

JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL DEMOCRÁTICA E A TEORIA DO BLOCO DE CONSTITUCIONALIDADE

CONSTITUTIONAL JURISDICTION AND THE THEORY OF BLOCK OF CONSTITUTIONALITY

*Jaime Leônidas Miranda Alves**

RESUMO

O objetivo do presente trabalho é questionar os reflexos em se aplicar, em *terrae brasílis*, a teoria do bloco de constitucionalidade. Para tanto, constrói-se um arcabouço teórico que compreende a evolução histórico-filosófica da jurisdição constitucional até o advento da denominada jurisdição democrática, aqui reflexo da promulgação da CF/88. Depois é analisada a dicotomia existente entre os sentidos formal e material de constituição. Vencida a etapa de digressões preliminares, estuda-se – e mais que isso, questiona-se a validade – da teoria do bloco de constitucionalidade, que defende a possibilidade jurídica de se tomar como parâmetro no exame de constitucionalidade de determinada lei ou ato normativo não apenas o sentido formal de constituição, levando em conta normas que, não obstante se consubstanciam com *status* infraconstitucional, expressam a vontade política fundamental. Quanto ao método, elege-se a hermenêutica constitucional.

Palavras-chave: Bloco de constitucionalidade; Hermenêutica constitucional; Jurisdição constitucional democrática.

ABSTRACT

This paper aims to question the consequences of applying, in Brazil, the theory of constitutional block. To this end, it is made a theoretical framework comprising the historic and philosophical evolution of constitutional jurisdiction until the advent of so-called democratic jurisdiction, here, reflection by the promulgation of CF/88. Then, it is analyzed the

* Especialista em Direito Constitucional pela Universidade Cândido Mendes (Ucam). Pós-Graduando em Direito Público pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais (PUC-Minas). Bacharel em Direito pela Universidade Federal de Rondônia. Autor do livro: O novo constitucionalismo latino-americano e a tutela dos direitos fundamentais. Secretário de Gabinete da 3ª Vara Cível da Comarca de Cacoal do Tribunal de Justiça do Estado de Rondônia. jaime_lmiranda@hotmail.com.

dichotomy between the formal and material senses of constitution. After the preliminary digressions it is questioned the theory of constitutional block, theory that defends the legal possibility of taking as a parameter in the examination of the constitutionality of a normative law or act not only the formal sense of the constitution, taking into account other legislation. As for the method, it is elected the constitutional hermeneutics.

Keywords: Block of constitutionality; Constitutional hermeneutics; Democratic constitutional jurisdiction.

INTRODUÇÃO

A jurisdição constitucional vem como conquista, tanto do positivismo jurídico como do reconhecimento da supremacia normativa da Constituição. Trata-se de evolução doutrinária produto dos trabalhos de Kelsen, Hesse e Schmitt, além de muitos outros que perceberam a necessidade de se construir um documento responsável por estruturar as formas do Estado, bem como designar um rol de direitos fundamentais. Com efeito, a jurisdição constitucional retunde como conquista de gerações.

Nesse cenário, dois modelos de controle de constitucionalidade se destacaram: o norte-americano – controle pela via de exceção – e o modelo austríaco – controle pela via de ação. Não obstante a primeira manifestação da jurisdição constitucional em *terrae brasilis* tenha apontado pela escolha do controle difuso pela via de exceção, as futuras modificações trouxeram instrumentos típicos do controle abstrato austríaco que, deve-se lembrar, tem origem no pensamento kelseniano, de forma que se criou um sistema híbrido de controle de constitucionalidade.

Com o advento da Constituição Federal de 1988, que representou o salvamento que possibilitou o país a caminhar do arbítrio rumo à liberdade, a jurisdição constitucional foi marcada por um novo emblema: a democracia.

Em tempos de jurisdição constitucional democrática que tem como lócus a pós-modernidade, a pesquisa tem por fim questionar se cabe, no ordenamento pátrio, o controle de constitucionalidade cujo parâmetro se estenda superando os limites clássicos da Constituição formal e possibilitando a construção epistemológica de um verdadeiro bloco de constitucionalidade.

Não obstante a presente teoria ter sido já citada pelo ministro Celso de Mello em manifestação do Supremo Tribunal Federal, o tema é recente e foi explorado de forma rasa pela jurisprudência e doutrina pátria, quedando imperioso o seu aprofundamento.

Para se alcançar os objetivos pretendidos, respondendo ao questionamento anterior, elege-se como método de pesquisa a hermenêutica constitucional, que possibilita a construção teórica conforme os ditames e valores contidos na Cons-

tituição e partindo do pressuposto que se consubstanciam esses axiomas em mandamentos de máxima efetivação.

JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL DEMOCRÁTICA

Aspectos preliminares

Pensar em jurisdição constitucional significa pensar em um momento de evolução do Direito no qual o jusnaturalismo é preterido pela cientificação kelseniana da metafísica do conhecimento kantiano.

Dessa forma, ainda que válido o entendimento inicial – presente no positivismo do século XIX – de que o novo modo de compreender o Direito teria raízes no jusnaturalismo, de forma que o direito positivo se consubstanciaria em *standartização* do direito natural e daí inculcaria sua legitimidade, Radbruch¹ ensina que se passou a ignorar a dualidade existente e o monopólio da coercitividade do positivismo remontou em si mesmo como fonte legítima de codificação do Direito.

Nesse sentido, Cruz:²

O século XIX consolidou a forma de pensar positivista ao centrar toda a discussão jurídica numa norma estatal preexistente, limitando-se à observação empírica e à subsunção das normas aos fatos, como premissas maior e menor. A investigação da ciência jurídica afastou-se de qualquer perspectiva jusnaturalista, ao limitar-se às fontes positivistas, tais como leis, decisões judiciais, atos administrativos etc.

