito interno são ordens jurídicas distintas e independentes uma da outra emana do entendimento de que os tratados internacionais representam apenas compromissos exteriores do Estado, assumidos por Governo na sua representação, sem que isso possa influir no ordenamento interno desse estado, gerando conflitos insolúveis dentro dele. Ou seja, os dois sistemas são mutuamente excludentes, não podendo um interferir no outro por qualquer motivo. Não há nenhuma espécie de contato entre um e outro.⁴⁶

Metaforicamente, Pereira comenta de maneira simplória a independência e autonomia do direito internacional e do direito interno, afirmando que a norma internacional somente entrará em âmbito de validade no direito interno, depois de verificada a compatibilidade com o ordenamento do Estado (ratificação), ao transcrever:

⁴⁶ MAZZUOLI. Valério de Oliveira – Direito Internacional Público. 2012. p. 75;

É mais ou menos como se você estivesse dentro de sua casa, olhando pela janela as pessoas que caminham na calçada. A menos que você a convide para entrar, elas são estrangeiras, não lhe dizem respeito. Seguem suas vidas e você a sua. Como seria, então, a forma de fazer essa norma ativa na sociedade internacional "entrar" na ordem normativa? Mais ou menos da mesma maneira que um transeunte entraria em sua casa: pela porta, depois de você verificar laços de afinidade ou de interesse que os tornem comuns.⁴⁷

No caso, eficácia da norma internacional no direito interno está condicionada a sua conversão em direito interno da forma que é trazido pelos procedimentos legais de cada Estado. Não podendo se falar em aplicação imediata.

Uma vez ocorrida à transformação, não pode ser cogitado a existência de conflitos de normas internacionais e internas. No caso, haverá um conflito entre normas internas, passíveis de serem anuladas com base no escalão hierárquico ou por norma posterior.

Ainda seguindo os ensinamentos de Pereira⁴⁸, o autor ainda descreve uma subdivisão do dualismo em radical e moderado: Para o primeiro, a incorporação da norma internacional está adstrita a uma transformação por lei interna, já a outro, dispensa essa formalidade, exigindo somente a passagem da norma por um processo legislativo, ou seja, incorporação por qualquer instrumento normativo.

4.1.2 A corrente monista

Contraponto aos ideais da corrente dualista, a monista defende a existência de um único conjunto de normas jurídicas. Partindo dessa premissa, é possível relacionar a ocorrência de uma formação hierárquica das normas, por sua vez, o direito interno poderá estar subordinado ao direito internacional ou o internacional ao interno. Pereira discorre, metaforicamente, a respeito da unidade de ordens jurídicas:

Pensemos no ambiente universitário durante o intervalo entre as aulas. Alguns alunos permanecem no interior das alas, enquanto

⁴⁷ PEREIRA, Bruno Yepes – Curso de Direito Internacional Público. 2006. p. 47;

⁴⁸ (Ibidem, p. 47/48);

outros transitam pelos corredores. Não importa o ambiente em que estejam, pois todos estão ali com o mesmo propósito.⁴⁹

Nessa corrente, leciona Mazzuoli⁵⁰ que havendo conflitos entre as ordens jurídicas, a solução se dará conforme de duas formas: na primeira, o qual denomina de monismo nacionalista, o Estado possui uma soberania absoluta, dessa forma, há o reconhecimento da obrigação por parte do Estado, todavia, colocada num grau inferior a Constituição; e o outro chamado de monista internacionalista, a norma internacional representa um ponto superior à hierarquia do direito interno, estando este subordinado aquele.

Por fim, é importante destacar que, o autor ainda apresenta o monismo internacionalista dialógico, neste caso, o objeto da relação do direito internacional com o inteiro interno diz respeito sobre normas que versam sobre direito humanos. Assim, “à luz da ordem jurídica internacional, os tratados internacionais sempre prevalecem à ordem jurídica interna (concepção monista internacionalista clássica)”.⁵¹

4.2 O conceito de tratados internacionais

Em características gerais, os tratados internacionais decorrem basicamente dos princípios da *pacta sunt servanda*, da boa-fé e do livre consentimento. Isso é perceptível na análise do preâmbulo da Convenção de Viena sobre Direito dos Tratados de 1969.

Em suma, tanto as Organizações Internacionais quanto aos Estados não estão necessariamente obrigados a ratificar os tratados. Esse ato representa uma manifestação da soberania Estatal.

É possível, atribuir aos Tratados à característica de principal fonte de direito internacional. Varela procura conceituar o Tratado como sendo:

⁴⁹ (Ibidem, p. 48);

⁵⁰ MAZZUOLI. Valério de Oliveira – Direito Internacional Público. 2012. p. 75;

⁵¹ (Ibidem, p.79);

[...] um acordo internacional concluído por escrito entre Estados ou entre Estados e organizações Internacionais, regido pelo Direito Internacional, quer conste de um instrumento único, quer de dois ou mais instrumentos conexos, qualquer seja sua denominação específica.⁵²

Ainda dissertando, referido autor aponta que o Tratado “é a fonte mais democrática, pois *a priori* sua vigência incide apenas sobre os sujeitos de direito que desejam submeter-se ao mesmo”. Com características mais amplas, Braga define tratado internacional como sendo:

O acordo formal de vontade de dois ou mais sujeitos de Direito Internacional com capacidade específica para tratar, regulado pelo Direito Internacional e concluído por escrito entre as partes com a finalidade de produzir efeitos jurídicos no plano internacional.⁵³

Com a majoração do direito internacional, sobretudo impulsionado pelo crescimento da globalização econômica, direciona para uma descentralização das fontes. Assim, as fontes de direito internacional passaram a ser produzidas por diferentes foros e não apenas da Organização Internacional.

Varella, analisando esse quadro de evolução do direito internacional, procurar explicar exclusão da soberania clássica que o Estado possui, nesse contexto descreve:

Todo esse processo de expansão do direito internacional implica uma atribuição progressiva das competências e das capacidades em fazer, implantar e controlar o direito. A atribuição das competências e das capacidades é um dos poderes inerentes à soberania. A soberania absoluta, como Grotius e Hobbes tinham previsto, não existe mais, caso tenha existido. A soberania nacional vê seu domínio de aplicação atual restringir-se à medida que os assuntos tratados anteriormente pelo direito nacional são resolvidos pelo direito internacional e são criadas novas fontes de direito e novos órgãos de execução e de controle desse direito. O direito internacional avança e recua no tempo, de acordo com a vontade, o jogo de forças e de interesses entre os Estados e outros atores não estatais.⁵⁴

Nessa ótica, o fortalecimento do direito internacional é resultado de um ato de cooperação voluntário entre os Estados.

