



UNIVERSIDADE FEDERAL DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

ROBERTA RUAS MONTEIRO

**O BLOCO DE CONSTITUCIONALIDADE
E AS ALTERAÇÕES NA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL**

Rio de Janeiro – RJ

2017

ROBERTA RUAS MONTEIRO

**O BLOCO DE CONSTITUCIONALIDADE
E AS ALTERAÇÕES NA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL**

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado à Escola de Ciências Jurídicas da Universidade Federal do Estado do Rio de Janeiro (UNIRIO) como requisito parcial à obtenção do grau de Bacharel em Direito

Orientador: José Carlos Vasconcellos

Rio de Janeiro – RJ

2017

“Entre nós não seria lícito responder assim tão em absoluto à interrogação do poeta. Na Constituição brasileira, a mão que ele não via na sua república e em sua época, a mão sustentadora das leis, aí a temos, hoje, criada, e tão grande, que nada lhe iguala a majestade, nada lhe rivaliza o poder. Entre as leis, aqui, entre as leis ordinárias e a lei das leis, é a justiça quem decide, fulminando aquelas, quando com esta colidirem.”

Oração aos Moços – Rui Barbosa

RESUMO

A constituição é um importante mecanismo de contenção do arbítrio estatal e do abuso de poder por parte dos agentes políticos. Nesse sentido, é a constituição que traça os contornos do ordenamento jurídico, orientando, a partir dos valores e princípios que consubstancia, o sentido que informa a criação das normas jurídicas. Assim, é importante entender o papel de parâmetro que a Carta Magna proporciona para aferição do controle de constitucionalidade das leis e atos normativos.

O presente trabalho busca traçar um breve histórico do sistema de controle de constitucionalidade, mapeando seu paulatino desenvolvimento no ordenamento jurídico brasileiro, inserido numa tendência ampliativa dos instrumentos de jurisdição constitucional. É nessa perspectiva que se desenvolve um bloco de constitucionalidade brasileiro, sobretudo na função do Supremo Tribunal Federal enquanto Corte Constitucional.

A pesquisa realizada priorizou um aprofundamento doutrinário, assim como buscou cotejar o tratamento dado ao tema pelas diferentes Constituições brasileiras, desde o período imperial até as recentes emendas à Constituição de 1988. Além disso, foi realizada ampla pesquisa na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal acerca do controle de constitucionalidade e o papel desempenhado pelo bloco de constitucionalidade.

A partir dessas análises, a despeito das polêmicas envolvendo a formação de um bloco de constitucionalidade, busca-se destacar seu papel fundamental na consecução dos valores e princípios incorporados pela Constituição, permitindo a concretização dos direitos e garantias fundamentais.

Palavras-Chave: Bloco de constitucionalidade. Jurisdição constitucional. Supremo Tribunal Federal.

ABSTRACT

The constitution is an important mechanism for restraining the arbitrary use of state power and its abuse by political actors. In this matter, it is the constitution that outlines the legal order, orienting, from the values and principles that it contains, the limits to be observed to the creation of other legal norms. Thus, it is important to understand the importance of the Magna Carta to the constitutional review of laws and legal acts.

The present work sought to trace a brief history of the Brazilian constitutional control system, as well as mapped its incorporation and gradual development, with the expansion of the instruments of constitutional jurisdiction. From this perspective, the legal system develops the concept of a brazilian constitutionality block, especially by the judiciary activity of Brazil's Supreme Federal Court.

This research prioritized the study of legal doctrine, as well as sought to compare the treatment given to the theme by the different Brazilian constitutions, from the imperial period to the recent amendments to the Constitution of 1988. In addition, an extensive research was conducted in the recent jurisprudence of the Supreme Federal Court about the constitutional control and the role played by the constitutionality block.

Based on these analyzes, it was concluded that, in spite of the controversies surrounding the formation of a constitutionality block, this instrument plays a fundamental role in achieving the values and principles proposed by the spirit of the Constitution, allowing the realization of fundamental human rights and its guarantees.

Keywords: Constitutionality block. Constitutional control. Supreme Federal Court.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	7
1. O CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE	10
1.1.O Desenvolvimento do Controle de Constitucionalidade	10
1.2.O Histórico do Controle de Constitucionalidade.....	12
1.3.Marbury vs. Madison.....	13
1.3.1.Contexto histórico	13
1.3.2.A decisão de Marshall	14
1.3.3.Consequências do caso	16
1.4.Madison e Kelsen	17
2. A EVOLUÇÃO DO CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE E A MULTIPLICAÇÃO DE SEUS INSTRUMENTOS DE ATUAÇÃO NO DIREITO BRASILEIRO	19
2.1.A Constituição Imperial	20
2.2.A Constituição de 1891	21
2.3.A Constituição de 1934	23
2.4.A Constituição de 1937	24
2.5.A Constituição de 1946	25
2.6.Os Atos Institucionais e a Repressão	26
2.7.A Emenda Constitucional nº 16 de 1965.....	27
2.8.As Constituições de 1967 e 1969	28
2.9.A Constituição de 1988 e o Controle de Constitucionalidade	29
2.10. A Evolução dos Instrumentos do Controle de Constitucionalidade no Brasil: Algumas Considerações Conclusivas.....	31
3. O BLOCO DE CONSTITUCIONALIDADE	33
3.1.O Constitucionalismo	34
3.2.O Parâmetro Constitucional	38
3.3.O Bloco de Constitucionalidade e o Supremo Tribunal Federal.....	41

3.3.1. Emendas constitucionais	42
3.3.2.Princípios expressos e implícitos.....	44
3.3.3.Tratados internacionais sobre direitos humanos	47
3.3.3.1.Tratados internacionais anteriores à EC nº 45/2004	48
3.3.3.2.Tratados posteriores à EC nº 45/2004	52
3.3.4.Valores e espírito da Constituição	53
3.3.5.Súmulas vinculantes.....	55
3.3.6.Normas infraconstitucionais.....	59
3.4.Bloco de constitucionalidade: um olhar crítico	60
4. CONCLUSÃO	65
5. REFERÊNCIAS	70

INTRODUÇÃO

O ordenamento jurídico conforma um sistema de normas que pressupõe unidade e ordem¹, além de coexistência de forma harmônica e integrada. Para a manutenção dessas características, é necessária a existência de mecanismos de controle e correção de rupturas em sua harmonia e estabilidade. O controle de constitucionalidade consiste, assim, no mais importante desses mecanismos, ao permitir a verificação da compatibilidade de leis e atos normativos com a constituição.

É a partir da constituição, fundamento de validade das demais normas jurídicas, que confere unidade e sistematicidade ao ordenamento jurídico, que se retirará o parâmetro para o controle de constitucionalidade das leis e atos normativos.

A Constituição de 1988 trouxe relevantes alterações nos instrumentos da jurisdição constitucional. Dentre eles podemos destacar a previsão de novas ações distintas na via direta, a saber, ADC, ADO e ADPF, além da ampliação do rol dos legitimados ativos para a propositura das ações do controle concentrado. Posteriormente, a Emenda Constitucional nº 45/2004 promoveu importantes inovações na Carta Magna, com destaque à previsão das súmulas vinculantes (art. 103-A), editadas pelo STF a partir de julgamentos em questões constitucionais possuindo força normativa, pois obrigam a Administração Pública direta e indireta, bem como o poder judiciário; e a constitucionalização dos tratados internacionais sobre direitos humanos (art. 5º, §3º).

O bloco de constitucionalidade se insere dentro dessa lógica de expansão dos instrumentos da jurisdição constitucional. A definição desse bloco de constitucionalidade - independentemente da abrangência material que se lhe reconheça - reveste-se de fundamental importância no processo de controle de constitucionalidade, pois a exata qualificação conceitual dessa categoria é imprescindível para se analisar o caráter constitucional, ou não, dos atos estatais contestados em face das normas constitucionais.

¹ BARROSO, Luís Roberto. *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência*, 7ª ed., São Paulo: Saraiva, 2016, p. 23.

Esse trabalho tem por objetivo analisar o bloco de constitucionalidade brasileiro, construído sobretudo a partir da função de Corte Constitucional exercida pelo Supremo Tribunal Federal, e os novos limites estabelecidos à jurisdição constitucional. Para tanto, adotou-se uma perspectiva ampliativa, de modo a se ter uma visão ampla sobre o controle de constitucionalidade, sobretudo a incorporação desse sistema no ordenamento jurídico brasileiro, assim como o desenvolvimento de um bloco de constitucionalidade com contornos próprios.

O primeiro capítulo visa a abordar o desenvolvimento de um sistema de controle de constitucionalidade, com ênfase no caso *Marbury vs. Madison* e suas principais consequências, alçando-se a constituição a um patamar de superioridade em detrimento das demais normas, sua íntima relação com a rigidez constitucional e a declaração de nulidade de qualquer lei que contrarie o texto constitucional. Procura-se demonstrar como esse caso deu ensejo a um sistema de controle de constitucionalidade que tem por escopo a supremacia da constituição, sua rigidez e o papel do Judiciário como seu intérprete final.

Como esse sistema de controle de constitucionalidade foi incorporado e desenvolvido no ordenamento jurídico pátrio é o tema central do segundo capítulo. Objetiva-se comprovar que, entre rupturas e continuidades, a tendência ampliativa dos instrumentos de jurisdição constitucional foi uma constante na história das constituições brasileiras, culminando-se com a Constituição de 1988, em efervescente período de redemocratização política, que expandiu de modo considerável tais instrumentos.

É dentro dessa perspectiva ampliativa que se insere o bloco de constitucionalidade, tema do terceiro e último capítulo desse estudo. O parâmetro do controle de constitucionalidade é de fundamental importância para o exercício desse controle. Assim, procura-se mostrar como o bloco de constitucionalidade foi possível em nosso ordenamento, bem como a sua conformação na prática judiciária do Supremo Tribunal Federal, além de tecer-se uma visão crítica desse bloco de constitucionalidade.

Cabe, ainda, realizarmos uma observação conceitual e terminológica. Os termos jurisdição constitucional e controle de constitucionalidade são usualmente utilizados como sinônimos, porém a doutrina os diferencia entre gênero e espécie². A

² BARROSO, Luís Roberto. *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência*, 7ª ed., São Paulo: Saraiva, 2016, p. 25.

jurisdição constitucional se refere à aplicação da constituição por juízes e tribunais, o que pode se dar de modo direto ou indireto. De forma direta, o julgador aplica a constituição quando o caso versa sobre uma norma que esteja presente em seu corpo textual; indiretamente a constituição pode ser utilizada como referência para a atribuição de sentido de uma norma infraconstitucional ou verificação de sua compatibilidade e validade, consistindo no exercício do controle de constitucionalidade, espécie do gênero jurisdição constitucional. Ciente dessa diferenciação terminológica, quando utilizada a expressão jurisdição constitucional em nosso estudo, compreende-se abarcado o controle de constitucionalidade, porém a recíproca não é verdadeira.

CAPÍTULO 1:

O CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE

O debate acerca do bloco de constitucionalidade é de suma importância, uma vez que ele constitui parâmetro ao exercício do controle de constitucionalidade pelo Supremo Tribunal Federal.

A superveniente alteração das normas, princípios e valores que constituem o referido bloco importa em alteração do parâmetro constitucional de confronto da (in)constitucionalidade de leis e atos normativos julgados pela Corte Constitucional.

A caracterização do bloco de constitucionalidade será melhor trabalhada no último capítulo do presente trabalho. Todavia, como o bloco de constitucionalidade está diretamente relacionado ao controle de constitucionalidade, razão de existência do referido bloco, torna-se imprescindível a compreensão de como se dá tal controle, seu desenvolvimento e, finalmente, sua historicidade e implicação em nosso ordenamento jurídico.

1.1. O Desenvolvimento do Controle de Constitucionalidade

A constituição é a expressão jurídica máxima da soberania nacional. Conforme assevera José Afonso da Silva³,

A constituição é algo que tem, como forma, um complexo de normas (escritas ou costumeiras); como conteúdo, a conduta humana motivada pelas relações sociais (econômicas, políticas religiosas, etc.); como fim, a realização dos valores que apontam para o existir da comunidade; e; finalmente, como causa criadora e recriadora, o poder que emana do povo.

Desse modo, a constituição emerge como o instrumento estruturante da sociedade, organizando o Estado, sua estrutura política, estabelecendo suas diretrizes e programas, bem como tutelando direitos, garantias e prerrogativas individuais e coletivas. É a lei fundamental e suprema de um Estado, que serve de fundamento jurídico de validade para todas as outras.

³ SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. São Paulo: Malheiros Editores, 2005, p. 39.

Segundo Kelsen⁴, em sua teoria do escalonamento das normas, o ordenamento jurídico possui diversos planos, formados a partir da construção em níveis de normas jurídicas. Uma norma deve retirar seu fundamento jurídico de validade de outra norma superior e, assim por diante, até alcançar-se a norma fundamental, que confere a unidade dessa interconexão criadora. De acordo com o autor, a função dessa norma fundamental é embasar a validade objetiva de uma ordem jurídica positiva, pois “sob a condição de pressupormos a norma fundamental: devemos conduzir-nos como a Constituição prescreve, quer dizer, de harmonia com o sentido subjetivo do ato de vontade constituinte, de harmonia com as prescrições do autor da Constituição”⁵.

Destarte, a constituição regula a produção das demais normas, estipulando parâmetros para o poder constituinte derivado, bem como para a produção de normas infraconstitucionais. Tais parâmetros contemplam limitações formais, relacionadas ao processo de elaboração das normas, e limitações materiais, que se referem ao conteúdo tratado por essas espécies normativas.

Nesse sentido, Kelsen exemplifica o catálogo dos direitos e liberdades fundamentais garantidos pela constituição que, em sua essência, tem por principal intento impedir que venham a existir leis que atentem contra tais direitos e garantias⁶. Desse modo, as normas devem se conformar aos parâmetros estabelecidos pela constituição, sob pena de serem reputadas inconstitucionais e retiradas do ordenamento jurídico vigente.

Assim, temos a noção de suprallegalidade da constituição, na medida em que ela é fonte da produção normativa, é a *lex superior* do Estado⁷. Essa suprallegalidade pode ser compreendida em duas acepções: material e formal. A primeira consiste no reconhecimento do valor normativo hierarquicamente superior da Carta Magna, enquanto a última trata da constituição como norma primária do ordenamento jurídico.

A partir do exposto, podemos depreender que a suprallegalidade material, implica na supremacia da constituição, enquanto a formal vai dar ensejo à rigidez de suas normas. A suprallegalidade material consiste, assim, no reconhecimento da constituição como a norma mais importante do ordenamento jurídico e, por isso, goza

⁴ KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 247.

⁵ *Ibidem*, p. 226.

⁶ *Ibidem*, p. 248.

⁷ CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, 7ª edição. Coimbra: Edições Almedina, 2010, p. 890.

de supremacia dentro desse sistema, o que impõe que as demais normas e atos normativos estejam em consonância com a Magna Carta.

Por sua vez, a suprallegalidade formal da constituição justifica sua rigidez, fazendo com que o processo de sua alteração seja diverso e mais dificultoso que o das demais normas do ordenamento jurídico. Caso contrário, “inexistiria distinção formal entre a espécie normativa objeto de controle e aquela em face da qual se dá o controle”⁸ e uma norma infraconstitucional que fosse de encontro ao disposto na constituição seria tão somente revogada, não declarada inconstitucional. São essas as duas principais premissas relacionadas ao controle de constitucionalidade: a supremacia e a rigidez constitucionais.

O ordenamento jurídico se conforma, portanto, em um sistema com estrutura escalonada, com a constituição em seu vértice, o que pressupõe ordem e unidade, bem como racionalidade e coerência. O controle de constitucionalidade consiste justamente no importante instrumento de preservação da integridade jurídica dessa ordem constitucional vigente. O principal objetivo de tal controle é manter a rigidez constitucional, bem como a observância do princípio da supremacia da constituição.

1.2. O Histórico do Controle de Constitucionalidade

Na Europa das revoluções burguesas, a enorme desconfiança das forças políticas em relação ao poder judiciário reforçou o dogma da supremacia do Parlamento, impedindo num primeiro momento a emergência de um modelo judicial de controle de constitucionalidade, além de minorar a força estabilizadora da constituição⁹.

Esse tipo de modelo judicial estabeleceu-se no caso *Marbury vs. Madison*, que inaugurou o controle de constitucionalidade difuso no constitucionalismo norte-americano. Nesse modelo, o controle é feito *in casu*, de maneira incidental pelo magistrado, apresentando efeitos *inter partes*.

Posteriormente, durante o período entreguerras, através da inovadora influência de Hans Kelsen no constitucionalismo austríaco, é formado um modelo

⁸ BARROSO, Luís Roberto. *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência*, 7ª ed., São Paulo: Saraiva, 2016, p. 24.

⁹ MENDES, Gilmar Ferreira e BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 11ª edição, 2016, p. 50-51.

judicial de controle concentrado, tipicamente europeu. Nesse modelo, o controle é feito por uma corte constitucional, dedicada a examinar especificamente a compatibilidade das normas com o parâmetro constitucional, através de um controle abstrato e com efeitos *erga omnes*.

O aumento da complexidade das sociedades produziu a necessidade do direito constitucional adaptar-se a novas questões, gerando a interpenetração dos dois modelos, criando sistemas mistos de controle de constitucionalidade, como o brasileiro.

1.3. Marbury vs Madison

O célebre caso Marbury vs Madison, decidido no ano de 1803 pela Suprema Corte norte-americana, é reputado como ponto inaugural do sistema de controle de constitucionalidade das leis. Dessa forma, é pertinente realizarmos uma análise desse caso para compreendermos o desenvolvimento desse sistema.

1.3.1. Contexto histórico

No ano de 1.800 foram realizadas eleições nos Estados Unidos da América (EUA), com a vitória do candidato da oposição republicana, Thomas Jefferson, em detrimento do Presidente John Adams e seus aliados federalistas. Visando a assegurar alguma influência política de seu partido, Adams e o Congresso, ainda dominado pela maioria federalista, aprovaram uma lei que reorganizava o poder judiciário federal. Tal lei reduzia o número de Ministros da Suprema Corte, visando a impedir uma nomeação por parte de Jefferson, além de criar dezesseis novos cargos de juízes federais, todos indicados por Adams¹⁰.

Somado a isso, uma nova lei¹¹ autorizou o Presidente derrotado a nomear quarenta e dois juízes de paz, com os nomes confirmados pelo Senado na véspera da posse de Jefferson. John Adams assinou os atos de investidura no último dia de seu governo, ficando a cargo do Secretário de Estado, John Marshall, entregá-los aos

¹⁰ BARROSO, Luís Roberto. *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência*, 7ª ed., São Paulo: Saraiva, 2016, p. 25.