Mais que as vinculações epistemológicas existentes entre o jusnaturalismo e o positivismo, a jurisdição constitucional parte do pressuposto em que se admite a existência de um movimento constitucional – para alguns, determinado de primeiro ciclo do constitucionalismo – no qual o Estado limitou a sua esfera de atuação via sistema de freios e contrapesos ao determinar em um documento jurídico a sua organização estatal, além de estatuir expressamente as ditas liberdades negativas, conhecidas como direitos fundamentais de primeira dimensão.

Quanto a sua significação, a jurisdição constitucional é definida por Kelsen³ como “a garantia jurisdicional da Constituição”, funcionamento como “elemento do sistema de medidas técnicas que têm por fim garantir o exercício regular das funções estatais”. Dito de outra forma, a expressão “jurisdição constitucional”

¹ RADBRUCH, Gustav. *Filosofia do direito*. Trad. Marlene Holzhausen. São Paulo: Martins Fontes, 2004.

² CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza. *Jurisdição constitucional democrática*. 2. ed. rev. e amp. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2014.

³ KELSEN, Hans. *La giustizia costituzionale*. Milano: Giuffrè, 1981, p. 123-124.

busca sistematizar os mecanismos presentes em determinado ordenamento que têm por finalidade a perpetuação do significado dos comandos contidos na Constituição Federal.

Acerca da atuação da jurisdição constitucional em *terrae brasilis*, é certo que sua origem desemboca na proclamação da República, ainda no século XIX, com características que a aproximavam do *judicial review* norte-americano. A esse respeito, Barbosa⁴ pondera que “os autores da nossa Constituição, em cujo nome tenho algum direito de falar (...) eram discípulos de Madison e Hamilton”.

Todavia, conquanto o sistema jurídico norte-americano seja estruturado por meio da *common law*, que confere força vinculante aos precedentes judiciais, o ordenamento pátrio busca inspiração no *civil law* – ou sistema românico-germânico, de forma que a fonte principal do Direito é a norma positivada.

Em razão dessa aparente dicotomia, o controle de constitucionalidade se aperfeiçoou com a adoção do controle abstrato, lastreado por Kelsen. Nessa toada, foi adotado um sistema híbrido de controle de constitucionalidade, conforme se delineará melhor em um tópico específico.

Controle de constitucionalidade difuso, concentrado e misto

A jurisdição constitucional, no que concerne ao número de órgãos, instrumentaliza-se por meio de três sistemas: o difuso, o concentrado e o sistema misto. Assim, antes de avançar na evolução estrutural da jurisdição constitucional no Brasil, deve-se fazer algumas considerações de cunho teórico acerca dos modelos de controle de constitucionalidade.

O controle difuso, também conhecido por controle descentralizado, ou por via de ação, tem sua origem na análise do caso Madison *versus* Marbury (1803) julgado pelo juiz Marshall da Suprema Corte norte-americana.

Segundo os parâmetros adotados pela jurisprudência norte-americana, a constitucionalidade de determinado ato normativo é apreciada diante de casos concretos, de forma incidental. Vale dizer, aqui, a declaração de inconstitucionalidade se consubstancia na causa de pedir da ação de cunho individual. Dessa forma, todos os órgãos possuidores de jurisdição são aptos a reconhecer a inconstitucionalidade *incidenter tantum* com vias ao deslinde da demanda.

Nesse sentido, faz-se menção ao fato de que o modelo norte-americano de controle jurisdicional é focado nos aspectos subjetivos, de forma que a jurisdição constitucional tem por objetivo declarar, apenas incidentalmente, a constitucionalidade ou inconstitucionalidade de determinado ato normativo, que surtirá efeitos *inter partes*.

⁴ BARBOSA, Rui. *Atos inconstitucionais*. 3. ed. Campinas: Russel Editores, 2010, p. 30.

Aqui, não obstante a impossibilidade da Corte Constitucional declarar a inconstitucionalidade de lei em tese – eficácia *erga omnes* –, verifica-se que o precedente judicial gerado no caso concreto acaba por vincular os demais órgãos judiciais, como consectário lógico do *stares decisis*.

A esse respeito, Barroso:⁵

Disso resulta que a decisão proferida pela Suprema Corte é obrigatória para todos os juízes e tribunais. E, portanto, a declaração de inconstitucionalidade em um caso concreto traz como consequência a não aplicação daquela lei a qualquer outra situação, porque todos os tribunais estarão subordinados à tese jurídica estabelecida.

Dando suporte ao exposto, Pignatari⁶ entende que o sistema de controle de constitucionalidade da Suprema Corte dos Estados Unidos parte da combinação da difusão – tida como a dispersão da competência dos julgadores – e a técnica da arguição incidental – a questão constitucional é trazida como antecedente lógico do pedido principal deduzida.

De maneira diversa, o controle concentrado, estruturado pela via de ação, é o método no qual confere-se a determinado órgão a competência exclusiva para conhecer e apreciar ações em que se discutam a (in)constitucionalidade de espécie normativa.

É com base nessas divergências basilares que Kelsen criticava o modelo norte-americano de controle de constitucionalidade, sob o argumento de que este se limitava a retirar a eficácia da norma no caso concreto, em um processo especial de revogação de leis, de forma que a Corte Constitucional não se encaixaria em nenhum dos Três Poderes. “O tribunal constitucional encontra-se fora dos poderes estatais tradicionalmente conhecidos; ele constitui um poder independente cuja função consiste em garantir o respeito à Constituição em todos os campos”.⁷

Nas palavras do próprio Kelsen:⁸

A decisão de anulamento pela corte constitucional tinha a mesma natureza da revogação de uma lei. Era um ato negativo de legislação. Era um tribunal que exercia função legislativa, que, em princípio, é função

⁵ BARROSO, Luís Roberto. *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro*: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência. 5 ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 71.