⁵² VARELLA, Marcelo D. – Direito internacional público / Marcelo D. Varella. 2012. p. 37;

⁵³ BRAGA, Marcelo Pupe. – Direito Internacional Público e Privado. 2010. p. 34;

⁵⁴ VARELLA, Marcelo D. – Direito internacional público / Marcelo D. Varella. 2012. p. 39;

Os Tratados possuem características conseqüentes dos princípios gerais do direito, nesse conjunto, merece destaque a ausência de hierarquia, ausência de formalismo e o consensualismo.

No que tange a ausência de hierarquia é importante entender que as normas criadas por cada fonte normativa, estão num grau de igualdade. A exceção, questionada por vários doutrinadores, é a regra do *jus cogens* (normas imperativas do direito internacional), posicionamento defendido por Varella.⁵⁵

Não há um procedimento específico para se elaborar um tratado, sendo que a única exigência é justamente a realização por escrito, o que caracteriza a ausência de formalismo.

Por fim, consensualismo refere-se a autonomia dos sujeitos em definirem as características do tratado (autonomia dos sujeitos de direito internacional).

4.3 Os tratados internacionais de direitos humanos

Antes de qualquer consideração acerca dos tratados internacionais que versem sobre direitos humanos, deve-se reconhecer sua classificação, mormente a que foi atribuída por nossa Constituição Federal. Prescreve o § 3º do art. 5º que, os tratados e convenções internacionais que tenham por objeto direitos humanos e sejam aprovados, em cada casa do Congresso Nacional, em dois turnos por três quintos dos votos dos respectivos membros, terão status de emenda à constituição, ou seja, terão paridade com as próprias normas estatuídas pelo constituinte originário.

Sobre a classificação dos tratados referidos acima, controvérsia nenhuma há, nisso não há discussão, eis que previsto em nossa carta constitucional. Todavia, há tratados outros que não se amoldam a esta previsão constitucional, quais sejam: os que tenham por objeto direitos humanos e que não sejam aprovados no rito previsto constitucionalmente; estes, como bem anota a mais abalizada doutrina, foram classificados por nossa corte constitucional como sendo infraconstitucionais e supra legais, ou seja, situam-se num patamar intermediário.

⁵⁵ VARELLA, Marcelo D. – Direito internacional público / Marcelo D. Varella. 2012. p. 40;

Sobre a temática da classificação dada pelo STF aos tratados internacionais de direitos humanos não aprovados pelo rito do artigo 5º, § 3º da CF/88, ensina Silva,⁵⁶ em suas asseverações teóricas, que tais tratados, em que pese o fato de não estarem ao mesmo nível do texto constitucional, não poderiam, dada a importância da matéria sobre a qual tratam, ser colocados à simples posições de legislação ordinária comum, razão da inovadora decisão da corte constitucional brasileira.

Essa corrente reconhece a submissão dos TIDH à Constituição, ou seja, a sua infraconstitucionalidade, todavia entende que colocá-los no mesmo patamar que a legislação ordinária será subestimar sua relevância, como assevera Gilmar Mendes (2011, p. 660); Os tratados sobre direitos humanos não poderiam afrontar a supremacia da Constituição, mas teriam lugar especial reservado no ordenamento jurídico. Equipará-los à legislação ordinária seria subestimar o seu valor especial no contexto do sistema de proteção dos direitos da pessoa humana. Dessa sorte, por essa vertente, os TIDH possuem caráter supralegal, estando acima da legislação ordinária e abaixo da Constituição. Essa teoria já fora suscitada pelo Supremo Tribunal Federal no julgado do RHC nº. 79.785/RJ, pelo relator Ministro Sepúlveda Pertence, que mudando o posicionamento tido em outros julgados, considerou a possibilidade dos tratados sobre direitos humanos possuírem caráter supralegais.⁵⁷

Ponto interessante sobre os tratados internacionais é a razão de sua existência, de sua criação e da conseqüente persecução de seu cumprimento. Para melhor entendermos isso, necessário mostra-se a verificação da razão pela qual dá-se tanta relevância a estes instrumentos de proteção internacional aos direitos humanos, principalmente o fatos histórico.

A humanidade, ao longo de sua evolução social e política, passou por inúmeras transformações no que tange ao reconhecimento e tutela dos direitos ditos humanos. Sem objetivar esgotar esse ponto, pois não é esse o objetivo deste trabalho nem muito menos deste tópico, assim necessário expor algumas considerações acerca das modificações ocorridas a partir da primeira metade do século XX, principalmente os eventos decorrentes da segunda guerra mundial.

⁵⁶In: <<http://jus.com.br/artigos/22917/a-hierarquia-dos-tratados-internacionais-de-direitos-humanos-a-luz-da-constituicao-federal-de-1988/4>> – Acesso em 14/10/2014, às 10:41

⁵⁷ <http://jus.com.br/artigos/22917/a-hierarquia-dos-tratados-internacionais-de-direitos-humanos-a-luz-da-constituicao-federal-de-1988/4> – Acesso em 14/10/2014, às 10:41

O holocausto nazista ocasionou como bem se tem conhecimento, uma mudança paradigmática não tão somente nos direitos humanos, mas também na ciência jurídica como um todo. Se até então preponderava a noção positivista de direito, passa-se então a inserir nas discussões jurídicas elementos decorrentes da filosofia, da ética, da moral, enfim, noções promanadas de postulados de justiça efetiva, o que provoca, nas nações ocidentais, uma verdadeira revolução política e jurídica, surgindo os direitos de 3ª geração.

Zanon Junior, discorrendo sobre esta terceira geração de direitos afirma que, *in verbis*:

Seguindo a trilha histórica, esta geração de direitos tornou-se identificável no seio social principalmente a partir da década de 60, quando as alterações nas conformações políticas, os desequilíbrios ecológicos e, com maior destaque, os progressos tecnológicos da atualidade apontaram novas situações conflituosas, em que a esfera jurídica das coletividades (por vezes indefinidas e abstratas) apresentava-se desprotegida. Como já mencionado em texto anterior, o fortalecimento das grandes corporações, que ultrapassaram as fronteiras nacionais, a dinamização dos meios de transporte intercontinentais, a expansão dos mercados e os recentes avanços nas tecnologias de comunicação, capazes de interligar pessoas dispersas pelo globo, dentre outros fatores, acarretaram o advento de novos conflitos.⁵⁸

Ante a transcrição feita supra e inserida esta no contexto até aqui trabalhado, pode-se concluir que mudanças profundas ocorreram nos direitos humanos a partir da segunda metade do século XX. Todavia, estas foram engendradas muito antes destes períodos, já no final do século XIX e início do XX. Tal consideração mostra-se relevante ao passo que devemos compreender a atual quadrilha atual de criação e cumprimento de tratados internacionais como a busca por uma efetivação concreta de prerrogativas humanas galgadas historicamente.