¹¹ The Organic Act of the District of Columbia, de 1.801.

nomeados. Obviamente tal tarefa não pôde ser concluída em apenas um dia e alguns juízes não receberam o referido documento, dentre eles William Marbury.

Cabe ainda ressaltar que apesar de atuar como Secretário de Estado de Adams, John Marshall fora indicado por ele para ocupar o cargo de Presidente da Suprema Corte. Seu nome fora aprovado pelo Senado, porém Marshall continuou como Secretário de Estado de Adams até seu último dia de mandato, quando então assumiu o papel na Suprema Corte.

Assim que tomou posse, o novo Presidente Thomas Jefferson nomeou James Madison seu Secretário de Estado e este, seguindo sua determinação, negou-se a entregar os atos de investidura restantes aos juízes de paz de Adams. Não empossado, William Marbury propôs uma ação judicial para ter sua posse garantida, baseando-se juridicamente na lei nº 1.789 que atribuía à Suprema Corte a competência para julgamento de ações daquela natureza.

Ocorre que os republicanos, a essa altura, já haviam conquistado a maioria no Congresso e revogaram a lei de reorganização judiciária de Adams, extinguindo os cargos criados e destituindo seus ocupantes. Luís Roberto Barroso¹² aduz, ainda, outros dois elementos de tensão: o fato de Jefferson considerar ilegítimas as decisões da Corte ordenando a entrega dos atos de investidura e a deflagração de um processo de impeachment de um juiz federalista, acirrando o cenário em que se desenrolou a ação judicial.

1.3.2. A decisão de Marshall

Inicialmente, cabe destacar que a decisão de John Marshall na questão, apesar de ser considerada primorosa, não foi original, tampouco pioneira. Nesse sentido, Mauro Cappelletti¹³ alega que o caráter original da *judicial review* deriva do direito norte-americano, porém identifica outros precedentes em que se vislumbra a supremacia constitucional em sistemas jurídicos mais antigos, como o medieval e o ateniense. Destarte, a decisão de Marshall não inovou na ordem jurídica, porém

¹² BARROSO, Luís Roberto. *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência*, 7ª ed., São Paulo: Saraiva, 2016, p. 27.

¹³ CAPPELLETTI, Mauro. *O controle judicial de constitucionalidade das leis no direito comparado*. Porto Alegre: Fabris, 1984, p. 46.

decorre de um amadurecimento de entendimento, não apenas da história norte-americana, porém mundial.

Nem mesmo dentro dos Estados Unidos¹⁴ a decisão de Marshall fora pioneira. Não obstante, é emblemático o posicionamento da mais alta corte do país no que se refere ao controle de constitucionalidade de leis e, de fato, tal decisão deu origem ao moderno controle jurisdicional sobre questões constitucionais¹⁵.

Marshall dividiu seu voto basicamente em três partes. Na primeira, procurou demonstrar que Marbury tinha direito à investidura no cargo. Na segunda, se Marbury tivera seu direito violado, indagou se haveria um remédio para sanar tal lesividade. Por fim, se há tal remédio, questionou se seria competente a Suprema Corte para conhecê-lo e julgá-lo¹⁶.

No desenvolvimento de seu voto, Marshall chega à conclusão que de fato *writ of mandamus* era a ação adequada para o caso, porém assinala uma importante categorização de atos do poder Executivo, a saber, atos de natureza política e aqueles a que a lei ou constituição tenham relegado à sua exclusiva discricionariedade. Tais atos não poderiam ser controlados judicialmente, pois seu objeto é eminentemente político e isso resultaria na ilegal interferência de um poder sobre a esfera de outro¹⁷. Desse modo, a par de atos de natureza política e os discricionários, não passíveis de revisão judicial, todos os demais sofrem o controle jurisdicional, tanto em relação à sua legalidade quanto à sua constitucionalidade.

Na segunda parte de seu voto, Marshall defendeu que o § 13 da Lei Judiciária de 1789, que estabelecia a competência da Suprema Corte para a análise do pedido

¹⁴ Nesse sentido temos HALL, KERMIT L. *The Oxford guide to United States Supreme Court decisions*. Oxford: Oxford Union Press, 1999, p. 174, no qual se afirma que Marbury não foi o primeiro caso a enunciar o princípio da *judicial review*. Houvera precedentes nas cortes estaduais e nas cortes federais inferiores, nas quais juízes deixaram de aplicar leis que consideravam contrárias a dispositivos na Constituição estadual ou federal, portanto já era exercido o controle de constitucionalidade difuso.

¹⁵ HOFFMANN-RIEM, Wolfgang. "Two Hundred Years of Marbury v. Madison: The Struggle for Judicial Review of Constitutional Questions in the United States and Europe". In: *German Law Journal*. Vol.5, nº 6, p. 685-701. Disponível em: https://static1.squarespace.com/static/56330ad3e4b0733dcc0c8495/t/56b925eac6fc08ab22a89ff2/1454974442213/GLJ_Vol_05_No_06_Hoffmann-Riem.pdf. Acesso em 22 de agosto de 2017.

¹⁶ *Marbury v. Madison*, Page 5 U.S. 154: "In the order in which the Court has viewed this subject, the following questions have been considered and decided. 1. Has the applicant a right to the commission he demands? 2. If he has a right, and that right has been violated, do the laws of his country afford him a remedy? 3. If they do afford him a remedy, is it a mandamus issuing from this court?". Disponível em: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/5/137/case.html>. Acesso em 22 de agosto de 2017.

¹⁷ *Marbury v. Madison*. Page 5 U.S. 170: "The province of the Court is solely to decide on the rights of individuals, not to inquire how the Executive or Executive officers perform duties in which they have a discretion. Questions, in their nature political or which are, by the Constitution and laws, submitted to the Executive, can never be made in this court".

de Marbury, ao criar uma hipótese de competência originária da Corte sem previsão constitucional, incorria em inconstitucionalidade. Não poderia uma lei infraconstitucional estabelecer uma nova competência originária à Corte, tão somente a Constituição, posicionamento esse que projetou Marshall na história do direito constitucional¹⁸.

Como base argumentativa, Marshall destacou a supremacia da constituição sobre os demais atos normativos, o que tem íntima conexão com a rigidez constitucional, pois é esse um dos principais aspectos que a diferencia das demais leis infraconstitucionais¹⁹. Como consequência natural, qualquer lei que contrarie a constituição é nula, não produz efeitos. Por fim, afirma que cabe ao Poder Judiciário a análise da lei e o papel de intérprete final da constituição²⁰.

Na decisão da Suprema Corte, a lei judiciária em questão foi declarada inconstitucional por ir de encontro à Constituição dos Estados Unidos. Assim, representou mais uma etapa no processo de transição para um sistema jurídico estruturado em torno de uma constituição em sentido formal.

1.3.3. Consequências do caso

Houve diversas críticas à decisão proferida pela Suprema Corte. Por ter participado ativamente dos fatos que deram ensejo à demanda de Marbury, como Secretário de Estado à época, John Marshall fora criticado por não ter-se declarado impedido de julgar o caso. Além disso, havia argumentos processuais suficientes para que ele reconhecesse a incompetência da Corte sem entrar no mérito da inconstitucionalidade da lei²¹.

¹⁸ BARROSO, Luís Roberto. *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência*, 7ª ed., São Paulo: Saraiva, 2016, p. 30.

¹⁹ *Marbury v. Madison*. Page 5 U.S. 177: “The Constitution is either a superior, paramount law, unchangeable by ordinary means, or it is on a level with ordinary legislative acts, and, like other acts, is alterable when the legislature shall please to alter it. If the former part of the alternative be true, then a legislative act contrary to the Constitution is not law; if the latter part be true, then written Constitutions are absurd attempts on the part of the people to limit a power in its own nature illimitable”.

²⁰ *Marbury v. Madison*. Page 5 U. S. 177 e 178: It is emphatically the province and duty of the Judicial Department to say what the law is. Those who apply the rule to particular cases must, of necessity, expound and interpret that rule. If two laws conflict with each other, the Courts must decide on the operation of each. So, if a law be in opposition to the Constitution, if both the law and the Constitution apply to a particular case, so that the Court must either decide that case conformably to the law, disregarding the Constitution, or conformably to the Constitution, disregarding the law, the Court must determine which of these conflicting rules governs the case. This is of the very essence of judicial duty.”

²¹ BARROSO, Luís Roberto. op. cit., p. 31.

Destaca-se, contudo, que John Marshall estava se valendo das circunstâncias fáticas para estabelecer a competência do Poder Judiciário, no qual exercia o principal cargo como Presidente da Suprema Corte. Assim, os atos do Poder Legislativo e Executivo ficavam, em última análise, sujeitos à revisão judicial. Mais à frente, a Suprema Corte alargou o alcance desse poder interpretativo, estabelecendo sua competência para controlar os atos normativos e decisões estaduais em face da Constituição dos Estados Unidos e de leis federais²².

O caso *Marbury vs. Madison* representou, destarte, a conformação de um sistema de controle de constitucionalidade que tem por base a supremacia da constituição, sua rigidez, o papel do Judiciário como seu intérprete final e sua competência para invalidar atos que contrariem o texto constitucional. Todas essas premissas lançaram as bases do controle de constitucionalidade moderno.

1.4. Madison e Kelsen

Consoante já explicitado, o Caso *Marbury vs. Madison* não deu origem ao *judicial review*, compreendido como a prática judicial por meio da qual os juízes podem se recusar a aplicar a lei com base na sua incompatibilidade com a constituição, porém constituiu um caso emblemático e que consolidou tal prática. Desse modo, na análise de uma situação concreta, qualquer juiz poderia deixar de aplicar uma lei que entendesse ser inconstitucional, realizando o controle de constitucionalidade difuso.

A teoria de Kelsen, no entanto, possui enfoque bem diverso, ao que delinearemos, em linhas gerais, algumas particularidades. Hans Kelsen foi o introdutor do controle concentrado de constitucionalidade na Europa, através da Constituição da Áustria, em 1920. Enquanto o caso *Marbury vs. Madison* foi um momento político de delimitação das prerrogativas do Poder Judiciário, o objetivo de Hans Kelsen era um pouco mais amplo, visando a definir o campo do Direito e o estabelecer como ciência jurídica autônoma.

Para Hans Kelsen, o controle de constitucionalidade não era uma atividade judicial, porém uma função constitucional, caracterizada como atividade legislativa

²² BARROSO, Luís Roberto. *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência*, 7ª ed., São Paulo: Saraiva, 2016, p. 31.

negativa. O autor defendia o controle concentrado em um único tribunal, uma corte constitucional.

Segundo Kelsen, a lei considerada inconstitucional era anulável e não declarada nula, pois “a lei ‘inconstitucional’ é, até a sua anulação - que pode ser individual, isto é, limitada a um caso concreto, ou geral -, uma lei válida. Não é nula, mas apenas anulável”²³. Isso produz mudanças significativas no controle de constitucionalidade, pois todos os atos praticados sob a égide daquela lei são válidos. Desse modo, à corte cabe apenas o reconhecimento da anulabilidade da lei ou ato normativo e, conseqüentemente, tal decisão teria natureza constitutiva negativa, produzindo efeitos *ex nunc*, ou seja, prospectivos.

Exceto pela Áustria, a tese da anulabilidade da lei inconstitucional e do caráter constitutivo negativo dessa decisão não encontrou adesão expressiva na doutrina ou nos ordenamentos jurídicos²⁴. Não obstante, a *judicial review* foi amplamente incorporada.

O ordenamento jurídico brasileiro, que inicialmente adotou apenas o controle de constitucionalidade difuso, acabou por também incorporar o controle abstrato, constituindo um regime híbrido de controle de constitucionalidade, como se verá a seguir.

²³ KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. São Paulo: Martins Fontes, 7ª edição, 2006, p. 159.

²⁴ BARROSO, Luís Roberto. *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência*, 7ª ed., São Paulo: Saraiva, 2016, p. 41.

CAPÍTULO 2

A EVOLUÇÃO DO CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE E A MULTIPLICAÇÃO DE SEUS INSTRUMENTOS DE ATUAÇÃO NO DIREITO BRASILEIRO

A partir da proclamação da independência do Brasil, a questão da unidade nacional se transforma no ponto central para a organização das novas instituições, bem como para garantia de sua unidade territorial²⁵. Desse modo, um poder centralizado e uma organização nacional que elidisse poderes locais e regionais se tornou premente, bem como a adoção de princípios básicos da teoria política à voga.

Consoante destaca José Afonso da Silva²⁶,

O constitucionalismo era o princípio fundamental dessa teoria, e realizar-se-ia por uma constituição escrita, em que se consubstanciasse o liberalismo, assegurado por uma declaração constitucional dos direitos do homem e um mecanismo de divisão de poderes [...], segundo o qual não tem constituição a sociedade onde não é assegurada a garantia dos direitos nem determinada a separação dos poderes.

Desse modo, foi enfrentada a árdua tarefa de se construir uma nacionalidade e garantir a unidade territorial, mediante a centralização do poder e desenvolvimento de princípios eminentemente contrários ao absolutismo. Assim, a constituição enquanto documento solene que prevê a organização social, limitação de poder e direitos fundamentais foi introduzida em nosso ordenamento jurídico, sofrendo reiteradas mudanças e a gradual sedimentação de seu caráter normativo, além de ser alçada ao centro do sistema jurídico²⁷.

O estudo da sua historicidade e crescente importância, com enfoque no desenvolvimento e amadurecimento do sistema de controle de constitucionalidade, permite compreender-se as diversas alterações empreendidas no objeto paradigma do controle, a criação de uma corte constitucional e, por fim, o sistema atual, no qual se insere o desenvolvimento do conceito de bloco de constitucionalidade.

²⁵ FAUSTO, Boris. *História do Brasil*, 10ª edição, São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo, 2002, p. 147.

²⁶ SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. São Paulo: Malheiros Editores, 2005, p. 74.

²⁷ BARROSO, Luís Roberto. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo*, 5ª edição. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 110.

2.1. A Constituição Imperial

Na Constituição de 1824, a primeira constituição brasileira, não havia explicitamente qualquer sistema de controle de constitucionalidade reconhecido. Por influência francesa, consagrava-se o dogma da soberania do Parlamento, o que revestia as decisões do poder legislativo de um ar de expressão da vontade popular, não havendo margem para a declaração de nulidade de leis que não se conformassem à norma constitucional²⁸. Dessa forma, o conteúdo da lei era definido tão somente pelo órgão legiferante, o único competente para interpretar seu próprio ato²⁹:

Interpretar a lei por via de autoridade ou via legislativa, por medida geral, abstracta ou authencia, termos que são equivalentes, é determinar legitima e competentemente qual o verdadeiro sentido ou disposição que a lei encerra, e que deve ser observada sem mais duvida ou hesitação, é em summa estabelecer o direito.

[...]

Só o poder que faz a lei é o único competente para declarar por via de autoridade ou por disposição obrigatória o pensamento, o preceito della. Só elle e exclusivamente elle é quem tem o direito de interpretar seu proprio acto, suas proprias vistas, sua vontade e seus fins. Nenhum outro poder tem o direito de interpretar por igual modo, já porque nenhuma lei lhe deu essa faculdade, já porque seria absurda a que lhe dêsse.

Havia a ideia consolidada de que nenhum outro poder seria depositário da vontade do legislador. A interpretação de uma lei realizada por outro poder alteraria o sentido e a intenção originais da norma, consistindo em usurpação de função. Não havia, portanto, qualquer espaço para um modelo de controle judicial de constitucionalidade.

Na obra de Pimenta Bueno é colocado de forma bem expressa tal visão acerca do sistema jurídico, ao afirmar que

O poder executivo ou judicial são perfeita e completamente incompetentes para proceder a este respeito por via de autoridade, por isso mesmo que elles não têm a autoridade legislativa, que não são depositários nem da vontade e intelligencia do legislador, nem de seu poder, enfim por isso que não são senão subditos da lei, que não podem dispôr della e que são apenas seus executores ou applicadores³⁰.

²⁸ MENDES, Gilmar Ferreira. "Evolução do Direito Constitucional brasileiro e controle de constitucionalidade da lei". In: *Revista de Informação Legislativa*, v. 32, n. 126, abr/jun. 1995, p. 87.

²⁹ PIMENTA BUENO, Jose Antonio. *Direito publico brasileiro e analyse da Constituição do Imperio*. Rio de Janeiro: Typographya Imp. e Const. De J. Villeneuve & C., 1857, p. 69-70.

³⁰ *Ibidem*, p. 71.

Apesar da enorme importância conferida pelo autor ao poder legislativo, cabe ressaltar a existência e importância do Poder Moderador e sua relação com os demais poderes, inclusive o legislativo. A Constituição outorgada de 1824, combinando ideias de constituições europeias como a francesa e a espanhola, deu origem aos três poderes tradicionais – Legislativo, Executivo e Judiciário – porém, como resíduo do absolutismo, também deu ensejo a um quarto poder, o Poder Moderador, privativo do Imperador³¹.

Nesse sentido, o art. 98 da referida Constituição asseverava que

O poder moderador é a chave de toda a organização política, e é delegado privativamente ao Imperador, como Chefe Supremo da Nação, e seu Primeiro Representante, para que incessantemente vele sobre a manutenção da Independência, equilíbrio, e harmonia dos mais Poderes Políticos³².

O Legislativo foi dividido em Câmara e Senado, sendo que a eleição para a Câmara era temporária, enquanto a do Senado era vitalícia. O voto era indireto e censitário. Para a Câmara, havia uma eleição primária que formava um corpo eleitoral que elegeria os deputados. Já para o Senado, elegia-se uma lista tríplice em cada província, a partir da qual o Imperador escolhia o eleito. Desse modo, a eleição para o Senado se tornava escolha pessoal do Imperador, em caráter vitalício³³.

Por expressa previsão do art. 101 da Constituição Imperial, o Imperador poderia exercer o Poder Moderador tanto nomeando os Senadores a partir dessas listas tríplexes, quanto prorrogando ou adiando a Assembleia Geral, bem como dissolvendo a Câmara dos Deputados, convocando imediatamente outra que a substituísse. Assim, em última análise, o poder de elaboração e interpretação das leis recaía nas mãos do Imperador, ainda que indiretamente.

2.2.A Constituição de 1891

A primeira constituição republicana inaugurou uma nova concepção. Por obra da influência norte-americana, consagrou-se a República federativa liberal.

³¹ CARVALHO, José Murilo de. *Cidadania no Brasil: o longo caminho*, 11ª ed., Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2008, p. 29.

³² BRASIL. *Constituição Política do Imperio do Brazil (de 24 de março de 1824)*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao24.htm. Acesso em 14 de agosto de 2017.