⁶ PIGNATARI, Alessandra Aparecida Calvo Gomes. *Efeitos processuais no controle de constitucionalidade*. Dissertação (Mestrado em Direito Processual). São Paulo, Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2009.

⁷ CRISAFULLI, Vezio. Le système de controle de constitutionnalité de lois in Italie. *Revue de Droit Public*. Paris, LGDJ, n. 114, 1968.

⁸ KELSEN, Hans. *La giustizia costituzionale*, p. 330.

reservada ao Parlamento, a Constituição austríaca de 1920 estabeleceu os membros da Corte fossem eleitos entre os parlamentares e não nomeados dentro da Administração Pública como ocorria com os outros juízes.

Para Kelsen,⁹ o modelo de constitucionalidade mais adequado teria por mister proteger a regularidade das funções estatais/jurídicas. De forma diversa ao que ocorre no sistema de controle de constitucionalidade norte-americano, não se busca resguardar direitos fundamentais, mas sim garantir a harmonia da ordem jurídica, depurando vícios de inconstitucionalidade. Tira-se de foco a apreciação subjetiva e passa-se a dar primazia ao objeto, que no caso é o ato normativo e a própria ordem jurídica.

Com efeito, a “proteção dos direitos fundamentais afigurava-se em sua obra apenas como um subproduto. O importante era a integridade e a pureza da ordem jurídica”.¹⁰

Pignatari¹¹ explana que a proposta de Kelsen de jurisdição constitucional veio em um contexto de superação da soberania do Parlamento pela consagração da teoria da supremacia da Constituição, de forma que deveria o poder do controle de constitucionalidade concentrar-se em um único órgão.

É sob essas premissas que Kelsen aponta os mecanismos processuais que viabilizam o exercício da jurisdição constitucional na Europa. São eles: na hipótese de dúvida sobre a constitucionalidade de determinado ato normativo, no caso concreto, o julgador deve suspender o curso do processo e remeter a questão ao crivo da Corte Constitucional; a criação de uma defensoria da Constituição, que atuaria no “amparo” processual do ato normativo questionado perante o Tribunal Constitucional; a participação no processo da autoridade da qual emanou o ato impugnado; a possibilidade de intervenção de terceiros, com a participação daqueles que tiveram o processo suspenso em razão da incerteza quanto à constitucionalidade do ato normativo; a extensão dos efeitos da decisão de inconstitucionalidade, que produz eficácia *erga omnes*; e a anulação do ato tido por inconstitucional como garantia da harmonia da ordem jurídica.¹²

O modelo de controle de constitucionalidade defendido por Kelsen foi recepcionado inicialmente pela Constituição austríaca de 1920, com a instituição da Corte Especial (*Verfassungsgeringhof*), com competência exclusiva para o

⁹ KELSSEN, Hans. *La giustizia costituzionale*, p. 331.

¹⁰ CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza. *Jurisdição constitucional democrática*, p. 128.

¹¹ PIGNATARI, Alessandra Aparecida Calvoso Gomes. *Efeitos processuais no controle de constitucionalidade*, p. 35.

¹² KELSSEN, Hans. *La giustizia costituzionale*, p. 36.

exercício do controle de constitucionalidade. “Mais tarde (em 1929), esse sistema foi aperfeiçoado naquele país, por via de emenda constitucional”.¹³

Por fim, cumpre mencionar que, para parte da doutrina,¹⁴ há ainda outra forma de controle de constitucionalidade: trata-se de um sistema misto, no qual se admite traços do controle difuso e concentrado. O sistema misto de controle de constitucionalidade representa a inclusão no ordenamento jurídico de ambas as formas de controle, de forma harmônica, tal qual ocorre atualmente no Brasil.

Evolução histórica da jurisdição constitucional no Brasil

Conforme visto, a primeira manifestação da jurisdição constitucional no Brasil foi por meio da estruturação de um sistema difuso, aos moldes do controle constitucional norte-americano. Há de se destacar, contudo, que o controle *incidenter tantum* veio a existir no Brasil a partir da promulgação da Constituição de 1891, de forma que “a Constituição Política do Império do Brasil de 25 de março de 1824 não adotou nenhum sistema de controle da constitucionalidade dos atos ou omissões do poder público”.¹⁵

Cunha Júnior¹⁶ explica tal fato considerando que ainda em 1824 o embrião direito constitucional brasileiro bebia das fontes inglesas e francesas no tocante à supremacia do Parlamento e do dogma da rígida separação de Poderes, respectivamente.

Ademais, aqui vigia a concepção de Imperador como “chave de toda a organização política”,¹⁷ consectário do Poder Moderador, o que inviabilizou o exercício do controle de constitucionalidade por parte do Poder Judiciário, na medida em que competia ao Imperador – apenas – a resolução de conflitos envolvendo os três Poderes.

Com a Constituição de 1891, houve a previsão do controle de constitucionalidade nos moldes do *judicial review* norte-americano, o que é aclarado pelos ensinamentos de Ruy Barbosa, *in verbis*:

A redação é claríssima. Nela se reconhece, não só a competência das justiças da União, como a das justiças dos Estados, para conhecer da legitimidade das leis perante a Constituição. Somente se estabelece, a

¹³ PIGNATARI, Alessandra Aparecida Calvoso Gomes. *Efeitos processuais no controle de constitucionalidade*, p. 36.

¹⁴ CUNHA JÚNIOR, Dirley. *Curso de direito constitucional*. 2. ed. Salvador: Juspodivm, 2008.