Conforme acima, os tratados internacionais possuem papel ímpar na asseguaração dos direitos humanos sendo que em solo pátrio os que trabalham prerrogativas humanas são de dois tipos, os que possuem patamar constitucional e os que possuem status supra legal, conforme entende o STF. Assim, a conclusão

⁵⁸ ZANON JUNIOR, Orlando Luiz. Evolução social dos direitos humanos. Jus Navigandi, Teresina, ano 16, n. 2755, 16 jan. 2011. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/18281>>. Acesso em: out. 2014.

que se tem é, repise-se, os tratados sobre direitos humanos são fundamentais na sistemática de proteção aos direitos fundamentais, além de que integram, como nítido é, o bloco de constitucionalidade.

5 O BLOCO DE CONSTITUCIONALIDADE NO DIREITO BRASILEIRO

5.1 A previsão constitucional do art. 5º, § 3º e possibilidade de formação de um bloco de constitucionalidade

No Brasil, antes da edição da Emenda Constitucional de nº 45, muito se discutia a respeito da hierarquia normativa atribuída aos tratados de internacionais que versam sobre proteção aos direitos humanos, decorrente de uma interpretação extensiva do art. 5º, §§1º e 2º da Constituição Federal⁵⁹.

Para maior parte da doutrina, fundamentando-se no art. 5º, § 2º, da Constituição Federal de 1988, os tratados internacionais que versassem sobre a proteção aos direitos humanos ratificados pelo Estado Brasileiro, conseqüentemente, ingressariam no mesmo patamar hierárquico jurídicos das normas constitucionais.

Destarte, na medida em que a norma constitucional seja omissa não se antecipando de forma a garantir determinados direitos e por ventura os tratados internacionais ratificados pelo Estado Brasileiro, teriam uma superioridade hierárquica frente a qualquer norma infraconstitucional interna, juntamente por força da previsão constitucional supramencionada, tê-los equiparados ao mesmo grau hierárquico normativo da própria Constituição Federal.

Nesse raciocínio, isso não significaria que o tratado não seria formalmente incorporado na Constituição Federal, passando pelo procedimento previsto no art. 60, § 2º, da Constituição de 1988⁶⁰. Logo, o tratado ganharia status de norma materialmente constitucional, integrando-o ao denominado "bloco de constitucionalidade". Assim, discorre Mazzuoli:

Ora, se a Constituição estabelece que os direitos e garantias nela expressos "não excluem" outro proveniente dos tratados

⁵⁹ Constituição Federal Brasileira, art. 5º, §1º: "as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata"; art. 5, §2º: "Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte".

⁶⁰ A Constituição Federal de 1988 prevê no §2º, do art. 60, o procedimento legislativo obrigatório no que tange à emenda a Constituição, nele dispõe a necessidade da "proposta ser 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".

internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte é porque ela própria está a autorizar que esses direitos e garantias internacionais constantes dos tratados internacionais ratificados pelo Brasil “se incluem” no nosso ordenamento jurídico interno, passando a ser considerados como se escritos na Constituição estivessem. É dizer, se os direitos e garantias expressos no texto constitucional “não excluem” outros provenientes dos tratados internacionais em que o Brasil seja parte, é porque, pela lógica, na medida em que tais instrumentos passam a assegurar certos direitos e garantias, a Constituição “os inclui” no seu catálogo de direitos protegidos, ampliando, assim, o seu bloco de constitucionalidade.⁶¹

Não obstante, a doutrina que predominava perante o Supremo Tribunal Federal à época, difundia o monismo moderado⁶². Desta forma, os tratados que eram agregados ao direito interno estariam no mesmo patamar hierárquico das leis infraconstitucionais sendo que, caso haja conflito aparente entre este com aquele prelaça o entendimento que a norma anterior era automaticamente sobreposta pela norma posterior.

Da mesma forma, a celebração de tratados posterior a entrada em vigor da Constituição Federal e havendo incompatibilidade formal ou material, tornava-o inválido sendo passível de ser objeto do controle de constitucionalidade.

A Emenda Constitucional de nº 45 provocou profundas modificações no âmbito do Poder Judiciário Brasileiro. Nesse cenário, faz-se necessário destacar para fins da discussão, a inclusão do parágrafo terceiro no artigo quinto da Constituição Federal Brasileira⁶³.

Da análise do referido parágrafo percebe-se que ficou superada a problemática referente ao alcance do parágrafo segundo do mesmo artigo. Destarte, o legislador concedeu exclusivamente aos tratados que internacionais que versarem

⁶¹ MAZZUOLI. Valério de Oliveira – Direito Internacional Público. 2012. p. 96;

⁶² Barroso, Direito Internacional: “No Brasil, o STF vinha se manifestando pela admissão do monismo moderado, no sentido de que o direito internacional, por meio dos tratados, se incorpora ao direito interno no mesmo nível hierárquico que a lei ordinária, e em caso de conflito, a norma superior prevalece sobre a inferior”.

⁶³ Constituição Federal de 1988, art, 5º, § 3º, dispõe: “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”.

sobre matéria de proteção aos direitos humanos, uma hierarquia constitucional, ou seja, a possibilidade de adquirirem status de norma formalmente constitucional.

Para tanto, há previsão de um conjunto de procedimentos para que os tratados internacionais que versarem sobre normas de proteção aos direitos humanos recebam o status de emenda constitucional. Nestes termos leciona Barroso:

Supera-se, assim, dificuldade teórica que vinha sendo apontada pela doutrina e pela jurisprudência. A medida teve apoio dos grupos de direitos humanos e do próprio Conselho de Defesa dos Direitos da Pessoa Humana, embora tenha sido criticada por quem defendia a tese de incorporação imediata, com base no art. 5º, § 2º. De acordo com a nova previsão constitucional, os tratados internacionais sobre direitos humanos, para serem equivalentes às emendas constitucionais, deverão observar o seguinte trâmite: a) celebração pelo Presidente da República (art. 84, VIII); b) aprovação pelo Congresso Nacional, em dois turnos, em cada Casa, por três quintos dos votos dos respectivos membros, com a edição do correspondente decreto legislativo (art. 5º, § 3º c/c art. 49, I); c) ratificação (ato de direito internacional); e, por fim; d) promulgação e publicação de seu texto via decreto do Presidente da República. Somente a partir daí que o tratado estará incorporado ao direito brasileiro e vigorará com força de emenda constitucional.⁶⁴

Nota-se que tratados internacionais ingressados na ordem jurídica do Estado antes da vigência da Emenda Constitucional de nº 45, possuem força normativa equivalente à lei ordinária, exceto aqueles que versam sobre matéria relativa a direitos humanos. Estes, por sua vez, segundo entendimento do Supremo Tribunal Federal possui status de norma *supralegal*⁶⁵, conforme será explanado em capítulo posterior.