³³ FAUSTO, Boris. *História do Brasil*, 10ª edição, São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo, 2002, p. 151.

Estabeleceu-se os três poderes – Legislativo, Executivo e Judiciário, porém sem a previsão de um quarto, ocorrendo a extinção do Poder Moderador. Como no Império, houve a divisão do Legislativo entre Câmara e Senado, porém os senadores perderam o caráter de vitaliciedade. A eleição passou a ser direta e proporcional ao número de habitantes³⁴.

Luís Roberto Barroso alega que, ausente do sistema da Constituição Imperial, o controle de constitucionalidade foi introduzido no Brasil com a República, recebendo expressa previsão nos arts. 59 e 60 da Constituição Republicana³⁵. Destacamos, no entanto, que o Decreto nº 848 de 1890 já estabelecia em seu art. 3º que, “na guarda e aplicação da Constituição e das leis nacionaes, a magistratura federal só intervirá em especie e por provocação de parte³⁶”, permitindo, a pedido dos litigantes, o julgamento incidental da inconstitucionalidade.

A Constituição Republicana incorporou tais disposições. Em seu art. 60, “a”, consagrou que competia aos juízes e tribunais federais processar e julgar as causas em que alguma das partes fundamente a ação ou a sua defesa em disposição da Constituição Federal. O art. 59, por sua vez, estipulou que cabia originária e privativamente ao Supremo Tribunal Federal o papel de instância revisora das decisões das justiças estaduais, bem como acerca da validade ou aplicação de tratados e leis federais, validade de leis ou atos de Governadores em face da Constituição ou de leis federais e a decisão do Tribunal Estadual que considerar válidos esses atos ou leis impugnadas.

Assim, temos que um Tribunal Estadual ou Federal poderia, por disposição expressa, conhecer e julgar a inconstitucionalidade de um ato normativo, cabendo recurso ao Supremo Tribunal Federal, que passa a ter a última palavra como guardião da Constituição.

Conforme destaca Gilmar Mendes³⁷, esse sistema judicial de controle de constitucionalidade foi aprofundado a partir da Lei nº 221 de 1894, que trouxe no texto do art. 13, § 10, a previsão de que os juízes e tribunais apreciariam a validade de leis

³⁴ FAUSTO, Boris. *História do Brasil*, 10ª edição, São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo, 2002, p. 250.

³⁵ BARROSO, Luís Roberto. *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência*, 7ª ed., São Paulo: Saraiva, 2016, p. 85.

³⁶ BRASIL. *Decreto nº 848 de 11 de outubro de 1890*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1851-1899/d848.htm. Acesso em 14 de agosto de 2017.

³⁷ MENDES, Gilmar Ferreira. “Evolução do Direito Constitucional brasileiro e controle de constitucionalidade da lei”. In: *Revista de Informação Legislativa*, v. 32, n. 126, abr/jun. 1995, p. 89.

e regulamentos, podendo deixar de aplicar aos casos analisados as leis manifestamente inconstitucionais e os regulamentos incompatíveis com as leis ou com a Constituição.

A partir da Constituição Republicana tivemos, portanto, a incorporação do sistema de controle de constitucionalidade por via de exceção no ordenamento jurídico brasileiro. Esse controle é realizado por meio difuso, uma vez que qualquer órgão judicial pode conhecer da arguição. Consiste, ainda, em um controle concreto, casuístico, empreendido na análise do caso concreto. Por fim, produz efeito somente entre as partes do processo onde foi arguido, logo o ato atacado continua tendo validade contra terceiros.

2.3. A Constituição de 1934

Já na Constituição de 1934 houve uma profunda renovação do sistema de controle, exigindo-se que a declaração de inconstitucionalidade se desse apenas pela maioria dos membros dos tribunais, garantindo maior segurança jurídica³⁸. Além disso, o art. 91, IV da referida Constituição passou a incumbir ao Senado Federal o afastamento das normas declaradas inconstitucionais pelo poder judiciário, além de conferir efeito *erga omnes* às decisões do Supremo (art. 96)³⁹.

Uma importante inovação trazida pela Constituição de 1934 foi a representação interventiva. Consoante o art. 12, §2º do texto constitucional, diante de conflitos federativos era da competência do Procurador Geral da República (PGR), na hipótese de lei que ofendesse os princípios estabelecidos no art. 7º, I, “a” a “h” da Carta Magna, representar perante a Suprema Corte, que analisaria o ato normativo para declarar sua constitucionalidade. Assim, a eficácia da lei interventiva, de iniciativa do Senado (art. 41, §3º), estava condicionada à declaração de sua constitucionalidade pelo Supremo Tribunal Federal. Cabe ressaltar, no entanto, que não se tratava de controle político, porém de juízo puramente jurídico, exercido pela Corte⁴⁰.

³⁸ MENDES, Gilmar Ferreira e BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 11ª edição, 2016, p. 995.

³⁹ BRASIL. *Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil (de 16 de julho de 1934)*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao34.htm. Acesso em 19 de agosto de 2017.

⁴⁰ MENDES, Gilmar Ferreira. Evolução do Direito Constitucional brasileiro e controle de constitucionalidade da lei”. In: *Revista de Informação Legislativa*, v. 32, n. 126, abr/jun. 1995, p. 90.

Havia, ainda, a expressa previsão de que o poder judiciário não poderia conhecer de questões exclusivamente políticas, na forma do art. 68 da referida Carta. Trata-se, portanto, de expressa ressalva à judicialização de questões políticas e impossibilidade de qualquer interferência do Judiciário em assuntos do Poder Legislativo.

Apesar da breve vigência dessa Constituição, tratou-se de um marco no controle de constitucionalidade, uma vez que tivemos a introdução da ação direta de constitucionalidade no ordenamento jurídico brasileiro.

2.4. A Constituição de 1937

Com a Constituição polaca, instaurou-se profundo retrocesso no sistema de controle de constitucionalidade, reflexo dos ares autoritários daquele tempo. Embora mantidas as regras anteriores quanto ao controle difuso (art. 101, III, “b” e “c”)⁴¹, a Carta de 1937 previa a possibilidade de o Chefe do Executivo submeter norma “necessária ao bem-estar do povo, à promoção ou defesa de interesse nacional de alta monta”⁴² a nova avaliação do Poder Legislativo que, aprovando-a por 2/3 de seus membros, poderia afastar a declaração de inconstitucionalidade.

A partir da revisão legislativa, a lei anteriormente declarada inconstitucional passava a ter força de emenda constitucional. Desse modo, foi instituída uma espécie *sui generis* de revisão constitucional, suscitada pelo Chefe do Executivo e realizada pelo Legislativo.

Destaca-se, ainda, que permaneceu a vedação à judicialização, com a proibição ao Poder Judiciário de conhecer questões exclusivamente políticas, conforme estipulado do art. 94 da referida Carta Magna.

Para cúmulo, o Código de Processo Civil de 1939, em seu art. 319⁴³, dispunha que

Dar-se-á mandado de segurança para defesa e direito certo e incontestável, ameaçado ou violado por ato manifestamente inconstitucional, ou ilegal de qualquer autoridade, **salvo do**

⁴¹ BRASIL. *Constituição dos Estados Unidos do Brasil (de 10 de novembro de 1937)*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao37.htm. Acesso em 19 de agosto de 2017.

⁴² MENDES, Gilmar Ferreira e BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 11ª edição, 2016, p. 997.

⁴³ BRASIL. *Decreto-Lei nº 1.608 de 18 de setembro de 1939*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/1937-1946/De1608.htm. Acesso em 19 de agosto de 2017.

Presidente da República, dos Ministros de Estado, Governadores e Interventores. (grifo nosso).

Desse modo, afastava-se da apreciação judicial, na via mandamental, os atos do Presidente, ministros de Estado, governadores e interventores dos Estados.

2.5.A Constituição de 1946

A redemocratização refletida na Constituição de 1946 restaurou a tradição do controle judicial no direito pátrio. Além da competência do Supremo Tribunal Federal para julgar recursos ordinários, consagrada no art. 101, II, “a”, “b” e “c”, o inciso II do referido artigo trouxe a previsão da apreciação de recursos extraordinários⁴⁴,

- a) quando a decisão for contrária a dispositivo desta Constituição ou à letra de tratado ou lei federal;
- b) quando se questionar sobre a validade de lei federal em face desta Constituição, e a decisão recorrida negar aplicação à lei impugnada;
- c) quando se contestar a validade de lei ou ato de governo local em face desta Constituição ou de lei federal, e a decisão recorrida julgar válida a lei ou o ato;
- d) quando na decisão recorrida a lei federal invocada for diversa da que lhe haja dado qualquer dos outros Tribunais ou o próprio Supremo Tribunal Federal.

Cabe ressaltar que o art. 200 preservou a maioria absoluta dos membros do Tribunal para a declaração de inconstitucionalidade da norma e o art. 64 manteve, ainda, a atribuição do Senado para suspender a norma declarada inconstitucional pelo Supremo Tribunal, prevista inicialmente na Constituição de 1934.

No que se refere à intervenção federal, foi atribuída ao Procurador Geral da República a titularidade da representação de inconstitucionalidade de ato normativo que atentasse contra determinados princípios constitucionais, no caso os estabelecidos no Art. 7º, VII, “a” a “g”:

- a) forma republicana representativa;
- b) independência e harmonia dos Poderes;
- c) temporariedade das funções eletivas, limitada a duração destas à das funções federais correspondentes;
- d) proibição da reeleição de Governadores e Prefeitos, para o período imediato;'
- e) autonomia municipal;
- f) prestação de contas da Administração;
- g) garantias do Poder Judiciário.

⁴⁴ BRASIL. *Constituição dos Estados Unidos do Brasil (de 18 de setembro de 1946)*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao46.htm. Acesso em 19 de agosto de 2017.

Tais princípios são muito similares aos previstos no art. 7º, I, “a” a “h” da Constituição de 1934, também de competência do PGR. No entanto, houve a retirada do rol desses princípios constitucionais da possibilidade de reforma constitucional e competência do Legislativo para decretá-la, bem como as garantias do Ministério Público. Assim, cabia ao PGR arguir a inconstitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal (art. 8º) que, declarando-a, decretaria a intervenção.

Consoante destaca Gilmar Mendes⁴⁵, a arguição de inconstitucionalidade direta foi amplamente utilizada durante a vigência da Constituição de 46. Além disso, a ausência de regras processuais para essa arguição permitiu ao próprio STF desenvolver mecanismos procedimentais que, posteriormente, viriam a ser consolidados pela legislação.

2.6. Os Atos Institucionais e a Repressão

O Ato Institucional nº 1 (AI-1) foi instaurado em 9 de abril de 1964 pelos Comandantes do Exército, Marinha e Aeronáutica. Manteve-se, formalmente, a Constituição de 1946, porém com várias modificações. Da mesma forma, o Congresso foi mantido em atividade, o que caracterizaria um dos aspectos da ditadura militar: o poder de fato era deslocado para outras esferas, no entanto o Congresso era mantido por um regime que nunca assumiu expressamente sua feição autoritária, e as normas que atingissem direitos e garantias individuais eram apresentadas como temporárias.⁴⁶

Por sua vez, o AI-2 de 27 de outubro de 1965, em seu art. 19⁴⁷, determinou que

Art. 19 - Ficam **excluídos da apreciação judicial**:

I - os atos praticados pelo Comando Supremo da Revolução e pelo Governo federal, com fundamento no Ato Institucional de 9 de abril de 1964, no presente Ato Institucional e nos atos complementares deste;
II - as resoluções das Assembléias (*sic*) Legislativas e Câmara de Vereadores que hajam cassado mandatos eletivos ou declarado o impedimento de Governadores, Deputados, Prefeitos ou Vereadores,

⁴⁵ MENDES, Gilmar Ferreira. “Evolução do Direito Constitucional brasileiro e controle de constitucionalidade da lei”. In: *Revista de Informação Legislativa*, v. 32, n. 126, abr/jun. 1995, p. 92 e MENDES, Gilmar Ferreira e BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 11ª edição, 2016, p. 999.

⁴⁶ FAUSTO, Boris. *História do Brasil*, 10ª edição, São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo, 2002, p.465-466.

⁴⁷ BRASIL. *Ato Institucional nº 2 de 27 de outubro de 1965*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ait/ait-02-65.htm. Acesso em 21 de agosto de 2017.

a partir de 31 de março de 1964, até a promulgação deste Ato. (grifo nosso)

Dessa forma, afastou-se a Constituição como fundamento jurídico de validade dos atos supramencionados, que passaram a não ter qualquer controle judicial, ficando sujeitos tão somente ao arbítrio do governo militar.

2.7.A Emenda Constitucional nº 16 de 1965

A Emenda nº 16 de 1965, em pleno regime ditatorial, alterou dispositivos constitucionais referentes ao Poder Judiciário, sendo que parte das mudanças havia sido introduzida pelo AI-2. Instituiu, ao lado da representação interventiva, uma nova modalidade de ação direta de inconstitucionalidade, de caráter genérico⁴⁸. Esse controle abstrato de normas federais e estaduais foi consagrado sob a forma de representação a ser proposta pelo PGR, único legitimado ativo para essa ação⁴⁹.

Dessa monta, foi alterada a alínea “k” do inciso I do art. 101, que passou a conferir ao STF a competência para julgar “a representação contra inconstitucionalidade de lei ou ato de natureza normativa, federal ou estadual, encaminhada pelo Procurador-Geral da República”⁵⁰. Introduziu-se, assim, o controle de constitucionalidade nos moldes das cortes constitucionais europeias: por via principal, de modo abstrato e concentrado, diretamente no Supremo Tribunal Federal⁵¹. A arguição do vício da lei em tese não é mais incidental à análise de um caso concreto, porém consiste no próprio objeto da ação.

Por sua vez, o controle incidental e difuso não foi superado, passando ambos os modelos de controle de constitucionalidade, o incidental e difuso e o por via principal e concentrado, a conviver no ordenamento jurídico brasileiro, consolidando o sistema misto de controle de constitucionalidade que persiste até os dias de hoje.

Permaneceu, ainda, a incumbência do Senado Federal para suspender a execução da lei ou decreto declarados inconstitucionais pelo Supremo Tribunal

⁴⁸ SILVA, José Afonso da, *Curso de Direito Constitucional Positivo*. São Paulo: Malheiros Editores, 2005, p. 51.

⁴⁹ MENDES, Gilmar Ferreira, “Evolução do Direito Constitucional brasileiro e controle de constitucionalidade da lei”. In: *Revista de Informação Legislativa*, v. 32, n. 126, abr/jun. 1995, p. 95.

⁵⁰ BRASIL. *Emenda Constitucional nº 16, de 26 de novembro de 1965*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc_anterior1988/emc16-65.htm. Acesso em 21 de agosto de 2017.

⁵¹ BARROSO, Luís Roberto. *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência*, 7ª ed., São Paulo: Saraiva, 2016, p. 86.

Federal, consoante o art. 64 do texto constitucional. A proposta de alteração desse texto, concedendo eficácia *erga omnes* à declaração de inconstitucionalidade realizada pelo STF, foi rejeitada⁵².

Uma novidade a ser mencionada se refere ao controle de constitucionalidade de lei municipal. O art. 124, XIII passou a prever que “a lei poderá estabelecer processo, de competência originária do Tribunal de Justiça, para declaração de inconstitucionalidade de lei ou ato de Município, em conflito com a Constituição do Estado”. Tem-se, assim, a instituição da ação direta de inconstitucionalidade estadual, de competência originária dos Tribunais estaduais.

2.8. As Constituições de 1967 e 1969

A Constituição de 1967, ainda em época de grande repressão política, não trouxe significativas inovações ao controle de constitucionalidade. Houve a permanência da ação direta de inconstitucionalidade (art. 119, I, I’)⁵³, assim como prevista na Constituição de 1946 a partir da EC nº 16/1965.

Destaca-se, todavia, que a representação interventiva, de competência do PGR, foi ampliada de modo a não abarcar apenas os princípios sensíveis do art. 10, VIII, porém também visando a prover a execução de lei federal (art. 10, VI)⁵⁴. Não obstante, a competência para suspender o ato estadual foi transferida para o Presidente da República.

A ação direta de inconstitucionalidade estadual, de competência originária dos tribunais estaduais, restou suprimida na Constituição de 1967. No entanto, Constituição de 1969 voltou a prever esse controle de constitucionalidade de lei municipal frente à constituição do Estado membro, como possibilidade de intervenção no Município, consoante o art. 15, §3º, “d”, mediante ação direta interventiva⁵⁵. Assim, conforme destaca Barroso⁵⁶, a Constituição de 1969 previu a ação direta em âmbito estadual, porém limitada à hipótese de intervenção do Estado em Município. Esta

⁵² MENDES, Gilmar Ferreira e BRANCO, Paulo Gustavo Gonet, *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 11ª edição, 2016, p. 1001.

⁵³ BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1967*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao67.htm. Acesso em 21 de agosto de 2017.

⁵⁴ MENDES, Gilmar Ferreira e BRANCO, Paulo Gustavo Gonet, op. cit., p.1001.

⁵⁵ SILVA, José Afonso da, *Curso de Direito Constitucional Positivo*. São Paulo: Malheiros Editores, 2005, p. 51.

⁵⁶ BARROSO, Luís Roberto. *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência*, 7ª ed., São Paulo: Saraiva, 2016, p. 87.

deveria ser promovida pelo Chefe do Ministério Público do Estado e era de competência do Tribunal de Justiça.

A Emenda Constitucional nº 07 de 1977, por sua vez, instituiu a representação para interpretação de lei ou ato normativo federal ou estadual, de legitimidade exclusiva do PGR para julgamento pelo STF, podendo a Corte fixar, em tese e com caráter vinculante, o sentido de uma norma⁵⁷. Isso foi suprimido pela CRFB/88.

Ressalta-se que houve, à época, intenso debate sobre o papel do Procurador Geral da República no controle abstrato de normas, na medida em que o PGR se negara a submeter ao STF uma questão de suposta inconstitucionalidade do decreto-lei que tratava sobre a censura prévia de livros, jornais e periódicos, suscitada pelo MDB, único partido da oposição no Congresso⁵⁸. Diante disso, o MDB propôs reclamação no Supremo, que a rejeitou sob o fundamento de ser ato discricionário do PGR⁵⁹, podendo este decidir se e quando ofereceria a representação de constitucionalidade da lei.

2.9.A Constituição de 1988 e o Controle de Constitucionalidade

A Constituição de 1988, visando à redemocratização do país e a assegurar uma ordem política compromissória, trouxe significativas alterações nos mecanismos de proteção judicial e, conseqüentemente no controle de constitucionalidade das leis. Foi mantido o sistema eclético ou híbrido, que combinava o controle por via incidental e difuso (sistema americano), instituído desde a República, com o controle por via principal e concreta, trazido pela EC nº 16/1965⁶⁰.