¹⁵ CUNHA JÚNIOR, Dirley da. *Balanço crítico da jurisdição constitucional brasileira: um contraponto entre os modelos difuso e concentrado*. [Tese]. Salvador, Faculdade Baiana de Direito, 2009, v. 1, p. 17.

¹⁶ CUNHA JÚNIOR, *Balanço crítico da jurisdição constitucional brasileira: um contraponto entre os modelos difuso e concentrado*, 2009, p. 18.

¹⁷ BRASIL. *Constituição Política do Império do Brasil de 25 de março de 1824*, artigo 98.

falar das leis federais, a garantia de que, sendo contrária à subsistência delas a decisão do tribunal do Estado, o feito pode passar, por via de recurso, para o Supremo Tribunal Federal. Este ou revogará a sentença, por não procederem as razões da nulidade, ou a confirmará pelo motivo oposto. Mas, numa ou noutra hipótese, o princípio fundamental é a autoridade, reconhecida expressamente no texto constitucional, a todos os tribunais, federais ou locais, de discutir a constitucionalidade das leis da União, e aplicá-las ou desaplicá-las, segundo esse critério.¹⁸

Há de se destacar que não só a Constituição, mas também a legislação infraconstitucional – como exemplo cita-se a Lei n. 221, de 20 de novembro de 1894 – sistematizou o sistema de controle de constitucionalidade de forma que o Poder Judiciário se titularizou como órgão competente para tanto. Não obstante, Cunha Júnior¹⁹ aponta algumas deficiências para o modelo adotado, dentre as quais se destaca a possibilidade de existirem decisões conflitantes entre os vários órgãos judiciários competentes para o controle de constitucionalidade, circunstância ensejadora de um estado de incerteza no direito, consequência do efeito *inter partes* do modelo adotado.

Segundo entendimento de Cunha Júnior: “tal situação agravava-se em face de inexistir, no Estado brasileiro, tradicionalmente vinculado ao sistema da *civil law* de derivação romano-germânica, o princípio do *stare decisis*, típico do sistema da *common law*, como já tivemos a oportunidade de registrar acima”.²⁰

A evolução do controle de constitucionalidade é explicada por Silva,²¹ que reitera o entendimento de que couberam às constituições posteriores a de 1891 introduzir novos elementos, de sorte que, com o passar do tempo, não cabia mais falar em sistema puramente difuso, haja vista a estruturação de um critério concentrado de controle de constitucionalidade.

Dispõe:

A Constituição de 1934, mantendo as regras do critério difuso em seu art. 76, a e b, trouxe três inovações importantes: a ação direta de inconstitucionalidade interventiva (art. 7º, I, a e b), a regra de que só por maioria absoluta de votos dos seus membros os tribunais poderiam declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato do Poder Público (art. 179) e a atribuição ao Senado Federal de competência para suspender a

¹⁸ BARBOSA, Ruy. *Comentários à Constituição Federal brasileira* (coligidos e ordenados por Homero Pires). São Paulo: Saraiva, 1933, p. 133.

¹⁹ CUNHA JÚNIOR, Dirley da. *Balanço crítico da jurisdição constitucional brasileira: um contraponto entre os modelos difuso e concentrado*, p. 19.

²⁰ CUNHA JÚNIOR, Dirley da. *Balanço crítico da jurisdição constitucional brasileira: um contraponto entre os modelos difuso e concentrado*, p. 19.

²¹ SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 34. ed. São Paulo: Malheiros, 2013, p. 51.

execução, no todo ou em parte, de lei ou ato declarado inconstitucional em decisão definitiva.²²

Avançando para a Constituição dos Estados Unidos do Brasil de 10 de novembro de 1937, é certo que esta representou um retrocesso ao enfraquecer a supremacia do Poder Judiciário no exercício do controle da constitucionalidade das leis, na medida em que possibilitou “ao Poder Executivo tornar sem efeito a decisão de inconstitucionalidade proferida pelo Tribunal, quando a lei declarada inconstitucional, por iniciativa do Presidente da República, fosse confirmada pelo voto de dois terços de cada uma das Casas Legislativas”.²³

Outra medida imposta autoritariamente foi aquela contida no artigo 94 da Constituição em comentou, que vedou expressamente ao Poder Judiciário conhecer das questões exclusivamente políticas.

A recente história constitucional trouxe mais modificações acerca do controle de constitucionalidade, a dizer: a Constituição de 1946, por meio da Emenda Constitucional n. 16 inovou o ordenamento jurídico ao instituir na jurisdição constitucional o controle pela via ação direta, de caráter genérico, com competência processamento e julgamento exclusivo do Supremo Tribunal de Justiça e legitimidade *ad causam* do procurador-geral da República.

Outra modificação creditada à emenda em comento, refere-se ao dispositivo que “estatuíu que a lei poderia estabelecer o processo, de competência originária do Tribunal de Justiça, para declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato municipal, em conflito com a constituição estadual”.²⁴

A Constituição de 1967 não trouxe muitas inovações, mantendo em quase sua integralidade, o sistema anteriormente implementado com a ressalva que retirou o dispositivo – acrescentado pela EC n. 16/65 – que autorizava aos Estados a instituição de representação de ação de inconstitucionalidade de leis municipais tendo como parâmetro as constituições estaduais.

Por sua vez, a Emenda n. 01/1969 perpetuou o modelo de controle de constitucionalidade, incluindo, por sua vez, nas palavras de Cunha Júnior²⁵ “a instituição, pelos Estados, da representação interventiva para assegurar a observância dos princípios sensíveis indicados na Constituição estadual (art. 15, § 3º, d, da Constituição).

²² SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*, p. 51.

²³ CUNHA JÚNIOR, Dirley da. *Balanço crítico da jurisdição constitucional brasileira: um contraponto entre os modelos difuso e concentrado*, p. 20.