Todavia, não há impedimento a sujeição dos tratados ratificados antes da vigência da EC nº 45 ao Congresso Nacional para análise ao procedimento

⁶⁴ Barroso, Luís Roberto. Curso de Direito Constitucional. 2010, p. 35/36;

⁶⁵ Julgamento pelo Supremo Tribunal Federal ao Recurso Extraordinário nº 466.343-SP de relatoria do Ministro Cezar Peluso, publicado no Diário da Justiça Eletrônico aos dias 06/05/2009, o qual recebeu a seguinte ementa: "PRISÃO CIVIL. Depósito. Depositário infiel. Alienação fiduciária. Decretação de medida coercitiva. Inadmissibilidade absoluta. Insubsistência da previsão constitucional e das normas subalternas. Interpretação do art. 5º, inc. LXVII e §§ 1º, 2º e 3º, da CF, à luz do art. 7º, § 7º, da Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de San José da Costa Rica). Recurso Improvido. Julgamento conjunto do RE nº 349.703 e dos HCs nº 87.585 e nº 92.566; É ilícita a prisão civil de depositário infiel, qualquer que seja a modalidade do depósito".

precedido no art. 5º, § 3º, da CF, caso em que o tratado será elevado ao status de emenda a Constituição.

Seguindo o ensinamento de Barroso os tratados de direitos humanos aprovados sobre o crivo do art. 5º, § 3º, prevalecerão em caso de conflitos com normas infraconstitucionais, haja vista ao seu status de emenda à Constituição. Consequentemente, será inserido no denominado “bloco de constitucionalidade” servindo como parâmetro para verificação da constitucionalidade dos atos normativos e das leis.

5.2 A convenção sobre os direitos das pessoas com deficiência (Decreto Legislativo nº 186/2008): primeira norma recepcionada conforme as regras do bloco de constitucionalidade

Como analisado no capítulo anterior, a partir da edição da Emenda Constitucional nº 45/2004, passou a ser possível a ratificação dos tratados internacionais protetivos de direitos humanos por meio de um procedimento qualificado, os quais, a partir então, passam a ter status de Emenda à Constituição.

Mesmo com a expressa autorização constitucional, somente por meio do Decreto Legislativo nº 186/2008, o Congresso Nacional aprovou a primeira convenção internacional sobre direitos humanos sob o procedimento previsto no art. 5º, § 3º, da Constituição Federal, conforme se extrai do texto do art. 1º do referido decreto⁶⁶.

Nestas previsões, o decreto possui consequências relevantes. Por ter sido aprovado nos termos do procedimento mencionado, aprovados com nível constitucional, inseriu a Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência no bloco de constitucionalidade brasileiro.

Isso significa dizer que houve uma ampliação do parâmetro de controle de constitucionalidade brasileiro, acrescentando todos os elementos propostos pela

⁶⁶ Decreto Legislativo nº 186, de 2008, art. 1º dispõe: “Fica aprovado, nos termos do § 3º do art. 5º da Constituição Federal, o texto da Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e de seu Protocolo Facultativo, assinados em Nova Iorque, em 30 de março de 2007”.

convenção. Consequência da integração do Decreto 6.949/09 no topo da pirâmide jurídica brasileira juntamente com a Constituição Federal.

5.3 O Supremo Tribunal Federal e o valor *supralegal* dos tratados de direitos humanos já vigentes no Brasil - Análise do julgamento do RE 466.343-SP (*leading case*)

A CF/88 (Constituição da República Federativa do Brasil de 1988) apregoa, em seu art. 5º, inc. LXVII que “não haverá prisão civil por dívida, salvo a do responsável pelo inadimplemento voluntário e inescusável de obrigação alimentícia e a do depositário infiel.” Num primeiro momento, se for feita uma análise hermenêutica literal do dispositivo em escólio, chega-se à errônea conclusão de que existem duas espécies de prisão civil aplicáveis no ordenamento jurídico brasileiro, o que, em verdade há, eis que o Pacto de São José da Costa, ratificado pela República Federativa do Brasil, veda tal espécie de prisão, donde surgiria um choque entre os dois instrumentos normativos.

A República brasileira, na pessoa de seu chefe de Estado e de Governo - o Presidente da República -, este valendo-se da faculdade prevista no art. 84, inc. VIII da Constituição Federal, ratificou e o Congresso Nacional referendou a Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica).

Ocorre que este instrumento de Direito Público Internacional, que no Brasil possui força normativa supra legal, conforme o mais abalizado entendimento do Supremo Tribunal Federal (RE 466.343 – Dje 05/05/2009), não prevê a prisão civil do depositário infiel, sendo uma das fundamentações mais concretas, ao menos no plano do Direito material, para a declaração de inconstitucionalidade feita quando do julgamento da ação retro mencionada. Pelo contrário, afirma, no § 7, do artigo 7º que “ninguém deve ser detido por dívida. Este princípio não limita os mandados de autoridade judiciária competente, expedidos em virtude de inadimplemento de obrigação alimentar”.

Ante a isso, surgiria no plano teórico uma problemática grave, eis que há ou estariam vigorando em solo pátrio – no Brasil - duas regras, sendo uma superior à outra, no caso a CF/88 superior ao tratado.

Tem-se que, fosse tão somente este conflito resumido à sistemática acima esposada, não se teria dúvidas teóricas quanto à forma maior da CF/88 face o referido Tratado. Todavia, o STF (Supremo Tribunal Federal), julgando o RE 466.343 – Dje 05/05/2009, firmou entendimento no sentido de que não mais se admite, no Estado brasileiro, a referida espécie de prisão, o que, aparentemente, fez com que o Pacto de São José da Costa Rica ficasse, nesse ponto específico, suplantando a força normativa da Constituição Federal brasileira.