A Carta Magna de 1988 trouxe importantes inovações no que se refere ao controle de constitucionalidade, com considerável ampliação do controle de constitucionalidade abstrato das leis. Houve a expansão do rol de legitimados ativos para a propositura da ação direta de inconstitucionalidade (ADI), consoante o art. 103, I a IX⁶¹. Destarte, teve-se o fim do monopólio da legitimidade para a propositura da

⁵⁷ BARROSO, Luís Roberto. *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência*, 7ª ed., São Paulo: Saraiva, 2016, p. 87.

⁵⁸ Em 1970, o MDB solicitou ao PGR, único legitimado para a propositura da ação, a instauração do controle abstrato de normas contra o decreto-lei nº 1.077, que legitimava a censura prévia de livros, jornais e periódicos. Ver MENDES, Gilmar Ferreira e BRANCO, Paulo Gustavo Gonet, *op. cit.*, p. 1002.

⁵⁹ Rcl 849, Rel. Min. Adalício Nogueira, DJ de 10.03.1971.

⁶⁰ BARROSO, Luís Roberto. *op. cit.*, p. 87.

⁶¹ BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em 21 de agosto

referida ação pelo Procurador Geral da República, o que implica uma maior representatividade dos anseios sociais no que se refere ao controle de constitucionalidade das leis, com a possibilidade, inclusive, de partidos políticos com representação no Congresso Nacional e confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional proporem as ações do sistema concentrado de controle de constitucionalidade.

Além da ADI, criou-se mecanismos de controle de inconstitucionalidade por omissão, com a ação direta de inconstitucionalidade por omissão (ADO), na via concreta, prevista no §2º do art. 103, bem como o Mandado de Injunção no controle difuso (art. 5º, LXXI).

Houve, ainda, a previsão de um mecanismo de arguição de preceito fundamental que viria a dar ensejo à ADPF, introduzida com a EC nº 03/1993. Ressalta-se que tal emenda criou, ainda, a ação direta de constitucionalidade (ADC), ampliando o controle abstrato de constitucionalidade das leis. Esta ação foi amplamente contestada por parte da doutrina, porém o STF, por ampla maioria, se posicionou por sua constitucionalidade⁶².

A ação direta de inconstitucionalidade estadual foi recriada, referida como representação de inconstitucionalidade na Carta Magna (art. 125, §2º). E os recursos extraordinários, de competência do STF, foram limitados às questões constitucionais, consoante o art. 102, III.

Além disso, destaca-se a EC nº 45/2004, que trouxe a possibilidade de edição das súmulas vinculantes⁶³, inserindo o artigo 103-A na Carta Magna, bem como trouxe a inserção do § 3º do art. 5º da CRFB/88, conferindo aos Tratados internacionais que versem sobre direitos humanos a possibilidade de, se aprovados sob o rito das emendas constitucionais, serem incorporados no ordenamento pátrio com o *status* de emenda constitucional, servindo, portanto, como parâmetro ao controle de constitucionalidade.

de 2017. Com o Art. 103, I a IX da CRFB/88, passou-se a um extenso elenco de legitimados: Presidente da República, Procurador Geral da República, Mesa da Câmara dos Deputados e do Senado Federal, Governador de Estado, Mesa da Assembleia Legislativa, Partido político com representação no Congresso Nacional, Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil (OAB) e confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional.

⁶² STF. RTJ, 157:371, 1996, QO na ADC 1-1-DF, rel. Min Moreira Alves.

⁶³ BARROSO, Luís Roberto. *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência*, 7ª ed., São Paulo: Saraiva, 2016, p. 105.

Em relação às ações constitucionais afeitas ao controle de constitucionalidade, menciona-se que a Lei nº 9.868 de 1999 passou a disciplinar o processo e julgamento perante o STF tanto da ação direta de inconstitucionalidade (ADI) como da ação declaratória de constitucionalidade (ADC). A Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) foi regulamentada no mês seguinte, mediante a Lei nº 9.882/99.

A última ação constitucional do controle de constitucionalidade disciplinada foi a ação direta de inconstitucionalidade por omissão (ADO), que trata justamente da mora legislativa que inviabiliza o exercício de direitos constitucionalmente previstos. A ADO foi regulamentada pela Lei nº 12.063 de 2009, que acrescentou o capítulo II-A à Lei 9.868/99.

2.10. A Evolução dos Instrumentos do Controle de Constitucionalidade no Brasil: Algumas Considerações Conclusivas

Da inexistência de qualquer sistema de controle de constitucionalidade na Constituição Imperial, houve a introdução do referido sistema com o advento da República e a Constituição de 1891, consagrando inicialmente o modelo americano de controle, incidental e difuso, consoante apresentado no Capítulo 1, com a possibilidade da análise da constitucionalidade de leis por qualquer órgão judicial.

Por sua vez, com a criação da representação interventiva na Constituição de 1934, houve a introdução de um caso específico de controle de constitucionalidade por uma ação direta e concentrada⁶⁴, analisada por uma Corte constitucional, papel esse atribuído ao Supremo Tribunal Federal.

A partir de então, tem-se no ordenamento jurídico brasileiro a expansão dos instrumentos do controle de constitucionalidade, conforme procurou-se demonstrar, culminando com a Constituição de 1988 que ampliou consideravelmente as ações do controle concentrado e abstrato, bem como o rol dos legitimados ativos aptos a propô-las. Além disso, a Carta Magna traz previsão expressa das emendas constitucionais, súmulas vinculantes e tratados internacionais sobre direitos humanos, aprovados no rito do art. 5º, §3º da CRFB/88, alargando, assim, o próprio parâmetro desse sistema de controle.

⁶⁴ BARROSO, Luís Roberto. *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência*, 7ª ed., São Paulo: Saraiva, 2016, p. 85-86.

O bloco de constitucionalidade insere-se justamente dentro dessa perspectiva, na tendência cada vez mais ampliadora dos instrumentos do controle de constitucionalidade de leis e atos normativos. Além de alterações constitucionais desse paradigma de controle, destaca-se a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal forjando um novo horizonte para o exercício da jurisdição constitucional, dando ensejo a um bloco de constitucionalidade próprio ao nosso ordenamento, conforme se exporá no próximo capítulo.

CAPÍTULO 3

O BLOCO DE CONSTITUCIONALIDADE

Segundo a doutrina, a origem da expressão “bloco de constitucionalidade” deriva de construção doutrinária dos administrativistas franceses, a partir da teoria do “bloco legal”, utilizada por Maurice Hauriou ao se referir à atuação do Conselho de Estado no controle de atos administrativos. A legalidade desses atos não era cotejada apenas em relação à lei, mas também em relação aos princípios gerais do direito e outras normas⁶⁵.

A partir dessa noção de bloco de legalidade, foi desenvolvida a ideia de bloco de constitucionalidade na França, para designar um conjunto de princípios e regras de valor constitucional. Além disso, outro motivo não muito evidente ajudou a cunhar tal conceito: a ideia de bloco traz a noção de solidez e unidade, como algo que não pode ser cindido ou apartado, por compor uma só coisa.

O Conselho Constitucional da França, em 1971, decidiu que o preâmbulo da Constituição do país, que remete à Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, assim como o preâmbulo da Constituição de 1946, também se incorporavam à ordem constitucional. Isso possibilitou à jurisdição constitucional francesa alcançar um importante elenco de direitos fundamentais que não se encontrava positivado no texto constitucional⁶⁶.

Assim, a ideia de bloco de constitucionalidade começa a se desenvolver na França, com dois grandes fundamentos básicos: a tradição francesa, que objetivava prolongar e aperfeiçoar as conquistas da Revolução Francesa a partir da histórica Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão, atualizando-a, e a preocupação em unir textos diversos e ideias, consagrados pelo povo, em uma única realidade constitucional⁶⁷.

⁶⁵ FAVOREU, Louis. El bloque de la Constitucionalidad. In: *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, nº 5, 1990, p. 47 Disponível em: <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/1049150.pdf> . Acesso em 07 de outubro de 2017.

⁶⁶ SOUZA NETO, Cláudio Pereira de e SARMENTO, Daniel. *Direito constitucional: teoria, história e métodos de trabalho*, 1ª edição, Belo Horizonte: Fórum, 2012, p 29.

⁶⁷ LIMA, Francisco Gérson Marques de. Bloco de constitucionalidade: o sistema francês e espanhol. In: *Revista Opinião Jurídica*, Fortaleza, n. 3, ano II, 2004, p. 104.

Nosso ordenamento jurídico foi desenvolvendo, pela experiência da nossa Corte Constitucional, um bloco de constitucionalidade brasileiro, com o reconhecimento de normas constitucionais que não se resumem à Carta Magna. É pertinente, assim, o aprofundamento no que se constitui tal bloco de constitucionalidade, seu alcance e importância na jurisdição constitucional.

3.1. O Constitucionalismo

Adentra-se na temática do paradigma de controle e bloco de constitucionalidade analisando-se inicialmente o fenômeno do constitucionalismo, no intuito de compreender como a constituição se tornou o vértice do ordenamento jurídico, com a limitação de poderes na sociedade e o estabelecimento e tutela de princípios e garantias fundamentais dos indivíduos.

Há diversas acepções para o constitucionalismo. Segundo Matteucci, ele representa as instituições que estruturam diversos regimes políticos em determinado momento histórico, visando ao “ideal das liberdades do cidadão”⁶⁸. Para Canotilho, o conceito transporta ainda um juízo de valor, constituindo uma teoria normativa da política, tal como a teoria da democracia ou do liberalismo⁶⁹. Pode-se ainda analisar o constitucionalismo sob uma perspectiva histórica, definido como as “instituições e os princípios adotados pela maioria dos Estados a partir dos fins do século XVIII, através de um governo constitucional, em oposição ao que denomina de absoluto”⁷⁰. Em essência, significa limitação do poder e supremacia da lei⁷¹.

É possível identificar três características no constitucionalismo que permeiam suas distintas acepções: um aspecto jurídico, por se tratar de um sistema dotado de um corpo normativo máximo; outro aspecto sociológico, presente nos anseios sociais de limitação do poder dos governantes e, por fim, um ideológico, decorrente dessa limitação de poder que gera garantias aos indivíduos⁷².

⁶⁸ BOBBIO, Norberto, MATTEUCCI, Nicola & PASQUINO, Gianfranco. *Dicionário de Política*, 2ª edição. Brasília: Universidade de Brasília, 1986, p. 247-8.

⁶⁹ CANOTILHO. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, 7ª edição. Coimbra: Edições Almedina, 2010, p. 51.

⁷⁰ BARACHO, José Alfredo de Oliveira. “Teoria Geral do Constitucionalismo”. In: *Revista de Informação Legislativa*. Brasília, ano 23, nº 91, jul/set 1986, p.13.

⁷¹ BARROSO, Luís Roberto. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo*, 5ª edição. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 29.

⁷² TAVARES, André Ramos. *Curso de Direito Constitucional*, 11ª edição. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 20-21.

Didaticamente o constitucionalismo pode ser dividido em antigo e moderno. Historicamente se aponta a *pólis* ateniense como a primeira cidade-estado a limitar o poder político, com a participação dos cidadãos em assuntos públicos. Segue-se Roma, com o ideal constitucionalista de limitação do poder, destacando-se a Lei das Doze Tábuas e a formação de um vasto Império sujeito às suas leis⁷³.

Não obstante, a lei na antiguidade clássica não possuía a mesma conotação que modernamente a ela se atribui. A lei surgiu como parte da religião e dela indissociável. Os códigos antigos das cidades traziam ritos e prescrições litúrgicas, dispunham orações. Tratavam acerca de normas sobre propriedade e sucessão, porém dispersas entre regras sobre sacrifícios e culto aos mortos. Em Roma, era disseminada a ideia de que não pode ser bom pontífice quem não conhece o direito e, da mesma forma, não se pode ser jurisconsulto sem um bom conhecimento da religião⁷⁴. Nesse sentido,

O processo de elaboração das leis antigas surge aqui claramente. Não era um homem que as inventava. Sólon, Licurgo, Minos e Numa puderam traduzir por escrito as leis das suas cidades, mas não as fizeram. **Se entendermos por legislador o homem que foi autor de algum código, pelo poder de seu gênio e o impôs aos outros homens, tal legislador nunca existiu entre os antigos**⁷⁵. (grifo nosso)

Inicialmente as leis se apresentavam como algo antigo, venerável, imutável pelo desejo humano, sagrado. Essas leis advinham de crenças, passadas através de gerações, desenvolvidas no culto aos antepassados e ao lar, dando ensejo a uma tradição que acabou sendo consubstanciada num documento. Às leis era creditada uma origem divina e, assim, o verdadeiro legislador nunca esteve no homem, mas na crença religiosa que nele se manifestava. Desse modo, ainda que de fato o direito antigo limitasse o poder na sociedade, ele não tinha por objetivo conformá-la, mas era, antes, um reflexo da própria conformação social⁷⁶.

⁷³ BARROSO, Luís Roberto. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo*, 5ª edição. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 31.

⁷⁴ COULANGES, Fustel de. *A Cidade Antiga*, 3ª edição. São Paulo: Martins Fontes, 1995, p. 197.

⁷⁵ *Ibidem*, p. 198.

⁷⁶ Fustel de Coulanges (1995: 198) traz exemplos de como o direito antigo se desenvolveu não em busca de justiça a partir da consciência humana, porém conformando as tradições de uma determinada sociedade: “Mas o homem acreditava que o lar era sagrado, em virtude da lei religiosa, devia passar de pai para filho, e desta crença resultou a propriedade hereditária da sua casa. O homem, ao enterrar seu pai no seu campo, julgava que o espírito do morto, tomando posse desse terreno para sempre, reclamava da posteridade culto perpétuo; assim, resultou que o campo se tornasse domínio do morto e lugar dos sacrifícios, propriedade inalienável de certa família. A religião dizia: o filho continua o culto, a filha não; a lei repercutiu com a religião: o filho herda, a filha não”.

No decorrer da idade média, o direito escrito de Roma foi colocado, em grande parte, de lado e o poder dos príncipes bem enfraquecido. A lei foi sendo preterida com a clara sobrepujança do costume⁷⁷. As relações de vassalagem adquiriram uma considerável importância na vida em sociedade, sendo o poder pulverizado e exercido nos diversos feudos, baseado em práticas e costumes tão locais que não se pode falar em uma idade média única, mas em várias idades médias.

Como um ponto fora da curva, ressalta-se, ainda durante a idade média, a Magna Carta de 1215. Esse documento constituiu um marco do constitucionalismo antigo estabelecendo, mesmo que formalmente, a proteção a direitos individuais.

Na idade moderna, há a centralização do poder na mão do príncipe, o que possibilita a formação dos estados nacionais e o desenvolvimento de regimes políticos absolutistas. Assim, na Europa enfatizou-se o princípio da supremacia da lei e do parlamento, contribuindo para o prestígio da constituição como norma vinculante⁷⁸. Porém, o poder absoluto dos reis é justificado por sua origem divina e, mais uma vez, direito e religião permanecem imbricados, ainda que não se confundam, como na antiguidade clássica⁷⁹.

O constitucionalismo moderno, por sua vez, teve seu desencadeamento sobretudo com a Constituição norte-americana de 1787 e com a Revolução Francesa em 1789. Emerge a constituição como um documento escrito estruturante do Estado, bem como se dá ensejo à separação orgânico-funcional dos poderes⁸⁰. Com o constitucionalismo moderno, temos a consagração das normas positivadas para a ordenação sistemática e racional de uma comunidade política mediante um documento escrito.

Cabe destacar, ainda, um importante papel exercido pelo constitucionalismo, que é a compatibilização entre a vontade de uma maioria sem a subversão das regras jurídicas que conformam o exercício dos direitos fundamentais e, de outro lado, a tutela desses direitos sem causar sua cristalização e consequente asfixia da vontade

⁷⁷ LE GOFF, Jacques; SCHMITT, Jean-Claude. *Dicionário Temático do Ocidente Medieval*. Bauru: Edusc, 2006, p. 338-339.

⁷⁸ MENDES, Gilmar Ferreira e BRANCO, Paulo Gustavo Gonet, *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 11ª edição, 2016, p. 44.

⁷⁹ Gilmar Mendes (2016:45) assevera que o monarca governa com o auxílio de magistrados e assembleias, porém a constituição não é mista, sendo dele a última palavra.

⁸⁰ TAVARES, André Ramos. *Curso de Direito Constitucional*, 11ª edição. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 25-26.

popular. Tem-se por objetivo alcançar um ponto ótimo de equilíbrio institucional e desenvolvimento do Estado, sendo essa a medida do sucesso da constituição⁸¹.

Atualmente podemos contextualizar o constitucionalismo no fenômeno mais amplo da globalização. É inegável a magnitude e a integração econômica e cultural dos povos. A intensificação desse processo de globalização após a Segunda Guerra Mundial, com o avanço das telecomunicações e dos transportes, gerou uma série de mudanças que provocou o fortalecimento do direito internacional e o questionamento do conceito tradicional de direito constitucional, dando ensejo ao constitucionalismo globalizado.

Consoante destaca André Ramos Tavares⁸²,

Nessa reconhecida busca por maior integração insere-se uma tentativa de ampliação dos ideais e princípios jurídicos adotados pelo Ocidente, de maneira que todos os povos reconheçam sua universalidade. Assim, a exigência de democracias, no modelo norte-americano, de Estados que garantam e respeitem eles próprios os direitos humanos já consagrados, incluindo a liberdade de religião, bem como outros tantos princípios, foi disseminada como verdadeiro “dogma”, do qual não se pode desviar qualquer país. Ora, em síntese, tem-se uma fase “final” do constitucionalismo, que é justamente a de propagar-se e alcançar todas as nações, unificando os ideais humanos a serem consagrados juridicamente.

J. J. Gomes Canotilho destaca a necessidade de que o constitucionalismo se adapte ao cenário jurídico global atual. As fronteiras entre o direito constitucional e o direito internacional estreitaram-se a tal ponto que atualmente se trata de direito constitucional internacional e direito internacional constitucional⁸³.

O constitucionalismo encontra-se cada vez mais inserido num contexto global, no qual as decisões dos Estados produzem paulatinamente efeitos que ultrapassam seu território e alcançam outros Estados, em virtude das interdependências globais⁸⁴. Um exemplo desse fenômeno é a criação da Constituição Europeia em 2004, documento destinado a servir como lei fundamental para todos os países membros da União Europeia.

⁸¹ BINEBOJM, Gustavo. *A Nova Jurisdição Constitucional Brasileira: Legitimidade democrática e instrumentos de realização*, 4ª edição. Rio de Janeiro: Renovar, 2014, p. 48.