²⁴ CUNHA JÚNIOR, Dirley da. *Balanço crítico da jurisdição constitucional brasileira: um contraponto entre os modelos difuso e concentrado*, p. 51.

²⁵ CUNHA JÚNIOR, Dirley da. *Balanço crítico da jurisdição constitucional brasileira: um contraponto entre os modelos difuso e concentrado*, p. 21.

Deve-se destacar, ainda, o teor da Emenda n. 07 de 1977, que trouxe a representação para fins de interpretação de lei ou ato normativo federal ou estadual – extinta pela Constituição de 1988 –, bem como a previsão de concessão de medida cautelar nas ações diretas de inconstitucionalidade genéricas.

Significativas alterações vieram a lume com a promulgação da Constituição Federal de 1988, dentre as quais se destaca a democratização do controle de constitucionalidade pela via de ação.

Isso se justifica porquanto a legitimidade para provocar o controle de constitucionalidade deixou de ser exclusiva do Procurador Geral da República de forma que, além de dever, atualmente podem propor ação por via controle concentrado, segundo o artigo 103 da CF: o presidente da República (I); a mesa do Senado Federal (II); a mesa da Câmara Dos Deputados (III); o procurador-geral da República (IV); o conselho federal da Ordem dos Advogados do Brasil (V); o defensor público-geral da União (VI); (VII) partido político com representação no Congresso Nacional (VIII); confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional (IX); a mesa de Assembleia Legislativa ou da Câmara Legislativa do Distrito Federal (IX); o governador de Estado ou do Distrito Federal (X).

Previu ainda para a Constituição Federal de 1988 a modalidade de inconstitucionalidade por omissão, que tem lugar quando deixa o Poder Público de emanar a norma cuja obrigatoriedade é expressa no texto constitucional.

Nessa toada, à vista da Constituição vigente, tem-se o controle de constitucionalidade por via de ação, com legitimidade restrita ao rol previsto no artigo 103 da CF e competência para processamento e julgamento exclusivo pelo Supremo Tribunal Federal e pela via de exceção, no qual “qualquer interessado poderá suscitar a questão de inconstitucionalidade, em qualquer processo, seja de que natureza for, qualquer que seja o juízo”.²⁶

CONSTITUIÇÃO EM SUAS ACEPÇÕES FORMAL E MATERIAL

Antes de analisar a teoria do bloco de constitucionalidade, deve-se tecer um breve comentário acerca da distinção doutrinária entre Constituição formal e Constituição material.

Essa classificação deriva do pensamento de Schmitt,²⁷ que, ao buscar compreender as nuances entre Constituição e normas meramente constitucionais, considerou por Constituição aquelas normas que – independentemente de sua

²⁶ CUNHA JÚNIOR, Dirley da. *Balanço crítico da jurisdição constitucional brasileira: um contraponto entre os modelos difuso e concentrado*, p. 53.

²⁷ SCHMITT, Carl. *Teoría de la Constitución (Verfassungslehre)*. München, 2003.

estrutura formal – trazem em seu bojo decisões políticas fundamentais, uma vez que se referem à estrutura do Estado, aos direitos fundamentais ou às formas políticas de aquisição de poder. Vale dizer, se configuram como as opções políticas mais relevantes de uma determinada sociedade.

Em outro giro, são consideradas normas meramente constitucionais aquelas que, ainda que inclusas em uma Constituição, não se tratam de decisões políticas fundamentais.

A partir da distinção entre Constituição e normas constitucionais esboçada por Schmitt,²⁸ a doutrina constitucionalista consignou um modelo de classificação das constituições quanto ao conteúdo. Passou a se falar, por conseguinte, em constituições formais e materiais.

Cumprida, nessa esteira do pensamento, dissecar as diferenças entre ambas as acepções de constituições. Para tanto, recorre-se à lição de Silva,²⁹ que determina ser constituição material aquela que reúne a organização total do Estado. Vale dizer, “designa as normas constitucionais escritas ou costumeiras, inseridas ou não em um documento escrito, que regulam a estrutura do Estado, a organização de seus órgãos e os direitos fundamentais.” Como consequência do exposto, só pode ser considerada Constituição a matéria essencialmente constitucional.

Como se pode perceber, há perfeita sintonia entre a concepção de Constituição formulada por Schmitt com a definição moderna de constituição material. No entanto, é considerada constituição formal, consoante o pensamento esboçado por Ferreira Filho,³⁰ aquelas regras que, não obstante contidas no texto constitucional, não possuem conteúdo próprio de uma Constituição.

Assim, na medida em que, em se tratando de constituições escritas, é possível pensar em normas que não sejam dotadas de força constitucional, de forma que sua relevância conceitual consiste em determinar que as normas possuem *status* constitucional apenas por estarem contidas em uma Constituição, não considerando, para qualquer fim, as matérias nelas tratadas.

Tendo compreendido a distinção entre constituições formais e materiais e, sendo certo que apenas aquelas, tradicionalmente, atuam como parâmetros para o controle de constitucionalidade, incute analisar a proposta do bloco de constitucionalidade, com fins a discutir os reflexos de sua adesão no ordenamento pátrio.

²⁸ SCHMIT, Carl. *Teoría de la Constitución (Verfassungslehre)*, p. 201.

²⁹ SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*, p. 40-41.

³⁰ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Curso de direito constitucional*. 27. ed., atual. São Paulo: Saraiva, 2001.

O RECONHECIMENTO DA TEORIA DO BLOCO DE CONSTITUCIONALIDADE NO ORDENAMENTO PÁTRIO

Conforme visto, o sistema de controle de constitucionalidade adotado a partir da promulgação da Constituição Federal de 1988 tem como parâmetro o texto da *Lex Superior*.