Refazendo, de modo mais acurado, o relatório acerca da problemática chamada à baila, temos que todo o pré-questionamento foi deflagrado com a interposição, pela instituição financeira Banco Bradesco S/A, do Recurso Extraordinário nº 466.343-1, cujo recorrido era Luciano Cardos Santos. Neste recurso, o recorrente buscava fustigar Decisão do Egrégio Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, que afastava, em dado caso, a aplicação de medida coercitiva de prisão civil a devedor fiduciante. Deste modo, o intento era, nos exatos termos de sua fundamentação, afastar tal medida jurisdicional e fazer cumprir o quanto está, ainda, insculpido no texto do art. 5º, inc. LXVII da CF/88. O referido recurso foi distribuído e teve como Relator o Senhor Ministro Cesar Peluso. Votaram os ministros Gilmar Mendes, Carmen Lúcia, Ricardo Lewandowski, Joaquim Barbosa, Carlos Brito e Marco Aurélio, pedindo vista o Senhor Ministro Celso de Mello. Ausentes, justificadamente, os Ministros Sepúlveda Pertence e Eros Gral. Ao final, por unanimidade, acordaram os Ministros do STF pela improcedência do recurso, tudo nos termos do voto do Relator, pelo que ficou assentado, no novo entendimento da Corte, que a prisão civil, salvo no caso de inadimplemento voluntário e inescusável de dívida alimentícia, seria ilegítima (inconstitucional) dando nova interpretação ao referido inciso do art. 5º da Constituição Federal.

Sintetizando, o nosso pacto social prevê no art. 5º, inc. LVII da CF que, não haverá prisão civil por dívida, salvo a do responsável pelo inadimplemento voluntário e inescusável de obrigação alimentícia e a do depositário infiel. Em sentido diametralmente oposto, o Pacto de São José da Costa Rica veda a prisão civil do depositário infiel, sendo que a República Federativa brasileira é signatário do referido instrumento de direito público internacional.

Por sua vez, o Supremo Tribunal Federal, guardião da CF/88, cristalizou o

entendimento de que os tratados internacionais sobre direitos humanos que ingressarem em nosso ordenamento sem cumprir para com o requisito formal do art. 5º, § 3º da CF/88 terão hierarquia infraconstitucional e supralegal, como é o caso do Pacto de São José.

Em relação à vedação da prisão civil do depositário infiel, o argumento do STF especou-se não na aludida hierarquia, até porque se assim o fizesse, razão lhe faltaria para tanto, mas em um choque direitos fundamentais, pois de um lado havia o direito à propriedade e de outro o direito à liberdade, tendo tomado a postura óbvia de optar pela prevalência do segundo.

O que ocorreu foi, em verdade, não a alocação de um diploma de origem internacional em patamar superior à CF/88 más, pelo contrário, um guinada na jurisprudência daquele Tribunal justamente com o fito de dar melhor cumprimento a nosso documento fundamental.

Para melhor entendermos o que ocorreu quando da prolação da decisão do STF relativa à prisão civil de depositário, oportuna é a análise de trecho do voto do distinto Ministro Gilmar Mendes, *in verbis*:

Se não existem maiores controvérsias sobre a legitimidade constitucional da prisão civil do devedor de alimentos, assim não ocorre em relação à prisão do depositário infiel. As legislações mais avançadas em matéria de direitos humanos proíbem expressamente qualquer tipo de prisão civil decorrente do descumprimento de obrigações contratuais, excepcionando apenas o caso do alimentante inadimplente. O art. 7º (nº 7), da Convenção Americana sobre Direitos Humanos – Pacto de San José da Costa Rica, de 1969, dispõe desta forma: “Ninguém deve ser detido por dívidas. Este princípio não limita os mandados de autoridade judiciária competente expedidos em virtude de inadimplemento de obrigação alimentar.” Com a ratificação pelo Brasil desta convenção, assim como do Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos, sem qualquer reserva, ambos no ano de 1992, iniciou-se 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, por consequência, de toda a legislação infraconstitucional que nele possui fundamento direto ou indireto.

O que o preclaro Ministro chama à impossibilidade de um diploma de origem internacional suplantar norma constitucional. E continua: *in verbis*:

Dispensada qualquer análise pormenorizada da irreconciliável polémica entre as teorias monista (Kelsen) e dualista (Triepel) sobre a relação entre o Direito Internacional e o Direito Interno dos Estados – a qual, pelo menos no tocante ao sistema internacional de proteção dos direitos humanos, tem-se tornado ociosa e supérflua –, é certo que qualquer discussão nesse âmbito pressupõe o exame da relação hierárquico-normativa entre os tratados internacionais e a Constituição. Essa disposição constitucional deu ensejo a uma instigante discussão doutrinária e jurisprudencial – também observada no direito comparado – sobre o status normativo dos tratados e convenções internacionais de direitos humanos, a qual pode ser sistematizada em quatro correntes principais, a saber: a) a vertente que reconhece a natureza supraconstitucional dos tratados e convenções em matéria de direitos humanos; b) o posicionamento que atribui caráter constitucional a esses diplomas internacionais; c) a tendência que reconhece o status de lei ordinária a esse tipo de documento internacional; d) por fim, a interpretação que atribui caráter supralegal aos tratados e convenções sobre direitos humanos.

O jurista chama a atenção, face o conflito normativo verificado, para a possível hierarquia de instrumentos de mesma natureza que o Pacto de São José, salientando a existência de três correntes. Deste raciocínio, pode-se operar a conclusão de que o Supremo Tribunal Federal, quando do julgamento do RE. 466.343-1 tomou como supedâneo, em maior medida, a supremacia do direito à liberdade frente o referente à propriedade, deixando em segundo plano as questões estritamente formais de hierarquia normativa. Nas palavras do Ministro Gilmar Ferreira Mendes, *in verbis*:

Assim, a premente necessidade de se dar efetividade à proteção dos direitos humanos nos planos interno e internacional torna imperiosa uma mudança de posição quanto ao papel dos tratados internacionais sobre direitos na ordem jurídica nacional. É necessário assumir uma postura jurisdicional mais adequada às realidades emergentes em âmbitos supranacionais, voltadas primordialmente à proteção do ser humano. Como enfatiza Cançado Trindade, “a tendência constitucional contemporânea de dispensar um tratamento especial aos tratados de direitos humanos é, pois, sintomática de uma escala de valores na qual o ser humano passa a ocupar posição central”. Portanto, diante do inequívoco caráter especial dos tratados internacionais que cuidam da proteção dos direitos humanos, não é difícil entender que a sua internalização no ordenamento jurídico, por meio do procedimento de ratificação previsto na Constituição, tem o condão de paralisar a eficácia jurídica de toda e qualquer disciplina normativa infraconstitucional com ela conflitante. Portanto, diante do inequívoco caráter especial dos tratados internacionais que cuidam da proteção dos direitos humanos, não é difícil entender que a sua internalização no ordenamento jurídico, por meio do procedimento de ratificação previsto na Constituição, tem o condão de paralisar a eficácia jurídica de toda e qualquer disciplina normativa

infraconstitucional com ela conflitante.