⁸² TAVARES, André Ramos, Curso de Direito Constitucional, 11ª edição. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 32.

⁸³ CANOTILHO, J. J. Gomes. *“Brançosos” e Interconstitucionalidade: itinerários dos discursos sobre a historicidade constitucional*. Almedina: Coimbra, 2008, 2ª edição, p. 191-192.

⁸⁴ *Ibidem*, p. 291.

O constitucionalismo moderno legitimou o aparecimento da constituição moderna⁸⁵. Por constituição moderna, compreende-se a ordenação sistemática e racional do Estado mediante um documento escrito, que estabelece um conjunto de direitos fundamentais e suas garantias, bem como a conformação do poder político de forma moderada e limitada.

Desse modo, a constituição apresenta um papel imprescindível na ordem interna do Estado, bem como ganha cada vez mais destaque na ordem internacional. Consoante o princípio da supremacia da constituição, a Carta Magna é o vértice do ordenamento jurídico e as normas que a compõem possuem uma enorme importância devido à sua supremacia hierárquica, funcionando como parâmetro ao controle de constitucionalidade do ordenamento jurídico.

Cabe indagar, no entanto, se tal paradigma de controle se encerra no texto constitucional ou, caso contrário, se abarca outros elementos e quais seriam.

3.2. O Parâmetro Constitucional

Por parâmetro de controle de constitucionalidade se compreende as regras, princípios, valores e demais elementos que possam ser efetivamente utilizados como paradigma para a aferição da validade jurídica da norma ou ato normativo impugnado, de modo se a verificar a ocorrência de (in)constitucionalidade no caso analisado. Desse modo, o paradigma de controle é sempre relacional.

As normas que compõem a constituição servem de parâmetro para a elaboração dos demais atos normativos e legislativos, que devem estar a ela subordinados. Isso se dá porque a norma retira seu fundamento de validade de uma norma superior, até alcançar-se uma norma mais elevada, designada por Kelsen como norma fundamental (*Grundnorm*)⁸⁶. É a existência dessa norma fundamental que dá ensejo à constituição e à ordem normativa escalonada, possibilitando a aferição da validade das normas jurídicas infraconstitucionais com o texto constitucional que lhes deu origem.

⁸⁵ CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, 7ª edição. Coimbra: Edições Almedina, 2010, p. 52.

⁸⁶ KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 7ª edição, 2006, p. 217.

Cabe ressaltar que nem sempre o paradigma do controle de constitucionalidade será constituído por todas as normas da Carta Magna, formal e materialmente constitucionais. Cita-se, a título de exemplo, três situações distintas.

Primeiramente temos a ADPF, ação constitucional que tem por objeto a arguição acerca do descumprimento de preceito fundamental. É cabível, portanto, diante da ameaça ou efetiva lesão ao preceito fundamental em questão. Não obstante, nem a Constituição e nem a própria Lei nº 9.882/1999, que regulamenta a referida ação, estabeleceram de forma clara o que seria “preceito fundamental”, cabendo à doutrina e jurisprudência delimitar seus contornos⁸⁷. Compreendeu-se que há determinadas normas que inegavelmente constituem tais preceitos, como os fundamentos e objetivos da República, as decisões políticas estruturantes, os direitos fundamentais, as cláusulas pétreas e os princípios constitucionais sensíveis. Trata-se de um catálogo de normas estruturantes do Estado, bem como de direitos e garantias individuais, conformando, portanto, normas materialmente constitucionais. Ademais, cabe ressaltar que não se trata de rol taxativo, porém parâmetros em construção doutrinária e, sobretudo, mediante a função de corte constitucional do STF, no julgamento dos casos que chegam à sua apreciação.

Destarte, não é toda e qualquer norma ou princípio constitucional que servirá de parâmetro para o controle de constitucionalidade diante da análise de uma ADPF. Dentro das normas materialmente constitucionais, apenas as compreendidas como preceitos fundamentais poderiam constituir tal paradigma. É, portanto, um rol muito mais restrito.

O segundo caso que merece destaque é a ação direta interventiva (ADI estadual), prevista no art. 36, III, combinado com o art. 34, VII da CRFB/88. Conforme destaca Luís Roberto Barroso⁸⁸, a ação direta interventiva consiste em mecanismos de excepcional limitação da autonomia do estado para assegurar a observância dos princípios constitucionais sensíveis⁸⁹, previstos no inciso VII do art. 34. Desse modo, apenas a violação, por um estado da federação, a esse rol taxativo de princípios pode

⁸⁷ BARROSO, Luís Roberto. *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência*, 7ª ed., São Paulo: Saraiva, 2016, p. 328.

⁸⁸ *Ibidem*, p. 372.

⁸⁹ São princípios constitucionais sensíveis: a) forma republicana, sistema representativo e regime democrático; b) direitos da pessoa humana; c) autonomia municipal; d) prestação de contas da administração pública, direta e indireta. e) aplicação do mínimo exigido da receita resultante de impostos estaduais, compreendida a proveniente de transferências, na manutenção e desenvolvimento do ensino e nas ações e serviços públicos de saúde.

dar azo à representação do Procurador Geral da República perante o STF, mediante a ADI estadual. Se o paradigma constitucional em uma análise de ADPF já era restrito, na ação direta interventiva a redução é substancial.

Se no primeiro e segundo casos apresentados havia a redução do parâmetro do controle de constitucionalidade, no terceiro temos a sua ampliação, com a criação da teoria do bloco de constitucionalidade.

Dentro dessa perspectiva, Canotilho⁹⁰ destaca duas correntes. A primeira afirma que o parâmetro constitucional equivale às normas formalmente constitucionais, ou seja, qualquer norma do ordenamento jurídico que esteja contida na constituição, independentemente do tema que ela trata ser tipicamente constitucional ou não⁹¹. Podemos acrescentar que no ordenamento jurídico brasileiro, além das presentes no corpo físico da Constituição, a partir da Emenda Constitucional nº 45 de 2004 são normas constitucionais os tratados e convenções internacionais que versam sobre direitos humanos, aprovados na forma do § 3º do art. 5º da CRFB/88, pois equivalem às emendas constitucionais. Tal fato, inclusive, garante maior eficácia à tutela dos direitos humanos, pois tais tratados e convenções internalizados com *status* de emenda constitucional podem servir de parâmetro ao controle de constitucionalidade de nosso ordenamento jurídico interno⁹².

Já a segunda posição defende que o parâmetro para a jurisdição constitucional abarcaria ainda a ordem constitucional global. Nela, incluem-se valores e princípios não escritos, portanto não presentes no texto constitucional, mas integrantes dessa ordem global.

O bloco de constitucionalidade, segundo Canotilho⁹³, consiste nesse parâmetro constitucional para aferição da (in)constitucionalidade de um ato normativo que retira seu fundamento jurídico de validade da constituição. Assim, de acordo com a corrente a ser adotada, poderá tal bloco ser mais reduzido, quando se considera

⁹⁰ CANOTILHO. J.J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7ª edição. Coimbra: Edições Almedina, 2010, p. 919.

⁹¹ Podemos compreender a distinção entre Constituição formal e material a partir da explanação de Gilmar Ferreira Mendes. As normas materialmente constitucionais são as que tratam de temas típicos de uma Constituição – o que tem sido criticado, segundo o autor, pois o critério para definir-se o que é constitucional ou não é influenciado por fatores ideológicos – e, assim, temos que normas estruturantes do Estado, direitos e garantias individuais, por exemplo, são temas eminentemente constitucionais. Já as normas formalmente constitucionais são aquelas que, independentemente do tema tratado, encontram-se no texto da Constituição. Ver MENDES, Gilmar Ferreira. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 64.

⁹² MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. São Paulo: Atlas, 33ª edição, 2017, p. 93.

⁹³ CANOTILHO. J. J. Gomes. op. cit., p. 919-920.

apenas o texto constitucional, ou mais vasto, quando se adota, inclusive, a ordem constitucional global. Esta, ao incluir princípios e valores implícitos nas leis escritas, é consideravelmente mais ampla que apenas as normas expressas no texto constitucional e tem por objetivo promover a máxima eficácia dos direitos e garantias fundamentais previstos na constituição.

Para além do texto positivado na Carta Política, defende Celso Lafer que o “bloco de constitucionalidade constitui um conjunto normativo que contém disposições, princípios e valores que, no caso, em consonância com a Constituição de 1988, são materialmente constitucionais, ainda que estejam fora do texto da Constituição documental”⁹⁴.

É essa segunda posição, mais ampla, a adotada pelo Supremo Tribunal Federal no que se refere ao tema. Decorre, assim, a importância de se compreender com exatidão o significado do bloco de constitucionalidade para essa Corte, visando-se a determinar o paradigma do próprio controle de constitucionalidade exercido em nosso ordenamento jurídico.

3.3. O Bloco de Constitucionalidade e o Supremo Tribunal Federal

A partir dos debates suscitados na função conferida ao Supremo Tribunal Federal de fiscalização normativa abstrata, típica dos tribunais constitucionais, pode-se extrair um significado mais abrangente do conceito de constituição. Tal conceito transcende os preceitos positivados na Carta Política, de modo a também abarcar “valores de caráter suprapositivo, os princípios éticos e o próprio espírito que informam e dão sentido e razão à Lei Fundamental”⁹⁵. Esse conceito mais amplo dá ensejo ao que se compreende como bloco de constitucionalidade, que constitui o paradigma de confronto para o controle de constitucionalidade das leis e atos normativos, imprescindível à tutela constitucional.

A aferição da (in)constitucionalidade de ato normativo refere-se a um conceito relacional⁹⁶, pois pressupõe o exame do ato questionado quanto à sua compatibilidade

⁹⁴ LAFER, Celso. *A Internacionalização dos Direitos Humanos: Constituição, Racismo e Relações Internacionais*. São Paulo, Manole, 2005, p. 17.

⁹⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Medida Cautelar na Ação Declaratória de Constitucionalidade nº 12-GO*. Relator: Ministro Carlos Britto. Julgamento em 16 de fevereiro de 2006, Publicado no DJ em 01/09/2006, p. 101.

⁹⁶ MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional, tomo II: Introdução à Teoria da Constituição*, 2ª ed. Coimbra: Coimbra Editora, 1988, p. 273-274.

vertical com a norma da qual este retira seu fundamento jurídico de validade. Portanto, uma lei ou ato normativo é sempre confrontado em relação a outro, hierarquicamente superior.

Há que se destacar, ainda, que no Brasil o controle de constitucionalidade parte de um duplo vínculo, de ordem jurídica e temporal⁹⁷. Assim, a compatibilidade vertical nas normas inferiores com a Carta Política consagra, na ordem jurídica, o princípio da supremacia da constituição.

O segundo caráter deriva da necessidade de contemporaneidade entre a lei ou ato normativo questionado e o parâmetro constitucional, uma vez que os padrões de confronto necessitam ser coevos. Isso porque o controle de constitucionalidade abstrato é objetivo, o julgamento se dá em face do ordenamento jurídico em plena vigência, pois o paradigma é atual e não revestido de valor meramente histórico⁹⁸. Dessa relação histórico-temporal temos o estabelecimento do parâmetro de controle de constitucionalidade. O STF irá verificar a compatibilidade do ato normativo questionado em face do paradigma constitucional, seja ele a Constituição ou a ordem constitucional global, bem como a atualidade da vigência do parâmetro de controle adotado.

Dentro dessa perspectiva, é imprescindível verificar-se qual o parâmetro que tem sido adotado pelo Supremo Tribunal Federal, de modo a compreendermos o significado e a abrangência do bloco de constitucionalidade em nosso ordenamento jurídico, tal qual praticado pelo Tribunal Constitucional.

3.3.1. Emendas constitucionais

Esse é o elemento mais pacífico do bloco de constitucionalidade brasileiro. A Carta Constitucional previu em seu texto o poder constituinte derivado que, através das emendas, atualiza e adequa a Constituição às necessidades e mudanças sociais. As emendas constitucionais devem passar por um processo legislativo mais dificultoso, conforme estipulado no art. 60 da Carta Magna, o que pressupõe a rigidez constitucional. Assim, a alteração em seu texto requer aprovação das duas casas do

⁹⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ação Declaratória de Inconstitucionalidade nº 595-ES*. Relator: Ministro Celso de Mello. Decisão Monocrática em 18 de fev de 2002. Publicação DJ em 26/02/2002.

⁹⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Agravo Regimental na Ação Direta de Inconstitucionalidade 2.971-RO*. Relator Ministro Celso de Mello. Julgamento em 06 de novembro de 2014. Publicado no DJe nº 030 em 13/02/2015, p. 8.

Congresso Nacional, em dois turnos, com quórum especial de três quintos dos membros de cada casa.

A reforma constitucional apresenta uma característica dúplice, na medida em que tanto podem sofrer controle de constitucionalidade, uma vez que apenas as normas originárias da Constituição apresentam presunção absoluta de constitucionalidade, como podem servir de parâmetro ao controle constitucional, caso não sejam eivadas de qualquer vício⁹⁹. Essas emendas podem alterar diretamente a Constituição, incorporando-se ao seu texto ou, ainda, trazer disposições autônomas, que constam somente do conteúdo da emenda. Quando a reforma se limita a modificar o corpo textual da Constituição, não há que se falar em bloco de constitucionalidade, pois a mudança se incorpora nas normas positivadas da própria Carta Política.

Todavia, se o conteúdo da emenda dispõe sobre outras matérias como limitações, esclarecimentos ou normas de transição que não são incorporados ao texto constitucional, então tais disposições se mantêm à parte da Carta Magna ou do ADCT que a segue, porém ainda atuarão como paradigma à jurisdição constitucional. Passarão, assim, a integrar o bloco de constitucionalidade.

O Supremo Tribunal Federal reconheceu a aplicação dessas disposições autônomas das emendas constitucionais, que não se incorporam ao texto da Constituição, como parâmetro de validade de normas infraconstitucionais. Nesse sentido, temos a decisão monocrática do Ministro Sepúlveda Pertence no Agravo de Instrumento de decisão que negou seguimento a recurso extraordinário. No caso em questão, a EC nº 32/2001 trouxe diversas disposições, dentre elas a vedação de medidas provisórias sobre processo civil.

Segundo o referido Ministro¹⁰⁰:

Alega o RE violação do art. 62, § 1º, "b", na redação da EC 32 de 11.09.2001: aduz que o referido dispositivo constitucional teria revogado a Medida Provisória ora em discussão, uma vez que vedou a edição de medidas provisórias sobre matéria processual civil.

Decido.

É inviável o RE.

O fundamento do agravante é de total impertinência, uma vez que não tem sentido afirmar que a EC 32/01 teria revogado a MP 2.102-27/2001, **se o art. 2º da referida emenda resguardou a vigência das medidas provisórias anteriormente editadas.**

Nego provimento ao agravo. (grifo nosso)

⁹⁹ SARLET, Ingo Wolfgang; MARIONI, Luiz Guilherme e MITIDIERO, Daniel. *Curso de Direito Constitucional*, 6ª edição. São Paulo: Saraiva, 2017, p 120.

¹⁰⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Agravo de Instrumento nº 534307-SP*. Relator Min. Sepúlveda Pertence, Julgamento em 06 de abril de 2006, Publicado no DJU de 27/04/2006, p. 61.

Ainda que a alteração promovida pela EC 32/01 tenha vedado a edição de medidas provisórias que versem sobre processo civil, a própria emenda previu em seu art. 2º que as medidas provisórias anteriores à sua publicação continuariam em vigor até que outra MP as revogasse explicitamente ou mediante deliberação definitiva do Congresso Nacional. E tal previsão autônoma presente no corpo da emenda é válida e aplicável às leis infraconstitucionais, de modo a integrar a noção mais alargada de constituição, ou seja, o bloco de constitucionalidade.

Poder-se-ia argumentar que, conforme expressa previsão de reforma da Carta Magna pelo poder constituinte originário, as emendas constitucionais necessariamente teriam esse *status* e, assim, ainda que as suas disposições não integrem o texto positivado da Constituição, representam sua extensão. De fato, não há muito questionamento acerca desse seu *status*. Passa-se, então, à análise dos demais integrantes do bloco de constitucionalidade brasileiro.

3.3.2. Princípios expressos e implícitos

Além dos princípios expressos na Constituição, temos os implícitos, que embora não estejam literalmente consignados no texto constitucional, são dele dedutíveis. Cabe ressaltar que não é qualquer princípio que pode ser incluído nesse rol¹⁰¹, mas apenas os que revelam ou aprofundam princípios explícitos na Constituição, incluindo-se, assim, no âmbito normativo-constitucional.

A constituição em sentido formal, ou seja, o texto positivado das normas formalmente constitucionais, traz a previsão de diversos princípios, garantias e direitos fundamentais. No entanto, essas disposições são densificadas e regulamentadas por normas infraconstitucionais, tratados internacionais e até mesmo pela jurisprudência dos tribunais, notadamente do Supremo Tribunal Federal, que é o intérprete último em matéria constitucional.

Destarte, surgem novos princípios que têm estreita ligação com a Constituição, realizam outros princípios nela explícitos, bem como valores constitucionais, mas que não estão expressamente dispostos no texto constitucional.

¹⁰¹ CANOTILHO. J. J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, 7ª edição. Coimbra: Edições Almedina, 2010, p. 920.

São esses os princípios implícitos abarcados pelo bloco de constitucionalidade e importante paradigma à jurisdição constitucional.

Ressalta-se, ainda, que José Afonso da Silva classifica os princípios fundamentais em três grupos distintos: os direitos individuais expressos, que constam do corpo normativo da Carta Política, mais especificamente no art. 5º; os direitos individuais implícitos, que podem ser depreendidos das regras de garantias individuais e, por fim, os direitos individuais derivados do regime adotado e tratados internacionais subscritos pelo Brasil, que não são expressos ou implícitos no texto constitucional, porém decorrem do regime político, como o direito de resistência.

O Supremo Tribunal Federal reconhece os princípios implícitos como parâmetro do controle de constitucionalidade e integrantes do bloco de constitucionalidade. O Tribunal Constitucional, ao se debruçar sobre o princípio da moralidade administrativa, alegou que

(..) os princípios podem estar ou não explicitados em normas. Normalmente, sequer constam do texto regrado. Defluem no todo do ordenamento jurídico. Encontram-se ínsitos, implícitos no sistema, permeando as diversas normas regradoras de determinada matéria¹⁰².

Desse modo, pluraliza-se a noção de (in)constitucionalidade através de formulações teóricas e visões jurídicas e ideológicas distintas, que influenciam no parâmetro e podem tanto elastecer quanto restringir o controle de constitucionalidade. Segundo Celso de Mello, a delimitação conceitual do parâmetro de confronto é que será capaz de determinar a própria noção do que é constitucional ou não, tendo-se em conta a eficácia subordinante dos elementos referenciais que constituem o bloco de constitucionalidade.