Vale dizer, verifica-se como paradigma de constitucionalidade ou de inconstitucionalidade a Constituição Federal em seu sentido formal, ignorando, *ab initio*, acepções de normas infraconstitucionais mas que possuam conteúdo próprio de constituição – classificando-se, por conseguinte, em constituição material.

Todavia, a partir da lição de Hauriou acerca do bloco legal – expressão utilizada para se referir à atuação do Conselho de Estado –, mais tarde Favoreu veio a desenvolver a tese do bloco de constitucionalidade.³¹

A teoria do bloco de constitucionalidade parte dos pressupostos epistêmicos lançados por Schmitt acerca da distinção conceitual entre constituição e normas constitucionais defendendo, em apertada síntese, que se deve ter como parâmetro para o controle de constitucionalidade a Constituição em sua acepção material, de cunho extensivo.

Nesse cenário, Mariano Júnior³² ensina que “o bloco de constitucionalidade ganhou destaque a partir da decisão sobre a liberdade de associação do Conselho Constitucional Francês em 16 de julho de 1971” na medida em que essa decisão consagrou a força normativa do Preâmbulo da Constituição, o que veio por alargar a noção de interpretação conforme a Constituição, e mais que isso, trouxe à discussão o papel do Conselho Constitucional na defesa dos princípios fundamentais reconhecidos constitucionalmente.

Em tal decisão, ensina Mariano Júnior,³³ o Conselho Constitucional possibilitou a ampliação do rol de dispositivos e princípios que passaram a integrar o bloco de constitucionalidade haja vista que se alterou a própria natureza da Constituição.

A partir daí pode-se perceber que o bloco de constitucionalidade de caracteriza pela capacidade em expandir as disposições com cunho constitucional, dentre os quais se destaca os direitos fundamentais em prol da tutela jurídica centrada na dignidade humana.

³¹ MARIANO JÚNIOR, Alberto Ribeiro. Bloco de constitucionalidade: consequências do seu reconhecimento no sistema constitucional brasileiro. *Âmbito jurídico*, Rio Grande, XIV, n. 87, abr. 2011.

³² MARIANO JÚNIOR, Alberto Ribeiro. Bloco de constitucionalidade: consequências do seu reconhecimento no sistema constitucional brasileiro.

³³ MARIANO JÚNIOR, Alberto Ribeiro. Bloco de constitucionalidade: consequências do seu reconhecimento no sistema constitucional brasileiro.

Acerca da extensão dos comandos constitucionais contidos no bloco de constitucionalidade, tem-se que o “bloco de constitucionalidade francês é formado pela Constituição de 1958, a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789, o Preâmbulo da Constituição de 1943, e os Princípios Fundamentais reconhecidos pelas leis da República”,³⁴ de forma que todos esses documentos esparsos, por tratarem de conteúdo típico de constituição, funcionam como parâmetro para o controle de constitucionalidade. Dito de outra forma, têm hierarquia constitucional.

Outra característica marcante da teoria do bloco de constitucionalidade diz respeito à ausência de hierarquização normativa, de modo que toda a matéria legislativa que integra o bloco possui o mesmo *status*, representativo da igualdade entre as normas.

Aqui no Brasil, fazem parte do bloco de constitucionalidade, além da Constituição Federal, os tratados internacionais de direitos humanos aprovados conforme o regramento do art. 5º, § 3º, da CF.

Nesse diapasão, não obstante os tratados internacionais de direitos humanos recepcionados conforme o tratamento das Emendas Constitucionais não integrem formalmente a Constituição da República, estes passam a servir de paradigma para o controle de constitucionalidade.

Para Canotilho:³⁵

Todos os actos normativos devem estar em conformidade com a Constituição (art. 3º/3). Significa isto que os actos legislativos e restantes actos normativos devem estar subordinados, formal, procedimental e substancialmente, ao parâmetro constitucional. Mas qual é o estalão normativo de acordo com o qual se deve controlar a conformidade dos actos normativos? As respostas a este problema oscilam fundamentalmente entre duas posições: (1) o parâmetro constitucional equivale à constituição escrita ou leis com valor constitucional formal, e daí que a conformidade dos actos normativos só possa ser aferida, sob o ponto de vista da sua constitucionalidade ou inconstitucionalidade, segundo as normas e princípios escritos da 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 das leis constitucionais, mas também tendo em conta princípios não escritos integrantes da ordem constitucional global.

³⁴ MARIANO JÚNIOR, Alberto Ribeiro. Bloco de constitucionalidade: consequências do seu reconhecimento no sistema constitucional brasileiro.

³⁵ CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. Coimbra: Almedina, 1998, p. 811-812.

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.

Conforme visto, Canotilho recorre-se à expressão ordem constitucional global ao se referir aos blocos de constitucionalidade, defendendo a tese de que deve o paradigma do controle de constitucionalidade alargar-se para dar campo aos princípios balizares dessa ordem global, ainda que não expressos em uma constituição – em sentido formal.

Seria o caso, por exemplo, de se refutar a validade de norma que venha a violar o conteúdo da Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência que, visto ter sido aprovada nos moldes do art. 5º, § 3º, da CF passam a integrar o bloco de constitucionalidade.

A fundamentalidade da análise do que vem a integrar o bloco de constitucionalidade remonta no fato de que de tal percepção resultará a determinação do que vem a se configurar como parâmetro do controle de constitucionalidade. Nesse sentido, como consectário lógico do exposto, a importância recai no fato que a aceitação jurídica do bloco de constitucionalidade determina a própria noção do que é constitucional e o que não é.