Pode-se notar que a problemática girava em torno não da sobredita hierarquia normativa existente entre a CF/88 e o Pacto de São José da Costa Rica, ou mesmo da legitimidade deste instrumento de Direito Público Internacional de obrigar ao povo brasileiro, mas sobre a impossibilidade de o direito à propriedade prevalecer sobre o direito à liberdade. Desse modo, o que houve foi um choque de direitos fundamentais, prevalecendo, por óbvio, o direito à liberdade, mais essencial que o primeiro, operando-se, conforme indica o próprio título desses, uma guinada na jurisprudência do STF e não propriamente um claro e inequívoco choque de diplomas normativos.

5.4 As implicações do reconhecimento do bloco de constitucionalidade sobre o controle de constitucionalidade

Uma das maiores consequências do reconhecimento do bloco de constitucionalidade é a ampliação do paradigma do controle de constitucionalidade das leis. Uma vez que, com ratificação de tratados de matéria que versam sobre direitos humanos e posteriormente passando pelo procedimento previsto no art. 5º, § 3º, da Constituição Federal, haverá mais normas com supremacia constitucional.

Consequentemente, as normas inferiores deverão estar obrigatoriamente em consonância com os tratados com status constitucional, tendo em vista que o sistema normativo a divergência entre normas infraconstitucionais com aquelas de caráter constitucional.

Consoante os ensinamento de Leal⁶⁷ “a ideia de bloco de constitucionalidade defende como parâmetro de controle não somente a Constituição Federal, mas um conjunto de regras e princípios materialmente constitucionais”.

O doutrinador Bulos considera o bloco de constitucionalidade como “o conjunto de normas e princípios, extraídos da constituição que serve de paradigma para o Poder Judiciário averiguar a constitucionalidade das leis”. E continua a

⁶⁷ Leal, Sual Tourinho. Controle de constitucionalidade moderno. 2014. p.71;

discorrer traduzindo a noção de parametricidade no Supremo Tribunal Federal, *in verbis*:

A "noção conceitual de parametricidade - vale dizer, do atributo que permite outorgar, à cláusula constitucional, a qual idade de paradigma de controle - desempenha papel de fundamental importância na admissibilidade, ou não, da própria ação direta, consoante já enfatizado pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal (ADIMC 1.347/D F, Rei . Min. Celso de Mello). Isso significa, portanto, que a ideia de inconstitucional idade (ou de constitucional idade), por encerrar um conceito de relação que supõe, por isso mesmo, o exame da compatibilidade vertical de um ato, dotado de menor hierarquia, com aquele que se qualifica como fundamento de sua existência, validade e eficácia - torna essencial, para esse específico efeito, a identificação do parâmetro ele confronto, que se destina a possibilitar a verificação, in abstracto, da legitimidade constitucional ele certa regra ele direito positivo, a ser necessariamente cotejada em face da cláusula invocada como referência paradigmática. A busca do paradigma ele confronto, portanto, significa, em última análise, a procura de um padrão de cotejo, que, ainda em regime de vigência temporal, permita, ao intérprete, o exame da fidelidade hierárquico-normativa ele determinado ato estatal, contestado em face da Constituição" (STF, ADIn 1.588/DF, Rei . Min. Celso de Mello, j. em 11 -4-2002, DJ ele 17-4-2002, p. 9). A sua concepção parte do pressuposto de que as constituições formam blocos monolíticos e harmônicos, coordenando feixes de normas e princípios explícitos e implícitos, dotados de cogência (força normativa), não podendo ser separados para fins de controle de constitucionalidade.⁶⁸

Leal descreve um questionamento feito por Canotilho a respeito do bloco de constitucionalidade sobre "qual é o escalão normativo de acordo com o qual se deve controlar conformidade dos actos normativos?", diz:

As respostas a este problema oscilam fundamentalmente entre duas posições: (1) o parâmetro constitucional equivale à constituição escrita e leis com valor constitucional formal, e daí que a conformidade dos atos normativos só passa ser aferida, sob o ponto de vista da sua constitucionalidade ou inconstitucionalidade, segundo as normas e princípios escritos na constituição (ou de outras leis formalmente constitucionais); (2) o parâmetro constitucional é a ordem constitucional global, e, por isso, o juízo de legitimidade constitucional dos actos normativos deve fazer-se não apenas segundo as normas e princípios escritos nas leis constitucionais, mas também tendo em conta princípios não escritos integrantes da ordem

⁶⁸ Bulos, Uadi Lammêgo. Curso de direito constitucional. 2014. p. 179;

constitucional global. Na perspectiva (1) o parâmetro da constitucionalidade (=normas de referência, bloco de constitucionalidade) reduz-se às normas e princípios da Constituição e das leis com valor constitucional; para a posição (2), o parâmetro constitucional é mais vasto do que as normas e princípios constantes das leis constitucionais escritas, devendo alargar-se, pelo menos, aos princípios reclamados pelo 'espírito' ou pelos 'valores' que informam a ordem constitucional global.⁶⁹

Decorrente dessa realidade, ou seja, a ampliação do parâmetro de controle de constitucionalidade permite aqueles imbuídos de verificar a compatibilidade das leis com as normas constitucionais de forma abstrata, uma análise não exclusiva com base na Constituição Federal, mas com todas as normas e princípios explícitos e implícitos considerados constitucionais.

⁶⁹ Leal, Sual Tourinho. Controle de constitucionalidade moderno. 2014. p.71/72;

CONCLUSÕES

O estudo das normas constitucionais sempre ocupou espaço privilegiado na doutrina de direito constitucional, o que se justifica pela necessidade de uma completa percepção sobre o conteúdo da constituição e, principalmente, pelo seu papel no ordenamento jurídico, haja vista que a supremacia da lei maior exige que todas as demais normas do sistema guardem com esta uma necessária subordinação, sob pena de serem consideradas inválidas.

Trata-se este de um ponto fundamental no estudo das normas, entender como uma norma pode ser considerada superior à outra dentro de um mesmo sistema jurídico. Nessa linha, é corrente falar-se que as normas constitucionais gozam de supremacia (superioridade normativa), tão evidente, que todas as demais normas do ordenamento passam a ser denominadas de *infraconstitucionais*, justamente porque existem em função das primeiras, ou seja, devem estrita obediência ao comando das normas que têm *status* constitucional.

De acordo com a mais abalizada doutrina, a supremacia da Constituição decorre substancialmente de dois fatores: a rigidez constitucional e a existência de um sistema de controle de constitucionalidade. Primeiramente, não há como falar em constituição suprema se a constituição não for rígida, ou seja, só há superioridade normativa da constituição porque as regras para alterar as suas normas são mais exigentes, se comparadas com as regras para alterar a legislação ordinária.

Por outro lado, não haveria supremacia da constituição se não houvesse como retirar do ordenamento jurídico uma norma que conflitasse com a lei maior. Nesse ponto, é fundamental que o sistema estabeleça um procedimento específico para se fazer a fiscalização da constitucionalidade das leis e demais atos normativos, permitindo-se que se resguarde a força da constituição e evitando que uma lei de menor importância ofenda as normas de maior valor constantes da carta constitucional.