Um interessante princípio implícito reconhecido pelo Supremo Tribunal Federal é o princípio constitucional da busca da felicidade¹⁰³, que se consubstancia como aprofundamento do princípio explícito da dignidade da pessoa humana,

¹⁰² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Recurso Extraordinário nº 160.381-SP*. Relator: Ministro Marco Aurélio. Brasília, 29 de março de 1994, p. 492.

¹⁰³ Precedentes do STF: RE 898.060/SC, Rel. Min. Luiz Fux. DJe de 24/08/2017; ADC 41-DF. Rel. Min. Roberto Barroso, DJe de 17/08/2017; RE 477.554-AgRg, Rel. Min. Celso de Mello, DJe de 26/08/2011; ADPF 132, Rel. Min Ayres Britto, DJe de 14/10/2011.

fundamento da República e previsto no art. 1º, III, da Constituição¹⁰⁴, bem como do posicionamento do indivíduo no centro do ordenamento jurídico-político.

No Recurso Especial nº 898.060-SC, que trata do conflito entre paternidades socioafetiva e biológica, é destacado o princípio constitucional da busca da felicidade para a elaboração da tese jurídica de que a paternidade socioafetiva não impede o reconhecimento do vínculo de filiação baseado na origem biológica. O Ministro Luiz Fux¹⁰⁵ assevera que o indivíduo não pode ser reduzido a instrumento da consecução da vontade dos seus governantes. O princípio da busca da felicidade, portanto, o protege de autoritarismo do Estado que objetiva conformar a realidade individual a modelos pré-concebidos em lei. Deriva diretamente, portanto, do sobreprincípio constitucional explícito da dignidade da pessoa humana.

O mesmo princípio implícito foi utilizado no julgamento da ADC 41/DF, sobre as ações afirmativas e a constitucionalidade da Lei nº 12.990/2014, que prevê a reserva de vagas em concursos públicos para pessoas negras. O Ministro Celso de Mello enfatiza que o direito à busca da felicidade consubstancia um dos mais significativos postulados constitucionais implícitos¹⁰⁶:

Nesse contexto, o postulado constitucional da busca da felicidade, que decorre, por implicitude, do núcleo de que se irradia o princípio da dignidade da pessoa humana, assume papel de extremo relevo no processo de afirmação, gozo e expansão dos direitos fundamentais, qualificando-se, em função de sua própria teleologia, como fator de neutralização de práticas ou de omissões lesivas cuja ocorrência possa comprometer, afetar ou, até mesmo, esterilizar direitos e franquias individuais¹⁰⁷.

O mesmo princípio implícito foi utilizado no julgamento do Agravo Regimental no Recurso Extraordinário nº 477.554/MG, que tratou da constitucionalidade da união civil entre pessoas do mesmo sexo. O Ministro Celso de Mello destacou o tratamento excludente que tem marginalizado grupos minoritários e que, em última instância, inviabilizava a própria instauração e consolidação de um ordenamento justo e

¹⁰⁴ “Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: [...] III – a dignidade da pessoa humana”.

¹⁰⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Recurso Extraordinário nº 898.06-SC*. Relator: Ministro Luiz Fux. Julgamento em 21 de setembro de 2016, Publicado no DJe nº 187 em 24/08/2017, p. 2-3.

¹⁰⁶ BRASIL. Supremo. *Ação Declaratória de Constitucionalidade nº 41-DF*. Relator: Min. Roberto Barroso. Julgamento em 08 de junho de 2017. Publicação DJe nº 180 em 17/08/2017, p. 154.

¹⁰⁷ *Ibidem*, p. 155.

democrático¹⁰⁸. Opondo-se a isso está a busca da felicidade do indivíduo e, no caso em comento, a proteção do próprio afeto.

Trata-se, portanto, de um princípio constitucional implícito fundamental, decorrente do macroprincípio da dignidade da pessoa humana e que é muito utilizado pelo STF como forma de se assegurar a igualdade material, o respeito à liberdade pessoal e à autonomia, rompendo com barreiras que inviabilizavam a plena realização do indivíduo.

Desse modo, há normas constitucionais implícitas decorrentes de princípios explícitos positivados na Carta Política, que servem de paradigma ao controle de constitucionalidade, permitindo-se declarar a (in)constitucionalidade de ato normativo infraconstitucional que se coaduna ou não com tais princípios. Está-se diante do bloco de constitucionalidade em sentido amplo, em consonância com a ordem global e de modo a permitir a máxima eficácia das normas, valores e preceitos constitucionais.

3.3.3. Tratados internacionais sobre direitos humanos

O §2º do art. 5º da CRFB/88 já previa que os direitos e garantias estabelecidos no texto constitucional não excluiriam a incidência de outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, bem como dos tratados internacionais em que o Brasil fosse parte. Desse modo, integrar-se-ia à ordem constitucional os direitos fundamentais previstos nesses documentos.

Não obstante, houve resistência em se assimilar internamente os efeitos dos direitos humanos internacionais, criando-se um descompasso entre os compromissos internacionais assumidos pelo Brasil e a sua postura quanto à internalização destes. Tal fato foi acompanhado por grande divergência doutrinária entre os que defendiam que tais tratados internacionais sobre direitos humanos integrariam a Constituição e os que asseveravam, a exemplo do STF, que tais documentos possuíam o *status* da legislação infraconstitucional ordinária¹⁰⁹.

A Emenda Constitucional nº 45 de 08 de dezembro de 2004, publicada em 31 de dezembro do referido ano, pôs fim a esse debate. Uma das alterações trazidas

¹⁰⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Agravo Regimental no Recurso Extraordinário nº 477.554/MG*. Relator Ministro Celso de Mello. Julgamento em 16 de agosto de 2011, Publicação DJe nº 164 em 26/08/2011, p. 11.

¹⁰⁹ RAMOS, André Tavares. *Curso de Direito Constitucional*, 11ª edição. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 409.

pela emenda se refere ao acréscimo do §3º ao art. 5º, prevendo a constitucionalização dos tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos, contanto que aprovados pelo *quórum* qualificado das emendas constitucionais, ou seja, aprovação por 3/5 dos membros de cada casa do Congresso, em dois turnos de votação. Respeitado esse rito especial, a convenção ou tratado internacional passa a integrar a Constituição da mesma forma que as emendas constitucionais.

3.3.3.1. Tratados internacionais anteriores à EC nº 45/2004

Em relação aos tratados sobre direitos humanos anteriores à referida Emenda, travou-se um importante debate no STF sobre qual o tratamento a ser-lhes dispensado. No HC 466.343/SP, discutia-se a constitucionalidade da prisão do depositário infiel, prevista no art. 5º, LXVII da CRFB/88, bem como no art. 652 do Código Civil de 2002, porém vedada no art. 7º (nº 7) do Pacto San José da Costa Rica¹¹⁰, do qual o Brasil já era signatário desde 1992.

Desse modo, a questão versava sobre um tratado internacional sobre direitos humanos, internalizado no direito pátrio antes da EC nº 45/2004, portanto sem ser aprovado pelo rito especial das emendas constitucionais, e cuja disposição acerca da possibilidade de prisão civil contrariava o disposto na própria Carta Magna.

Pode-se destacar dois posicionamentos exarados pelos Ministros do STF nesse julgamento. O primeiro representado pelo voto do Min. Gilmar Mendes, que encampou a tese da supralegalidade dos tratados sobre direitos humanos anteriores à EC nº 45/2004. Segundo o Ministro, a referida emenda teria esvaziado a possibilidade da recepção com qualidade de norma constitucional desses documentos, uma vez que previu um rito especial e mais dificultoso para tanto. Não obstante, teria ficado patente o destaque atribuído pelo legislador aos tratados sobre o tema, conferindo-lhe tratamento privilegiado no ordenamento jurídico.

Assim, o acréscimo do §3º ao art. 5º da CRFB/88 teria acenado à insuficiência da tese de mera legalidade ordinária desses tratados e convenções internacionais já ratificados pelo Brasil, o que até então pautava o posicionamento da Corte

¹¹⁰ "Ninguém deve ser detido por dívidas. Este princípio não limita os mandados de autoridade judiciária competente expedidos em virtude de inadimplemento de obrigação alimentar."

Constitucional¹¹¹. Se a Corte até então encampava a tese da equivalência desses tratados internacionais às leis ordinárias¹¹², alega o referido Ministro que não se pode ignorar que o Estado constitucional está cada vez mais receptivo às ordens jurídicas supranacionais e, desse modo, a jurisprudência clássica do STF teria se tornado completamente defasada¹¹³.

Tal linha de pensamento foi igualmente defendida pelo Ministro Menezes Direito que, juntamente com Gilmar Mendes, apontou algumas questões pertinentes caso se aceitasse que os tratados sobre direitos humanos anteriores à EC nº 45/2004 tivessem status de norma constitucional e integrassem o chamado bloco de constitucionalidade. Destacam a dificuldade de se controlar a constitucionalidade dessas normas internacionais caso integrassem o bloco de constitucionalidade, uma vez que no Brasil se adota o sistema regido pelo princípio da supremacia formal e material da Constituição sobre o ordenamento jurídico¹¹⁴. Ademais, essa impossibilidade do controle de constitucionalidade dos tratados internacionais sobre direitos humanos internalizados antes da EC nº 45/2004 poderia causar grave insegurança jurídica.

Por sua vez, o Ministro Cezar Peluso, relator do HC nº 466.343/SP, tece um brilhante voto no qual destaca que os direitos humanos já não são propriedade de determinados países, porém valores fundantes de interesse de toda a humanidade. Assim, a temática acerca de direitos humanos tem primazia na Constituição e é sempre materialmente constitucional, independentemente desses direitos estarem contidos no texto constitucional ou em normas internacionais¹¹⁵.

Defende, assim, que a Corte vá descobrindo e revelando os direitos humanos previstos nos tratados internacionais sobre o tema. Tais normas internacionais, assim, comporiam o bloco de constitucionalidade, conceituado como um conjunto normativo que congrega disposições, princípios e valores materialmente constitucionais, ainda que estejam fora do corpo positivado da Constituição. O bloco de constitucionalidade,

¹¹¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Recurso Extraordinário nº 466343/SP*. Relator: Ministro Cezar Peluso. Julgamento em 03 de dezembro de 2008. Publicado DJe nº 104 em 05/06/2009, p. 190.

¹¹² Ver RE nº 206.482-3/SP, Rel. Min. Mauricio Corrêa, julgado em 27.5.1998, DJ 5.9.2003; HC nº 81.319-4/GO, Rel. Min. Celso de Mello, julgado em 24.4.2002, DJ 19. 8. 2005.

¹¹³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Recurso Extraordinário nº 466343/SP*. Relator: Ministro Cezar Peluso. Julgamento em 03 de dezembro de 2008. Publicado DJe nº 104 em 05/06/2009, p. 42.

¹¹⁴ Ibidem, p.197.

¹¹⁵ Ibidem, p. 200

nesse viés, é o somatório do que se adiciona ao texto positivado da Carta Política, em função dos valores e princípios que ela consagra¹¹⁶.

Desse modo, para o Min. Cezar Peluso, os tratados e convenções internacionais que versam sobre direitos humanos, dos quais o Brasil é signatário, sempre integram o bloco de constitucionalidade e constituem paradigma ao controle de constitucionalidade. A única diferença estabelecida a partir da edição da EC nº 45/2004, é que os tratados anteriores a ela são recebidos como materialmente constitucionais, enquanto os posteriores à referida emenda e aprovados sob o crivo do art. 5º, §3º da CRFB/88, são material e formalmente constitucionais.

Merece menção o posicionamento de alguns doutrinadores¹¹⁷, encampado pelo voto do Min. Cezar Peluso, de que por força do §2º do art. 5º, todos os tratados sobre direitos humanos, independentemente do quórum de sua aprovação, são materialmente constitucionais e compõem o bloco de constitucionalidade.

Conforme destaca Flávia Piovesan¹¹⁸

O *quórum* qualificado está tão-somente a reforçar tal natureza, ao adicionar um lastro formalmente constitucional aos tratados ratificados, propiciando a “constitucionalização formal” dos tratados de direitos humanos no âmbito jurídico interno. Como já defendido por este trabalho, na hermenêutica emancipatória dos direitos há que imperar uma lógica material e não formal, orientada por valores, a celebrar o valor fundante da prevalência da dignidade humana. À hierarquia de valores deve corresponder uma hierarquia de normas, e não o oposto. Vale dizer, a preponderância material de um bem jurídico, como é o caso de um direito fundamental, deve condicionar a forma no pano jurídico-normativo, e não ser condicionado por ela.

Segundo a autora, portanto, deve haver um primado da substância sobre a forma, visando a constituir-se uma hermenêutica adequada a ser aplicada aos direitos humanos, calcada em uma lógica e racionalidade material.

Ademais, consoante a teoria geral de recepção do direito brasileiro, as normas anteriores à emenda constitucional apenas sofrem verificação quanto à sua compatibilidade material com o novo texto constitucional. Não se trata de um juízo de

¹¹⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Recurso Extraordinário nº 466343/SP*. Relator: Ministro Cezar Peluso. Julgamento em 03 de dezembro de 2008. Publicado DJe nº 104 em 05/06/2009, p. 131.

¹¹⁷ Nesse sentido, ver PIOVESAN, Flávia. *Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional*, 9ª edição. Saraiva: 2008, p. 71-74 e TAVARES, André Ramos. *Reforma do Judiciário no Brasil pós-88: (Des)estruturando a Justiça*. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 47-48.

¹¹⁸ PIOVESAN, Flávia. *Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional*, 9ª edição. Saraiva: 2008, p. 72.

controle de constitucionalidade, porém de recepção ou não dessas normas pela alteração do parâmetro constitucional.

Desse modo, não há necessidade de compatibilidade formal dessas normas que, no caso, seria a adequação ao crivo do §3º do art. 5º da Constituição. Assim, os tratados sobre direitos humanos anteriores à EC nº 45/2004, materialmente compatíveis com a Carta Política, passariam automaticamente ao *status* de norma constitucional.

Esse não foi o posicionamento dominante na Corte ao término do julgamento. O Min. Gilmar Mendes reconheceu que os tratados sobre direitos humanos têm significado ímpar, mas sua condição de validade repousa na própria Constituição e que o bloco de constitucionalidade não é prejudicado pelo não reconhecimento expresso da hierarquia constitucional desses tratados que não passaram pelo crivo do §3º do art. 5º da CRFB/88¹¹⁹. Tal entendimento foi vencedor, de modo a se reconhecer o *status* de supralegalidade dos tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos anteriores à EC nº 45/2004, com tais tratados pairando acima da legislação ordinária, porém abaixo das normas constitucionais, sem com elas se confundirem.

Não obstante, a defesa dos tratados internacionais sobre direitos humanos como instrumentos normativos materialmente constitucionais e, assim, integrantes do bloco de constitucionalidade, ainda está em pauta no STF. Dentro dessa perspectiva, podemos destacar a posição adotada pelo Ministro Celso de Mello no recente julgamento da já citada ADC 41/DF, que trata da reserva de vagas em concursos públicos para pessoas negras.

O referido Ministro defendeu a materialidade constitucional de tais tratados internacionais, como a Convenção Internacional sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial, promulgada pelo Decreto nº 65.810/69 e aplicável ao caso em discussão¹²⁰. Ademais, destacou que o bloco de constitucionalidade é de suma importância, pois amplia o núcleo mínimo de direitos fundamentais, uma vez que as regras e cláusulas acerca desses direitos, sejam elas internas ou internacionais, possuem “interconexão normativa que se estabelece entre tais ordens

¹¹⁹ BRASIL. Supremo. *Recurso Extraordinário nº 466.343-1-SP*. Relator Ministro Cezar Peluso. Julgamento em 03 de dezembro de 2008. Publicação DJe nº 104 em 05/06/2009, p. 203.

¹²⁰ BRASIL. Supremo. *Ação Declaratória de Constitucionalidade nº 41-DF*. Relator: Min. Roberto Barroso. Julgamento em 08 de junho de 2017. Publicação DJe nº 180 em 17/08/2017, p. 145.

jurídicas – elementos de proteção vocacionados a reforçar a imperatividade do direito constitucionalmente garantido”¹²¹.

Nesse sentido, destaca-se que o controle de constitucionalidade se sujeita a dois pressupostos: o da supremacia da constituição – e necessita, portanto, estar em consonância com ela –, e o de que as pautas estipuladas na Carta Política somente podem ser densificadas por outras fontes normativas de diversa hierarquia, inclusive normas internacionais¹²².

Assim, os princípios, garantias e direitos fundamentais positivados no texto constitucional são aprofundados, ampliados e regulamentados por outras normas que não a própria Constituição. Aí se incluiria os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos, normas de caráter materialmente constitucional e integrantes do bloco de constitucionalidade¹²³.

3.3.3.2. Tratados posteriores à EC nº 45/2004

Após a EC nº 45/2004 e o acréscimo do §3º ao art. 5º da CRFB/88, os tratados e convenções internacionais que versarem sobre direitos humanos e que sejam aprovados com o mesmo rito de aprovação das emendas constitucionais passam a integrar a Constituição, tal qual as emendas, bem como o bloco de constitucionalidade para fins de controle de leis e atos normativos.

O Congresso Nacional já se utilizou de tal dispositivo ao editar, com *status* de emenda constitucional, o Decreto Legislativo nº186/2008 que versa acerca da Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e de seu Protocolo Facultativo, subscritos pelo Brasil em Nova Iorque, em 30 de março de 2007. Tal decreto passou a integrar o bloco de constitucionalidade, porém como norma material e formalmente constitucional.

¹²¹ BRASIL. Supremo. *Ação Declaratória de Constitucionalidade nº 41/DF*. Relator: Min. Roberto Barroso. Julgamento em 08 de junho de 2017. Publicação DJe nº 180 em 17/08/2017, p. 152.

¹²² SUELT-COCK, Vanessa. “El bloque de constitucionalidade como mecanismo de interpretación constitucional. Aproximación a los contenidos del bloque en derechos em Colombia”. In: *Vniversitas*, núm. 133, jul-dez 2016, p. 308. Disponível em: <http://www.redalyc.org/pdf/825/82548473009.pdf>. Acesso em 03 de outubro de 2017.

¹²³ Cf. ANTÔNIO AUGUSTO CANÇADO TRINDADE (“Tratado de Direito Internacional dos Direitos Humanos”, vol. I/513, item n. 13, 2ª ed., 2003, Fabris), FLÁVIA PIOVESAN (“Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional”, p. 51/77, 7ª ed., 2006, Saraiva), CELSO LAFER (“A Internacionalização dos Direitos Humanos: Constituição, Racismo e Relações Internacionais”, p. 16/18, 2005, Manole) e VALERIO DE OLIVEIRA MAZZUOLI (“Curso de Direito Internacional Público”, p. 682/702, item n. 8, 2ª ed., 2007, RT).