Um ponto divergente na doutrina constitucional diz respeito à extensão do bloco de constitucionalidade. Segundo entendimento esboçado por Lépre, ³⁶ no bloco de constitucionalidade não estão incluídas as normas infraconstitucionais, de forma que “se uma norma ofende uma lei, mas não viola diretamente a Constituição, não é possível a realização do controle de constitucionalidade”.

Embasa o autor tal posicionamento sob o argumento de que, nesses casos, em que uma lei ofendida fica entre a norma objeto de questionamento e a Constituição – lei interposta – há mero controle de legalidade, o que coaduna com o entendimento proferido pelo Supremo Tribunal Federal do julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 2.122.

Noutro sentido, todavia, há posicionamento paradigmático do ministro Celso de Mello no julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 595, *in verbis*:

É por tal motivo que os tratadistas – consoante observa JORGE XIFRA HERAS (“Curso de Derecho Constitucional”, p. 43) –, em vez de

³⁶ LÉPRE, Paulo. *Direito constitucional*. 3. ed. Salvador: Juspodivm, 2015, p. 567.

formularem um conceito único de Constituição, costumam referir-se a uma pluralidade de acepções, dando ensejo à elaboração teórica do conceito de bloco de constitucionalidade, cujo significado – revestido de maior ou de menor abrangência material – projeta-se, tal seja o sentido que se lhe dê, para além da totalidade das regras constitucionais meramente escritas e dos princípios contemplados, explícita ou implicitamente, no corpo normativo da própria Constituição formal, chegando, até mesmo, a compreender normas de caráter infraconstitucional, desde que vocacionadas a desenvolver, em toda a sua plenitude, a eficácia dos postulados e dos preceitos inscritos na Lei Fundamental, viabilizando, desse modo, e em função de perspectivas conceituais mais amplas, a concretização da ideia de ordem constitucional global.

Consoante o posicionamento supracitado, o ministro Celso de Mello entendeu que, em se tratando de normas infraconstitucionais, essas podem integrar o bloco de constitucionalidade desde que tenham como finalidade precípua a consecução da eficácia plena dos postulados previstos na Constituição. Vale dizer, compreende essa ordem constitucional global – parâmetro para o controle de constitucionalidade – as normas infraconstitucionais conquanto estas funcionem como comandos de máxima efetivação dos preceitos próprios da Constituição.

Não obstante a existência de posição diversa, essa parece a mais apropriada, sob o crivo de uma interpretação conforme a Constituição. Ademais, o posicionamento do ministro Celso de Mello dialoga com o disposto no art. 5º, § 2º, da CF, que determina que os direitos fundamentais expressos na Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios adotados, assim, além de se reconhecer a fundamentalidade dos novos direitos não consagrados na Carta Constitucional, admite-se a sua integração ao bloco de constitucionalidade.

Imperioso ressaltar a lição de Favoreu e Llorente³⁷ para quem, independentemente dos parâmetros que se utilize para o controle de constitucionalidade – constituição escrita ou bloco de constitucionalidade – o respectivo parâmetro deve manter o vínculo de ordem temporal, isto é, deve estar vigente no momento da análise de compatibilidade constitucional, não se possibilitando o exame de constitucionalidade com base em paradigmas históricos.

Desta feita, percebe-se que o reconhecimento jurídico do bloco de constitucionalidade como paradigma do exame de compatibilidade da norma jurídica com a Constituição resulta, necessariamente, em um sistema mais harmônico, que presa pela coerência da ordem global em prejuízo a requisitos estritamente formais e limitados.

³⁷ FAVOREU, Louis; LLORENTE, Francisco Rubio. *El bloque de la constitucionalidad*. Madrid: Civitas, 1991, p. 95-109.

À GUIA DE CONSIDERAÇÕES

O presente trabalho veio com o objetivo de questionar os reflexos do reconhecimento da tese do bloco de constitucionalidade no exercício do controle de constitucionalidade. Para tanto, elegeu-se a hermenêutica constitucional como método jurídico-filosófico, haja vista a necessidade de se formular um entendimento necessariamente construído a partir da interpretação conforme a Constituição.

Iniciou-se a pesquisa determinando os conceitos básicos de jurisdição constitucional e suas transformações epistemológica até a consignação da denominada jurisdição constitucional democrática. Apartado a isso, percorreu-se a história do constitucionalismo brasileiro com o fim de precisar os avanços na consolidação da jurisdição constitucional em *terrae brasilis*.

Por fim, já compreendido os contornos iniciais do controle de constitucionalidade que, classicamente utiliza-se de constituição formal como parâmetro de análise, insta salientar – passou-se a examinar a tese do bloco de constitucionalidade, com fins a questionar os reflexos de seu reconhecimento.

A proposta do bloco de constitucionalidade parte da doutrina clássica de Schmitt e vem como evolução da teoria do bloco legal francês ao determinar que, no exame de constitucionalidade, deve-se adotar como paradigma não apenas constituição escrita – sentido formal de constituição –, mas sim constituição essencialmente material, ou seja, todas aquelas normas que reproduzam em seu conteúdo a vontade política fundamental.

A Constituição Federal de 1988 deu os primeiros passos rumo ao reconhecimento do bloco de constitucionalidade a garantir *status* constitucional aos tratados internacionais de direitos humanos que forem recebidos sob o mesmo procedimento específico das emendas constitucionais (art. 5º, § 3º), bem como ao estabelecer que os direitos fundamentais contidos na Constituição representam rol meramente exemplificativo, integrando esse grupo novos direitos surgidos da evolução social, bem como do regime e dos princípios adotados (art. 5º, § 2º).