Ao abordar o chamado “bloco de constitucionalidade”, também é necessária uma análise da supremacia da constituição, pois, para que exista um

bloco, o sistema tem que permitir que outras normas, que não provenientes do poder constituinte derivado adentrem ao ordenamento com *status constitucional*, e estas, de alguma forma, têm que observar um procedimento mais rígido, tal qual ocorreria com as chamadas emendas à Constituição.

Por outro lado, a opção pela possibilidade de um bloco de constitucionalidade acaba por gerar reflexos sobre o controle de constitucionalidade, pois, aumenta-se o parâmetro do controle. Enfim, estudar esse novo instituto, o bloco de constitucionalidade, é rediscutir a supremacia constitucional na sua essência.

Denota-se que o reconhecimento das normas materialmente constitucionais, que formam o doutrinariamente chamado "bloco de constitucionalidade", originou-se na França, pelo Conselho Constitucional, quando em 1971, incorporou à Constituição da 5ª República Francesa o preâmbulo da Constituição de 1958.

No Brasil, para uma minoria na doutrina, já era possível falar-se em "bloco de constitucionalidade" a partir da interpretação dada pelo Supremo Tribunal Federal ao § 2º do art. 5º da CF/88, que passou a reconhecer a existência de normas constitucionais integrantes de outros instrumentos jurídico-normativos que não a constituição, e que ainda assim tinham eficácia própria de normas constitucionais.

Com a Emenda Constitucional nº 45/2004, pôs-se fim a discussão existente em razão da interpretação do § 2º, do art. 5º da CF/88, e a aplicação dos princípios adotados ou tratados internacionais em que o Brasil seja parte. Percebeu-se, então, que o bloco de constitucionalidade no direito brasileiro se formalizou com a edição da referida emenda, pois, somente a partir dessa modificação constitucional é que os tratados internacionais de direitos humanos podem ser recebidos em nosso ordenamento com o *status* de norma constitucional.

Desta forma, o Supremo Tribunal Federal modificou a teoria tradicionalmente adotada, que atribuía aos tratados internacionais de direitos humanos o mesmo grau hierárquico das demais normas (infraconstitucionais – de primeira geração), passando a estes tratados o status de *supralegalidade*.

Destarte, mantivera a supremacia da constituição frente aos tratados internacionais, ou seja, mesmo quando versavam sobre direitos humanos, estes tratados ainda seriam considerados como normas infraconstitucionais. Todavia, em razão da sua reconhecida *supralegalidade*, tais tratados tinham a força de invalidar normas legais que com eles não fossem compatíveis, como ocorrido no caso da discussão sobre a prisão civil do depositário infiel.

Sendo assim, a depender do tema objeto do tratado internacional, este poderá ser admitido de duas formas em nosso ordenamento jurídico: ou como norma constitucional ou como norma infraconstitucional. Segundo o Supremo Tribunal Federal, o tratado internacional de direitos humanos será norma de caráter constitucional se recebida no ordenamento conforme o procedimento do art. 5º, § 3º da CF. A *contrario sensu*, ainda que não recebido segundo esse procedimento especial (acrescentado pela EC nº 45/2004), por tratar de tema sensível à dignidade da pessoa humana, o tratado internacional terá natureza de norma infraconstitucional, mas alçado a um patamar de supremacia em relação às normas legais, o que se convencionou chamar de *supralegalidade*.

A construção do bloco de constitucionalidade pelo sistema normativo brasileiro alargou o estudo das normas constitucionais, que não está limitado ao estudo das normas estabelecidas na Constituição. O estudo dessas normas constitucionais que se encontram fora do corpo da Lei Maior é demasiado importante, pois estas “novas” normas constitucionais podem servir de parâmetro para o controle de constitucionalidade, ou seja, o legislador constituído está obrigado a observar não só as limitações impostas pela constituição em si, mas também pelos tratados internacionais que entraram em nosso ordenamento jurídico como emendas à Constituição.

Por consequência, podemos hoje afirmar que a adoção de um bloco de constitucionalidade implicou na ampliação do parâmetro de controle de constitucionalidade dos atos normativos no Brasil, passando este a se nortear primeiramente pelos dispositivos da redação originária da carta da república, pelas emendas constitucionais de revisão, pelas emendas constitucionais ordinárias e, por fim, mais recentemente, pelos tratados internacionais que versem sobre direitos

humanos, incluídos no sistema interno com observância das regras previstas no art. 5º, § 3º, da CF/88.

Por tudo, tem-se que, independentemente do sistema normativo a ser analisado, o bloco de constitucionalidade, assim como o próprio direito constitucional, estará sempre em contínua modificação e/ou evolução. Assim, o estudo sobre o conteúdo e implicações pelo reconhecimento ou não do bloco de constitucionalidade requer uma constante, profunda e permanente reflexão, baseando-se na doutrina e, principalmente, na análise das diferentes decisões das Cortes Constitucionais.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Livros e Doutrinas

AGRA, Walber de Moura. Curso de Direito Constitucional. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

BARACHO, José Alfredo de Oliveira. O princípio de Subsidiariedade: conceito e evolução. Rio de Janeiro: Forense, 1996.

BARROSO, Darlan. Direito Internacional / Darlan Barroso. – 4. ed. – São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

BARROSO, Luís Roberto. Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo / Luís Roberto Barroso. – 2. ed. – São Paulo: Saraiva, 2010.

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

BIDEGARAY, Christian; EMERI, Claude. *La definition constitutionnel et droits de L'home*. Paris: Ed. Econômica – Presses Universitaires D'aix-Marseille, 1987.

BONAVIDES, Paulo. Curso de direito constitucional. 15. ed. – São Paulo: Editora Malheiros, 2004.

BRAGA, Marcelo Pupe. – Direito Internacional Público e Privado. – 2º ed. – Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2010.

BRASIL. Constituição (1998). Constituição da República Federativa do Brasil. Vade Mecum. – 17. ed. atual. e ampl. – São Paulo: Saraiva, 2014.

BULOS, Uadi Lammêgo. Curso de direito constitucional / Uadi Lammêgo Bulos. – 8. ed. rev. e atual. de acordo com a Emenda Constitucional n. 76/2013 – São Paulo: Saraiva, 2014.

CANOTILHO, J. J. Gomes. Direito Constitucional e Teoria da Constituição. 6. ed. Coimbra: Almedina, 2002.

CASELLA, Paulo Borba. Manual de direito internacional público / Paulo Borba Casella, Hildebrando Accioly e G. E. do Nascimento e Silva. — 20. ed. — São Paulo : Saraiva, 2012.