Mais recentemente o Brasil celebrou, em 2013, o Tratado de Marraqueche para Facilitar Acesso a Obras Publicadas para Pessoas Cegas, visando a possibilitar que pessoas com deficiência visual pudessem ter acesso ao conteúdo de livros impressos, ou seja, caso de um tratado internacional que versa sobre direitos humanos. Posteriormente aprovado em pelo Congresso Nacional na forma do §3º do art. 5º da Constituição Federal, o tratado foi igualmente internalizado no ordenamento pátrio como emenda constitucional, mediante o Decreto Legislativo nº 261 de 25 de novembro de 2015¹²⁴. Destarte, esse foi o terceiro documento internacional sobre direitos humanos aprovado com hierarquia de emenda constitucional, portanto material e formalmente constitucional, integrando o bloco de constitucionalidade ao lado da Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e de seu Protocolo Facultativo.

3.3.4. Valores e espírito da Constituição

Além das emendas constitucionais, tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos, princípios implícitos e decorrentes da Carta Magna, o bloco de constitucionalidade tal qual aplicado pelo STF é composto, ainda, dos valores e espírito da Constituição. Nessa perspectiva, destaca-se o julgamento da Medida Cautelar na Ação Declaratória de Constitucionalidade nº 12/GO, sobre a constitucionalidade da Resolução nº 07/2005 do CNJ que vedava o nepotismo, diante das alegações de sua suposta inconstitucionalidade por atentar contra a liberdade de nomeação e exoneração dos cargos em comissão e funções de confiança, previstos nos incisos II e V do art. 37 da CRFB/88.

No julgamento, o Ministro Celso de Mello deu ênfase ao princípio da moralidade enquanto valor constitucional de caráter ético-jurídico, que condiciona a legitimidade e validade dos atos do Estado¹²⁵. Assim, tal postulado fundamental confere substância e conforma uma pauta de valores éticos que, por sua vez, fundam o nosso ordenamento. Tais valores devem pautar o comportamento dos agentes e órgãos públicos, pois

¹²⁴ Ver <https://www.senado.gov.br/atividade/const/con1988/TratadoMarraqueche.asp>. Acesso em 06 de outubro de 2017.

¹²⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Medida Cautelar na Ação Declaratória de Constitucionalidade nº 12/GO*. Relator: Ministro Carlos Britto. Julgamento em 16 de fevereiro de 2006, Publicado no DJ em 01/09/2006, p. 30.

A prática do nepotismo tal como corretamente repelida pela Resolução CNJ nº 07/2005, traduz a própria antítese da pauta de valores cujo substrato constitucional repousa no postulado da moralidade administrativa, que não tolera – porque incompatível com o espírito republicano e com a essência da ordem democrática – o exercício do poder *pro domo* sua.

A Corte constrói, então, um sentido mais abrangente de parâmetro constitucional, reconhecendo igualmente relevantes, em face de sua transcendência, os valores de caráter suprapositivo, princípios éticos e o próprio espírito da Constituição, que orientam e conformam a Carta Política. O posicionamento da Corte Constitucional é o de distanciamento das exigências inerentes ao positivismo jurídico, de modo que a Constituição seja compreendida e interpretada não apenas a partir das normas positivadas, porém também em função de seus valores e do espírito que a anima¹²⁶.

Outro importante julgado do STF a ser destacado é a Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) nº 2.649-6/DF. A Associação Brasileira das Empresas de Transporte Rodoviário Intermunicipal, Interestadual e Internacional de Passageiros (ABRATI) ajuizou a ação contra a Lei 8.899/94, que conferia passe livre no sistema de transporte coletivo interestadual às pessoas com deficiência, alegando que isso configuraria intervenção inconstitucional no domínio privado das empresas de transportes, restringindo sua plena capacidade de frota com o acesso livre de pessoas com deficiência sem contraprestação estatal, o que configuraria o caráter confiscatório da medida.

No julgamento, a relatora Ministra Cármen Lúcia destacou as desvantagens sofridas pelas pessoas com deficiência, bem como a necessidade da busca de igualdade de oportunidades e humanização das relações sociais, acolhidas no sistema constitucional e, com vistas à efetivação dessa tutela, o legislador criou a lei questionada¹²⁷.

Destarte, a relatora assevera que os valores que norteiam a Constituição devem servir de orientação para a interpretação constitucional, bem como para a apreciação da subsunção ou não da Lei 8.899/94 às normas constitucionais. Indo

¹²⁶ RTJ 71/289, 292 – RTJ 77/657.

¹²⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2.649-6-DF*. Relatora Ministra Cármen Lúcia. Julgamento em 8 de maio de 2008. Publicação no DJe nº 197 em 17/10/2008, p. 13.

além, a Ministra destaca o próprio preâmbulo da Constituição Federal, que reconhecidamente não é norma de caráter constitucional¹²⁸, alegando que

Vale, assim, uma palavra, ainda que e brevíssima, ao Preâmbulo da Constituição, no qual se contém a explicação dos valores que dominam a obra constitucional de 1988. Ali se esclarece que os trabalhos constituintes se desenvolveram “para instituir um Estado democrático. Destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos...”. Na esteira destes valores supremos explicitados no Preâmbulo da Constituição brasileira de 1988 é que se afirma, nas normas constitucionais vigentes, o princípio jurídico da solidariedade.¹²⁹

Desse modo, ainda que a Corte tenha reconhecido que o preâmbulo da Carta Magna não é norma de caráter constitucional, os seus valores informam e alicerçam o sistema constitucional e foram utilizados, assim, como um dos fundamentos para a declaração da constitucionalidade da Lei 8.899/94, com a improcedência da ADI 2.649-6/DF.

Ainda que o preâmbulo da Constituição não seja norma constitucional, os seus valores são materialmente constitucionais, transcendendo a norma que lhe contém e integrando o bloco de constitucionalidade. Assim, podem – e foram – utilizados como paradigma ao controle de constitucionalidade de leis e atos normativos.

3.3.5. Súmulas vinculantes

Se a EC nº 45/2004 restringiu o bloco de constitucionalidade brasileiro, determinando aos tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos a aprovação sob o crivo do §3º do art. 5º da CRFB/88, ao mesmo tempo promoveu a ampliação do bloco, com a inclusão do art. 103-A, que prevê:

O Supremo Tribunal Federal poderá, de ofício ou por provocação, mediante decisão de dois terços dos seus membros, após reiteradas decisões sobre matéria constitucional, aprovar súmula que, a partir de sua publicação na imprensa oficial, terá efeito vinculante em relação

¹²⁸ No julgamento, defendeu o relator que o preâmbulo se insere no campo da política, não no do direito. É despidido, assim, de qualquer relevância jurídica e não consiste em norma constitucional. A decisão foi unânime. Ver BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2.076/AC*, Rel. Ministro Carlos Velloso. Julgamento em 15 de agosto de 2002. Publicação no DJ de 8/8/2003, p. 9.

¹²⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2.649-6/DF*. Relatora Ministra Cármen Lúcia. Julgamento em 8 de maio de 2008. Publicação no DJe nº 197 em 17/10/2008, p. 12.

aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal, bem como proceder à sua revisão ou cancelamento, na forma estabelecida em lei.

Conforme o texto constitucional, foi conferido ao STF o poder de determinar à Administração Pública direta e indireta, bem como aos demais órgãos do poder judiciário, a observância estrita à jurisprudência da Corte em matéria constitucional, editada na forma de súmula vinculante. O instituto foi regulamentado pela Lei nº 11.417/2006. Assim, quando houver controvérsia nos tribunais e Administração Pública sobre as normas constitucionais, sua interpretação e validade, que seja capaz de causar grave insegurança jurídica, pode o STF editar a súmula.

Como destaca Luís Roberto Barroso¹³⁰, a súmula vinculante se coaduna com a tendência da valorização da jurisprudência no Direito contemporâneo. Isso se dá pelo considerável aumento do número de processos e da litigiosidade, dando ensejo a demandas sobre o mesmo objeto e gerando, assim, controvérsia jurídica sobre determinados temas. Surgiu a necessidade de racionalização do processo decisório de modo a gerar uma maior segurança jurídica e celeridade processual, o que se procurou obter com a edição da súmula vinculante.

Os precedentes judiciais têm ganhado importância na medida em que se reconhece que a interpretação jurídica não se limita à uma atividade mecânica de revelação do conteúdo da norma, porém atribui-se sentido a atos normativos abertos, a termos polissêmicos, a conceitos jurídicos indeterminados ou princípios gerais¹³¹. Isso demanda do intérprete um papel diferenciado de coparticipação na criação do Direito.

Tal tendência vem sendo incorporada no ordenamento jurídico pátrio e pode ser exemplificada não apenas na previsão de súmulas vinculantes na Constituição, com a EC nº 45/2004, porém mais recentemente com o Código de Processo Civil de 2015 que, visando a valorizar a jurisprudência e os precedentes, conferiu grande destaque às teses firmadas em julgamento de casos repetitivos, aos acórdãos em incidente de assunção de competência, aos de resolução de demandas repetitivas e às súmulas vinculantes¹³².

¹³⁰ BARROSO, Luís Roberto. *O Controle de Constitucionalidade no Direito Brasileiro: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência*, 7ª ed., São Paulo: Saraiva, 2016, p, 105.

¹³¹ Ibidem, p. 106.

¹³² No que se refere às súmulas, o CPC traz algumas previsões que podem ser destacadas: a tutela de evidência pode ser concedida caso as alegações da parte se fundamentem em súmula vinculante (art.

No que tange às súmulas vinculantes, é inegável que compõem o bloco de constitucionalidade pátrio e que possuem força normativa. As decisões do Supremo Tribunal Federal não constituem normas gerais, porém a jurisprudência consolidada e as teses firmadas podem ser cristalizadas em súmulas vinculantes, de força cogente aos órgãos do Poder Judiciário e à Administração Pública, necessitando passar por um processo de revisão ou cancelamento para que não sejam mais aplicadas.

Nesse sentido, destaca-se que o julgador, na análise do caso concreto, pode afastar motivadamente a incidência de uma norma que considere ser inconstitucional, mediante o controle de constitucionalidade difuso. Não poderá o julgador, no entanto, afastar a incidência da súmula vinculante, uma vez que é editada justamente pelo STF, que representa a última instância decisória na jurisdição constitucional. Destarte, ainda que não se confunda com uma norma, a súmula vinculante possui força normativa e pode atuar como parâmetro ao controle da constitucionalidade das leis.

A doutrina não é unânime no que se refere a esse caráter normativo das súmulas. Assim, preleciona Lopes Filho¹³³ que

De fato, vem se aplicando súmulas no Brasil da mesma maneira que se aplicam leis, ignorando que provieram de casos concretos que justificaram sua própria existência. Isso causa uma inquestionável ruptura da separação dos poderes, pois permite a edição de normas vinculantes para situações que sequer foram objeto da atividade jurisdicional. Questões fáticas e jurídica (*sic*) não apreciadas nos julgamentos que a originaram não podem ser consideradas apreciadas pelo respectivo tribunal e, portanto, não podem ser subsumidas à súmula, mesmo que dotada de efeito vinculante.

É forçoso destacar que a própria Carta Política prevê a teoria dos poderes de Estado, com exercício de funções típicas e atípicas por cada um deles. Dessa forma, cada poder possui uma função típica, porém não há exclusividade no exercício dessas

311, II); traz como hipótese de improcedência liminar o pedido que contrariar enunciado de súmula do STF ou STJ (art. 332, I); determina que não se sujeita à remessa necessária a sentença com fundamento em súmula ou orientação administrativa (art. 496, §4º, IV); dispensa a caução no cumprimento provisório de sentença se esta estiver de acordo com súmula do STF ou STJ (art. 521, IV); determina expressamente que os juízes e tribunais observarão os enunciados de súmula vinculante (art. 927, II); o relator deverá negar, nos tribunais, seguimento a recurso que contrarie súmula vinculante do STF (art. 932, IV, a) ou dar provimento a recurso contra sentença que vá de encontro à referida súmula (art. 932, V, a); prevê que no conflito de competência, o relator poderá julgar de plano o conflito se sua decisão está conforme súmula do STF (art. 955, parágrafo único, I); traz a previsão da reclamação junto ao STF da parte interessada ou do MP para garantir a observância de enunciado de súmula vinculante (art. 988, III); prevê que haverá repercussão geral sempre que o recurso especial ou extraordinário contrariar súmula ou jurisprudência dominante do STF (art. 1.035, §3º, I).

¹³³ LOPES FILHO, Juraci Mourão. “Precedente e norma: usam-se precedentes judiciais como se aplicam normas legislativas?” In: *Revista Opinião Jurídica*, Fortaleza, nº 14, ano X, p. 231-252, 2012, p. 239.

funções, tão somente preponderância, o que contribui para a independência e harmonia entre eles. Por esse motivo, os Poderes estatais desempenham não apenas as suas funções tradicionais, mas também outras que são materialmente típicas de Poder diverso¹³⁴.

Nesse sentido, a previsão da edição de súmula vinculante com força cogente pelo STF foi estabelecida pelo próprio Poder Legislativo, mediante a EC nº 45/2004, que integrou o instituto ao texto constitucional. Da mesma forma, o Poder Legislativo regulamentou, através da Lei nº 11.417/2006, como o Supremo Tribunal Federal deveria proceder à edição, revisão e cancelamento dessas súmulas.

Desse modo, o Poder Legislativo diretamente autorizou o exercício dessa função pelo Supremo Tribunal Federal, não se tratando, portanto, de caso de usurpação de função entre poderes.

Ressalta-se, ainda, que a súmula vinculante não inova diretamente no texto constitucional, inserindo novos direitos ou princípios. Ela é editada diante das mudanças experienciadas pela sociedade ou controvérsias instauradas que refletem diretamente na hermenêutica constitucional. As súmulas têm por objetivo permitir a máxima realização dos direitos e garantias previstos na Constituição, além de evitar a insegurança jurídica e garantir a celeridade processual, mediante a valorização e aplicação da jurisprudência dos tribunais. Assim, as súmulas vinculantes são utilizadas como fundamentação idônea no exercício da jurisdição constitucional.

A título de exemplo, pode-se citar uma recente decisão da Corte Constitucional. O Agravo Regimental em Recurso Extraordinário nº 1.048.285/CE, que tratava de magistrada da justiça do trabalho que desejava converter um terço de suas férias em abono pecuniário, foi indeferido pelo Ministro Gilmar Mendes sob a alegação de que era necessária a edição de lei específica para implementação da equiparação pleiteada¹³⁵. Além disso, o Ministro se utilizou de mais dois argumentos baseados na jurisprudência do tribunal para fundamentar sua decisão: a tese firmada no tema 315 da sistemática da repercussão geral e a súmula vinculante nº 37 do STF.

A referida súmula estabelece que “não cabe ao Poder Judiciário, que não tem função legislativa, aumentar vencimentos de servidores públicos sob o fundamento de

¹³⁴ CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*, 31ª edição. São Paulo: Atlas, 2017, p. 39.

¹³⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Agravo Regimental no Recurso Extraordinário nº 1.048.285/CE*. Relator Ministro Gilmar Mendes. Julgamento em 22 de setembro de 2017. Publicação no DJe nº 234 em 13 de outubro de 2017.

isonomia". A agravante desejava a aplicação do previsto no art. 221, §2º da LC nº 75/93 – Lei Orgânica do Ministério Público Federal, fundamentando seu pleito no princípio da simetria com a referida instituição.

A jurisprudência da Corte é no sentido de que o rol de direitos e vantagens estabelecido na LOMAN é taxativo, não podendo outros benefícios de carreiras distintas serem estendidos à magistratura sem a edição de lei específica que proceda à tal equiparação. Com base na súmula vinculante nº 37, não caberia ao judiciário, sob o fundamento da isonomia, permitir a equiparação sem a edição de lei específica, resultando no aumento indevido do vencimento da magistrada. Com base nessa argumentação, o agravo regimental foi improvido.

3.3.6. Normas infraconstitucionais

Diferentemente dos elementos anteriormente tratados, que encontram previsão expressa na Constituição ou são implicitamente dele decorrentes, as normas infraconstitucionais não possuem qualquer assento constitucional. São leis e atos normativos que retiram seu fundamento jurídico de validade da Carta Magna, porém com ela não se confundem.

O Informativo STF nº 258 de 2002 traz uma clara exposição do conceito de bloco de constitucionalidade mais amplo no voto do Ministro Celso de Mello, no julgamento da ADI nº 595/ES. Destaca o referido Ministro que, independentemente da abrangência material que se reconheça ao conceito, ele é de fundamental importância pois

[...] os tratadistas - consoante observa JORGE XIFRA HERAS ("Curso de Derecho Constitucional", p. 43) -, em vez de 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 (ou de parâmetro constitucional), 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 global¹³⁶. (grifo nosso)

Desse modo, assume o referido Ministro a possibilidade de mesmo normas infraconstitucionais comporem o bloco de constitucionalidade, desde que promovam a eficácia dos postulados e preceitos da Carta Política, visando a concretizar os direitos, valores e preceitos fundamentais nela previstos.

Admitindo-se essa posição, ainda que a tese preponderante no STF em relação aos tratados internacionais sobre direitos humanos anteriores à EC nº 45/2004 seja a sua supralegalidade, poder-se-ia defender, ainda assim, sua participação no bloco de constitucionalidade como normas infraconstitucionais que visam à plenitude dos direitos humanos previstos na Constituição.

É importante se destacar que não há na doutrina e jurisprudência pátrias um maior desenvolvimento sobre a possibilidade de normas infraconstitucionais servirem como paradigma ao controle de constitucionalidade. A posição do Ministro Celso de Mello é isolada e aparece na jurisprudência da Corte sempre sem maiores elaborações. Uma vez que é um tema de considerável complexidade, com doutrina pátria escassa – se não inexistente –, bem como carente de aprofundamento jurisprudencial, sua abordagem foge ao escopo do presente trabalho monográfico. Contudo, registra-se que se trata de um tema interessante e desafiador, que merecia ser devidamente enfrentado em estudo próprio.

3.4. Bloco de Constitucionalidade: Um Olhar Crítico

A expansão de normas constitucionais para além do texto positivado na constituição não traz, *a priori*, qualquer prejuízo para o ordenamento jurídico de um Estado. Na verdade, pode se revelar um importante instrumento de atualização constitucional e de proteção dos direitos, valores e princípios ali consagrados. O bloco, assim, imprime vigor à força normativa da Carta Política, atuando como elemento de ampliação do universo dos direitos constitucionais, além de figurar como critério de preenchimento de eventuais lacunas¹³⁷.