Todavia, a consagração da tese do bloco de constitucionalidade veio no posicionamento paradigmático do ministro Celso de Mello no julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade. Nessa oportunidade, o ministro manifestou-se no sentido de que se deve estender os parâmetros de controle de constitucionalidade com o fim de, ao preterir critério estritamente formais, possibilitar uma maior harmonia à ordem constitucional global. E tal exegese é a que merece prosperar.

Ao se reconhecer a teoria do bloco de constitucionalidade está-se modificando sensivelmente as noções de o que é constitucional e o que não o é. Está-se a se posicionar de forma a abrir mão de uma estrutura estandardizada e petrifi-

cada – talvez por isso obsoleta – para caminhar rumo ao reconhecimento e consagração de novos direitos.

Constrói-se, nesse mister, uma nova pirâmide normativa, na qual fontes provenientes de outros ordenamentos adentram ao sistema constitucional, possuindo, por vezes, *status* supralegal e integrando os parâmetros de constitucionalidade.

Mais que isso, abre-se importante exceção no que se refere às normas infraconstitucionais. Aqui, não obstante reconhece-se a existência de controvérsia jurisprudencial no âmbito do próprio Supremo Tribunal Federal – parece salutar o posicionamento do ministro Celso de Mello, para quem se deve aceitar que normas infraconstitucionais integrem o bloco de constitucionalidade porquanto observado que a matéria nelas tratadas sejam essencialmente constitucionais, ou seja, reflitam a vontade política fundamental – como se vê, volta-se à tese de Schmitt.

Assim, uma vez que (i) a condição para se admitir normas infraconstitucional integrantes do bloco de constitucionalidade é que essas venham no mister de consagrar os direitos fundamentais, funcionando como condição de máxima efetivação e que (ii) os tratados internacionais, além do processo específico mais rígido, devem tratar necessariamente de direitos humanos, vê-se que o fundamento principal da teoria do bloco de constitucionalidade é garantir a construção harmônica de uma ordem constitucional global, pautada na segurança jurídica e na tutela irrenunciável e dos direitos fundamentais.

Em tempos em que se discute neoconstitucionalismo, pós-modernidade e ativismo judicial, o reconhecimento do bloco de constitucionalidade no exercício da jurisdição constitucional democrática é medida que merece prosperar. Trata-se de mais um mecanismo em defesa dos direitos fundamentais, implementando, assim, a própria função social do Estado Constitucional Democrático.

REFERÊNCIAS

BARBOSA, Ruy. *Comentários à Constituição Federal brasileira* (coligidos e ordenados por Homero Pires). São Paulo: Saraiva, 1933.

BARROSO, Luís Roberto. *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência*. 5. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2010.

CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. Coimbra: Almedina, 1998.

CRISAFULLI, Vezio. Le système de controle de constitutionnalité de lois in Italie. *Revue de Droit Public*. Paris, LGDJ, n. 114, 1968.

CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza. *Jurisdição constitucional democrática*. 2. ed. rev. e ampl. Belo Horizonte: Arres Editores, 2014.

- CUNHA JÚNIOR, Dirley da. *Balanço crítico da jurisdição constitucional brasileira: um contraponto entre os modelos difuso e concentrado*. [Tese]. Salvador, Faculdade Baiana de Direito, 2009, v. 1.
- CUNHA JÚNIOR, Dirley da. *Curso de direito constitucional*. 2. ed. Salvador: Juspodivm, 2008.
- DAVID, René. *Os grandes sistemas do direito contemporâneo*. Trad. Hermínio A. Carvalho. 4. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2002.
- FAVOREU, Louis; LLORENTE, Francisco Rubio. *El bloque de la constitucionalidad*. Madrid: Civitas, 1991.
- FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Curso de direito constitucional*. 27. ed. atual. São Paulo: Saraiva, 2001.
- KELSEN, Hans. *La giustizia costituzionale*. Milano: Giuffrè, 1981.
- LÉPORE, Paulo. *Direito constitucional*. 3. ed. Salvador: Juspodivm, 2015.
- MARIANO JÚNIOR, Alberto Ribeiro. Bloco de constitucionalidade: consequências do seu reconhecimento no sistema constitucional brasileiro. *Âmbito jurídico*, Rio Grande, XIV, n. 87, abr. 2011.
- MIRANDA, Jorge. *Teoria do Estado e da Constituição*. Coimbra, 2005.
- OLIVEIRA JUNIOR, José Alcebíades. *Teoria jurídica e novos direitos*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000.
- PIGNATARI, Alessandra Aparecida Calvoso Gomes. *Efeitos processuais no controle de constitucionalidade*. Dissertação (Mestrado em Direito Processual). São Paulo, Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2009.
- RADBRUCH, Gustav. *Filosofia do direito*. Trad. Marlene Holzhausen. São Paulo: Martins Fontes, 2004.
- SCHMITT, Carl. *La defensa de la Constitución*. Prólogo de Pedro de Vea Colección de Ciencias Sociales. Madrid: Editorial Tecnos, 1998.
- SCHMITT, Carl. *Legality and legitimacy*. Translated and Edited by Jeffrey Seitzer with an introduction by John P. McCormick. London: Duke University Press, 2004.
- SCHMITT, Carl. *Teología política*. Trad. Elisete Antoniuk. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.
- SCHMITT, Carl. *Teoría de la Constitución*. Presentación de Francisco Ayala. Primera edición em “Alianza Universidad Textos”, 1982. Cuarta reimpressão em “Alianza Universidad Textos”. Madrid, 2003.
- SCHMITT, Carl. *Terra e Mare*. Traduzione di Giovanni Gurisatti, con um saggio di Franco Volpi. Terza Edizione. Milano: Adelphi Edizione S. P. A., 2006.
- SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 34. ed. São Paulo: Malheiros, 2013.

Data de recebimento: 24/02/2016

Data de aprovação: 27/09/2016