HESSE, Konrad. Temas fundamentais do direito constitucional / Konrad Hesse; textos selecionados e traduzidos por Carlos dos Santos Almeida, Gilmar Ferreira Mendes, Inocêncio Mártires Coelho. — São Paulo: Saraiva, 2009.

HOUAISS, Antônio (1915-1999) e Villar, Mauro de Salles (1937-). Dicionário Houaiss da língua portuguesa – Antônio Houaiss e Mauro de Salles Villar, elaborado pelo Instituto Antônio Houaiss de Lexicografia e Banco de Dados da Língua Portuguesa S/C Ltda. 1. Ed. Rio de Janeiro : Objetiva, 2009.

LEAL, Saul Tourinho. Controle de constitucionalidade moderno / Saul Tourinho Leal. — 3. ed. Niterói: Impetus, 2014.

LENZA, Pedro, Direito Constitucional Esquemático / Pedro Lenza – 15. ed. rev., atual. e ampl. — São Paulo: Saraiva, 2011.

LOPES, Ana Maria D'Ávila. MORAES, Ismael Evangelista Benevides. Direito constitucional. 2 ed. Fortaleza: LCR, 2008b.

MAZZUOLI, Valério de Oliveira. - Direito Internacional Público Parte – Parte Geral. — 6ª. ed. — São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

MENDES, Gilmar Ferreira. Curso de direito constitucional / Gilmar Ferreira Mendes, Paulo Gustavo Gonet Branco. — 9. ed. rev. e atual. — São Paulo: Saraiva, 2014.

MORAIS, Alexandre de, Direito constitucional / Alexandre de Moraes. — 30. Ed. — São Paulo: Atlas, 2014.

MORANGE, Jean. Direitos humanos e liberdades públicas / Jean Morange; tradução Eveline Bouteiller. — Barueri, SP: Manoele, 2004.

NEVES, Marcelo. Transconstitucionalismo. São Paulo. Martins Fontes. 2009.

NOVELINO, Marcelo. Direito constitucional / Marcelo Novelino. - 6. ed. rev., atual, e ampl. - Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: METODO, 2012.

NOVELINO, Marcelo. Direito constitucional / Marcelo Novelino. – 3. ed. rev., atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Rio de Janeiro: Forense; Sao Paulo: METODO, 2009.

PADILHA, Rodrigo. Direito constitucional / Rodrigo Padilha. 4. ed. – Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método. 2014.

PEREIRA, Bruno Yepes. – Curso de direito internacional público / Bruno Yepes Pereira. – São Paulo: Saraiva, 2006.

RUBIO LLORENTE, Francisco; FAVOREU, Louis. *El bloque de la constitucionalidad* (Simposium franco-espanhol de Derecho constitucional). Sevilla: Editora Civitas, 1991.

SILVA, José Afonso da. Curso de direito constitucional positivo / José Afonso da Silva. – 33. ed. ver. e atual. – São Paulo: Malheiros, 2010.

SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das normas constitucionais*. - 6ª ed. - São Paulo, Malheiros, 2003.

SUR. Revista Internacional de Direitos Humanos / Sur – Rede Universitária de Direitos Humanos – v.1, n.1, jan.2004 – São Paulo, 2004.

TAVARES, André Ramos. Curso de direito constitucional / André Ramos Tavares. – 10. ed. e atual. – São Paulo: Saraiva, 2012.

TEMER, Michel. Elementos de Direito Constitucional. – 23. ed. – São Paulo: Editora Malheiros, 2010.

VARELLA, Marcelo D. – Direito internacional público / Marcelo D. Varella. – 4ª. ed. – São Paulo: Saraiva, 2012.

Artigos e monografias disponíveis eletronicamente

FONSECA, Daniel Correia. Transconstitucionalismo e a tutela dos direitos humanos: O conflito de decisões decorrentes da transcendência estatal/territorial de fronteiras no mundo contemporâneo. Revista Direito UNIFACS n. 158. 2013. Disponível em: <http://www.revistas.unifacs.br/index.php/redu/article/view/2720>. Acesso em: abr. 2014.

JOSINO NETO, Miguel. O bloco de constitucionalidade como fator determinante para a expansão dos direitos fundamentais da pessoa humana. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 8, n. 61, 1 jan. 2003. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/3619>>. Acesso em: jun. 2014.

MARIANO JÚNIOR, Alberto Ribeiro. Bloco de constitucionalidade: Consequências do seu reconhecimento no sistema constitucional brasileiro. In: *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, XIV, n. 87, abr 2011. Disponível em: http://www.ambito-uridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=9241. Acesso em dez 2014.

OLIVEIRA, Andréa Benetti Carvalho de; CULPI, Ludmila Andrzejewski Culpi. Tratados de direitos humanos recepcionados no Brasil e entendimento jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal. In: *Academia.edu*. Disponível em: http://www.academia.edu/1343589/Tratados_de_Direitos_Humanos_recepcionados_no_Brasil_e_entendimento_jurisprudencial_do_Supremo_Tribunal_Federal. Acesso em jul. 2014.

SILVA, Mário Luiz. A hierarquia dos tratados internacionais de direitos humanos à luz da Constituição Federal de 1988. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 17, n. 3408, 30 out. 2012. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/22917>>. Acesso em: 16 out. 2014.

SOARES, Carina de Oliveira. Os tratados internacionais no ordenamento jurídico brasileiro: análise das relações entre o Direito Internacional Público e o Direito Interno Estatal. In: *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, XIV, n. 88, maio 2011. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=9431&revista_caderno=16>. Acesso em maio 2014.

VARGAS, Angelo Miguel de Souza. O Bloco de Constitucionalidade: reconhecimento e consequências no Sistema Constitucional Brasileiro (Dissertação). Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2007. Disponível em: http://www.dominiopublico.gov.br/pesquisa/DetalheObraForm.do?select_action=&co_obra=89059 Acesso em: jun. 2014.

Leis e Jurisprudências

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm Acesso em: nov. 2014.

BRASIL. Decreto nº 6.949, de 25 de agosto de 2009. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2007-2010/2009/decreto/d6949.htm. Acesso em: nov. 2014.

BRASIL. Decreto legislativo nº 186, de 2008. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/congresso/DLG/DLG-186-2008.htm. Acesso em: out. 2014.

BRASIL. Emenda Constitucional nº 45, de 30 de dezembro de 2004. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Emendas/Emc/emc45.htm Acesso em: nov. 2014.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário 466.343-1 São Paulo. Relator: Min. Cezar Peluso. Disponível no Dje nº 104. Divulgação 04/06/2009. Publicação 05/06/2009. Ementário nº 2363-6.