¹³⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Informativo STF. Brasília, nº 258, 25 de fevereiro a 1º de março de 2002. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo258.htm>. Acesso em 10 de setembro de 2017.

¹³⁷ LAFER, Celso, *A Internacionalização dos Direitos Humanos: Constituição, Racismo e Relações Internacionais*. São Paulo, Manole, 2005, p. 17.

Contudo, o paradigma de controle de constitucionalidade das leis e atos normativos é, necessariamente, ampliado com o bloco. Assim, são duas as principais questões que se colocam diante do seu reconhecimento em um ordenamento jurídico: quais os limites a serem impostos à formação do bloco de constitucionalidade e quem definirá esses limites.

O Supremo Tribunal Federal reconhece a existência de normas, valores e princípios materialmente constitucionais que se encontram fora do texto constitucional, conforme já destacado. A própria Constituição traz expressamente em seu bojo as disposições acerca dos tratados internacionais sobre direitos humanos, aprovados no rito previsto no art. 5º, §3º da CRFB/88, as emendas constitucionais em seu art. 60 e a possibilidade da edição de súmulas vinculantes, de caráter normativo cogente, no artigo 103-A.

À parte essas disposições, toda a construção do bloco de constitucionalidade brasileiro é jurisprudencial, empreendida pelo Supremo Tribunal Federal no exercício da jurisdição constitucional. Ainda assim, destaca-se que não há homogeneidade sobre o assunto. São poucos os Ministros do STF que fundamentam suas decisões expressamente com base na existência e aplicação de um bloco de constitucionalidade, a exemplo do Ministro Celso de Mello¹³⁸. Desse modo, é imprescindível, como já apontou diversas vezes o referido Ministro, estabelecer-se exatamente o alcance do referido bloco de constitucionalidade, uma vez que ele irá implicar na extensão do parâmetro do controle de constitucionalidade realizado pelo STF.

Ocorre que não há, em nosso ordenamento jurídico, a previsão dessa função exercida pelo Supremo Tribunal Federal. Na França e na Espanha, por exemplo, a Corte Constitucional de cada país possui tal legitimidade, em razão de sua composição, estrutura e função, além de serem instituições separadas do Poder Judiciário¹³⁹. O mesmo não ocorre com o STF, que acumula os papéis de órgão de cúpula do Poder Judiciário e de Corte Constitucional.

¹³⁸ A exemplo das decisões em que o Ministro Celso de Mello se utiliza expressamente do bloco de constitucionalidade, ver ADC nº 41/DF, Rel. Min. Roberto Barroso, DJe nº 180 de 17/08/2017; ADI nº 2.971 AgR/RO, Rel. Min. Celso de Mello, DJe nº 030 em 13/02/2015; ADI 4.222 AgR/DF. Relator Min. Celso de Mello, DJe nº 169 em 02/09/2014.

¹³⁹ LIMA, Francisco Gérson Marques de. Bloco de constitucionalidade: o sistema francês e espanhol. In: *Revista Opinião Jurídica*, Fortaleza, n. 3, ano II, 2004, p. 108.

Se o bloco de constitucionalidade serve como paradigma ao controle de constitucionalidade, a ausência de diretrizes sobre a constituição desse bloco pode levar à insegurança jurídica e até ao desequilíbrio entre os poderes.

O Brasil vem sofrendo o fenômeno da judicialização da política e das relações sociais. Luís Roberto Barroso aponta que questões relevantes do ponto de vista político, social e moral vêm sendo transferidas para o Poder Judiciário, em detrimento dos poderes Legislativo e Executivo¹⁴⁰. Esse fenômeno se dá por diversos motivos, como o reconhecimento da importância do Poder Judiciário na consecução de um sistema democrático, o que acarreta a valorização dos juízes e tribunais, bem como pela desilusão com a política majoritária e a crise de representatividade sofrida pela sociedade.

Dentro dessa perspectiva, destaca que

No Brasil, [...] a judicialização decorre, sobretudo, de dois fatores: o modelo de constitucionalização abrangente e analítica adotado; e o sistema de controle de constitucionalidade vigente entre nós, que combina a matriz americana – em que todo o juiz e tribunal pode pronunciar a invalidade de uma norma no caso concreto – e a matriz europeia, que admite ações diretas ajuizáveis perante a corte constitucional. [...] Nesse contexto, a judicialização constitui um fato inelutável, uma circunstância decorrente do desenho institucional vigente, e não uma opção política do judiciário¹⁴¹.

Desse modo, os juízes quando provocados não possuem outra alternativa que não se pronunciar sobre a questão e, dependendo de como possam fazê-lo, ocorrerá ativismo judicial ou não. Assim, judicialização não se confunde com ativismo judicial. Ainda segundo Luís Roberto Barroso,

A judicialização, como demonstrado acima, é um fato, uma circunstância do desenho institucional brasileiro. Já o ativismo judicial é uma atitude, a escolha de um modo específico e proativo de interpretar a Constituição, expandindo o seu horizonte de alcance. Normalmente ele se instala – e esse é o caso do Brasil – em situações de retração do Poder Legislativo, de certo descolamento entre a classe política e a sociedade civil, impedindo que determinadas demandas sociais sejam atendidas de maneira efetiva¹⁴².

Como o Poder Judiciário é instado cada vez mais a decidir questões sociais, políticas e morais, em detrimento dos outros poderes, acaba tendo uma participação mais ampla e intensa na concreção de finalidades e valores constitucionais, com maior

¹⁴⁰ BARROSO, Luís Roberto. *O Controle de Constitucionalidade no Direito Brasileiro: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência*, 7ª ed., São Paulo: Saraiva, 2016, p. 384.

¹⁴¹ Ibidem, p. 387.

¹⁴² Ibidem, p. 390.

interferência no que seria da esfera de competência dos Poderes Legislativo e Executivo.

Há diversos precedentes da atuação ativista da nossa Corte Constitucional, dentre as quais se destaca (i) a aplicação da Constituição a situações não expressamente abarcadas por seu texto, independentemente da manifestação do legislador ordinário; (ii) a declaração de inconstitucionalidade de atos normativos com base em critérios menos rígidos que uma clara e ostensiva violação à Constituição; (iii) imposição de condutas ou abstenções ao Poder Público diante da inércia legislativa¹⁴³.

Com a retração dos Poderes Legislativo e Executivo, inábeis em suprir todas as demandas da sociedade, muitas vezes incapazes de promover o exercício satisfatório dos direitos mais básicos do ser humano, não pode o Poder Judiciário, quando instado a agir, também se negar a fazê-lo ou atuar com a desídia apresentada pelos outros poderes e que acabou resultando na demanda judicial. Dentro dessa perspectiva, uma vez provocado, resta ao Poder Judiciário agir no sentido de procurar suprir tais necessidades.

Pode-se, então, localizar o paulatino reconhecimento do bloco de constitucionalidade e sua construção em nosso ordenamento jurídico como um caso de ativismo judicial, diante de um ordenamento jurídico inserido em uma ordem global e que visa à realização de um Estado de direito com a máxima proteção e efetividade dos direitos fundamentais.

Não obstante, a seriedade de se tratar o bloco de constitucionalidade, diante de sua importância, traz a necessidade de definição acerca da legitimidade para sua construção, bem como ao estabelecimento claro dos seus limites. Com receio da banalização do constitucionalismo, diante de um amplo bloco de constitucionalidade, Lima assevera que¹⁴⁴

A crítica que se pode acrescer, ainda, é a de que o elastecimento incauto destas normas pode tornar o complexo jurídico um arcabouço de normas constitucionais banalizadas, com a vulgarização da Constituição. E, então, a possibilidade de ineficácia constitucional aumentaria, eis que, ante o número de disposições regulamentando tudo, ensejaria interpretações fragilizadoras da sociedade.

¹⁴³ BARROSO, Luís Roberto. *O Controle de Constitucionalidade no Direito Brasileiro: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência*, 7ª ed., São Paulo: Saraiva, 2016, p. 389-390.

¹⁴⁴ LIMA, Francisco Gérson Marques de. Bloco de constitucionalidade: o sistema francês e espanhol. In: *Revista Opinião Jurídica*, Fortaleza, n. 3, ano II, 2004, p. 109.

De fato, sem claros limites traçados ao que seria materialmente constitucional e, portanto, capaz de constituir o bloco de constitucionalidade, parâmetro do exercício do controle de constitucionalidade, há o risco de banalização da própria Constituição.

A partir do princípio da supremacia da constituição e da rigidez constitucional, a norma constitucional goza de um prestígio ímpar no ordenamento jurídico. Não obstante, quando tudo passa a ter *status* constitucional, essa importância se perde.

A existência, na própria Constituição, da autorização de um bloco de constitucionalidade, quiçá com o estabelecimento de diretrizes à sua formação, nos moldes do que a EC nº 45/2004 realizou com os tratados internacionais sobre direitos humanos, seria o quadro ideal para o reconhecimento e desenvolvimento do bloco de constitucionalidade brasileiro. Evitar-se-ia qualquer insegurança jurídica ou demais consequências negativas que poderiam advir de sua emergência unicamente jurisprudencial.

Contudo, o reconhecimento de fontes constitucionais fora do corpo da constituição, alcançando a plenitude dos direitos, princípios e valores constitucionais, dentro de uma ordem constitucional global que visa a alçar o indivíduo no centro do ordenamento jurídico, constitui um horizonte de expectativas para a realização do ideal democrático e princípio republicano. E, em última análise, se insere dentro do grande papel desempenhado pelo Supremo Tribunal Federal, que é o de proteção e promoção dos direitos fundamentais, além de resguardo às regras do jogo democrático.

CONCLUSÃO

A jurisdição constitucional, assim como as constituições em que se pauta e, em última análise, a própria sociedade, sofre profundas transformações. O presente trabalho teve por objetivo traçar as alterações do parâmetro do controle de constitucionalidade das leis e atos normativos em nosso ordenamento jurídico, com ênfase no desenvolvimento de um bloco de constitucionalidade pátrio, possibilitado por disposições da própria Constituição de 1988 e criado na função de corte constitucional desempenhada pelo Supremo Tribunal Federal.

Não houve qualquer pretensão de exaurimento do tema, até por não ser esse o objetivo de um trabalho de conclusão de curso. No entanto, a preocupação com uma abordagem ampla, que permitisse a compreensão do bloco de constitucionalidade dentro da perspectiva de ampliação dos instrumentos de jurisdição constitucional, pautou a condução desse estudo.

Para finalizar a exposição, de modo a estruturar os percursos tomados pelo trabalho, tece-se um compêndio de suas ideias principais, mediante proposições objetivas e referentes a cada capítulo desenvolvido.

- 1) A constituição é a norma fundamental de um Estado, que regula a produção de todas as outras, dando ensejo ao princípio da supremacia da constituição. As demais leis e atos normativos retiram seu fundamento jurídico de validade da Carta Magna e, assim, o controle de constitucionalidade permite a racionalidade e coerência desse sistema de normas.
- 2) O controle de constitucionalidade inicialmente se desenvolveu de modo difuso, no modelo norte-americano. O célebre caso *Marbury vs. Madison* inaugurou esse sistema.
- 3) Na decisão do referido caso, a Suprema Corte declarou a inconstitucionalidade da lei impugnada por ir de encontro à Constituição dos Estados Unidos. Ainda que já houvesse precedentes nesse sentido, foi destacada de forma clara e inequívoca a supremacia da constituição, a possibilidade do controle de constitucionalidade das leis por juízes e, sobretudo, delineada a própria função da Suprema Corte norte-americana.
- 4) Já o controle de constitucionalidade defendido por Hans Kelsen possuía outro enfoque, com características próprias dentre as quais se destaca o controle

concentrado de constitucionalidade, função exclusiva de um único tribunal constitucional.

5) A primeira constituição brasileira, a Constituição Imperial, não trazia qualquer previsão acerca do controle de constitucionalidade. Foi a Constituição de 1891 que introduziu esse sistema, consagrando o modelo norte-americano, incidental e difuso.

6) A Constituição de 1934 inovou ao trazer um caso específico de controle direto e concentrado, diante da ofensa aos princípios sensíveis, mediante a representação interventiva pelo Procurador Geral da República (PGR).

7) Não obstante, o sistema de controle concentrado de caráter genérico só foi incorporado com a Emenda Constitucional nº 16 de 1965, ainda que o único legitimado para a presente ação ainda fosse o PGR.

8) A partir de então houve a paulatina expansão dos instrumentos da jurisdição constitucional, culminando com a Constituição de 1988, que ampliou consideravelmente as ações de controle constitucional, bem como o rol dos legitimados ativos para propô-las. Além disso, previu expressamente as Emendas Constitucionais (art. 60), a incorporação de tratados internacionais sobre direitos humanos (art. 5º, §3º), Súmulas Vinculantes (art. 103-A) e diversos princípios expressos, que dão azo a outros princípios constitucionais implícitos.

9) O bloco de constitucionalidade se insere dentro dessa perspectiva, na tendência ampliativa dos instrumentos de controle de constitucionalidade de leis e atos normativos. Além das alterações promovidas pelas previsões constitucionais expressas acima elencadas, cabe destacar que a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal forja um novo horizonte à jurisdição constitucional, dando ensejo a um bloco de constitucionalidade brasileiro.

10) Para se compreender como a constituição se tornou o vértice do ordenamento jurídico, procurou-se abordar o fenômeno do constitucionalismo, compreendido como um sistema dotado de um corpo normativo máximo, correspondente aos anseios sociais de limitação do poder dos governantes e garantia aos indivíduos.

11) O constitucionalismo moderno teve seu desencadeamento sobretudo com a Constituição norte-americana de 1787 e a Revolução Francesa em 1789. A Constituição emergiu como um documento estruturante do Estado, bem como deu ensejo à separação orgânico-funcional dos poderes.

12) Atualmente se pode contextualizar o constitucionalismo dentro do fenômeno mais amplo da globalização, sobretudo com o estreitamento das fronteiras entre o

direito constitucional e o direito internacional, com decisões dos Estados que produzem cada vez mais efeitos que ultrapassam seu território e alcançam outros Estados.

13) O constitucionalismo moderno legitimou o desenvolvimento da constituição moderna, compreendida como a ordenação sistemática e racional do Estado, mediante um documento escrito, que define um conjunto de direitos fundamentais e suas garantias, bem como a conformação do poder político de forma moderada e limitada.

14) Como a constituição apresenta um papel imprescindível na ordem interna do Estado, a supremacia hierárquica da Carta Magna e sua rigidez possibilitam, no ordenamento jurídico, o escalonamento das normas e o consequente controle de constitucionalidade das leis e atos normativos.

15) O parâmetro constitucional é relacional, podendo ser composto por todas as normas constitucionais, por apenas algumas dessas normas, como no caso da ADPF e da ação direta interventiva, ou por normas que ultrapassam o texto da Constituição, como no bloco de constitucionalidade.

16) O bloco de constitucionalidade brasileiro é composto pelas normas constitucionais, assim como por tratados internacionais, princípios, valores e demais elementos utilizados pelo Supremo Tribunal Federal, consoante a análise jurisprudencial realizada neste trabalho.

17) As emendas constitucionais encontram previsão na própria Constituição. Tanto as emendas que alteram o corpo da Constituição quanto as que trazem disposições autônomas que não se incorporam ao seu texto são utilizadas como parâmetro ao controle de constitucionalidade pelo STF.

18) Além dos princípios expressos, nossa Corte Constitucional também reconhece a existência de princípios implícitos, que possuem estreita ligação com a Constituição e densificam os princípios nela explícitos.

19) A constitucionalização dos tratados internacionais sobre direitos humanos foi incorporada ao texto constitucional com a EC nº 45/2004, passando a ter *status* de norma material e formalmente constitucional. O debate acerca dos tratados anteriores à referida emenda foi levantado, assim como o encampamento pelo STF da tese defendida pelo Ministro Gilmar Mendes acerca da suprallegalidade desses tratados. Não obstante, destacamos que esse debate não se encontra superado no âmbito da

referida Corte, com a posição do Ministro Celso de Mello acerca da constitucionalidade material desses documentos em recente julgado (ADC 41/DF).

20) Além dos elementos já elencados, o bloco de constitucionalidade brasileiro é composto, ainda, dos valores e espírito da Constituição. Nossa Corte Constitucional visa ao distanciamento das exigências inerentes ao positivismo jurídico, para que a Constituição seja compreendida e interpretada não apenas a partir das normas positivadas, mas também em função de seus valores e do espírito que a anima.

21) As súmulas vinculantes passaram a ter previsão expressa na Constituição a partir da EC nº 45/2004, que adicionou o art. 103-A, determinando à Administração pública direta e indireta, bem como aos demais órgãos do poder judiciário, a observância estrita da jurisprudência do STF em matéria constitucional, editada na forma de súmula vinculante, possuindo força normativa e integrando o bloco de constitucionalidade.

22) Em sequência, destaca-se o voto do Ministro Celso de Mello na ADI nº 595/ES, que define a importância de um conceito de bloco de constitucionalidade e alega que este chega a compreender, inclusive, normas de caráter infraconstitucional, desde que vocacionadas a desenvolver, em sua plenitude, os postulados e preceitos constitucionais. Não foi possível localizar na jurisprudência e doutrina pátria maiores desenvolvimentos sobre esse tema, ao que nos limitamos à sua menção.

23) Se por um lado o bloco de constitucionalidade constitui um importante instrumento de atualização constitucional e de proteção aos direitos, valores e princípios ali consagrados, é de se perquirir quais os limites impostos à formação desse bloco e como se definirá esses limites, sobretudo por ser construção eminentemente jurisprudencial em nosso ordenamento jurídico.

24) Enquanto na França e na Espanha a Corte Constitucional de cada país possui a legitimidade para a criação desse bloco, em razão de sua composição, estrutura e função, além de serem instituições separadas do poder judiciário, o STF acumula os papéis de órgão de cúpula do Poder Judiciário e de Corte Constitucional.

25) O Brasil vem sofrendo o fenômeno da judicialização da política e das relações sociais. Mas isso decorre, dentre outros motivos, do reconhecimento da importância do Judiciário na consecução de um sistema democrático, bem como da inércia e inefetividade dos outros poderes. Com a retração dos Poderes Legislativo e Executivo, inábeis em suprir todas as demandas sociais, não poderia o Judiciário também escusar-se de cumprir o seu papel ou atuar com a desídia dos demais poderes.

26) O paulatino reconhecimento do bloco de constitucionalidade e sua construção em nosso ordenamento jurídico pode ser apontado como caso de ativismo judicial, diante de um ordenamento jurídico inserido em uma ordem global e que visa à realização de um Estado de direito com a máxima proteção e efetividade dos direitos fundamentais

27) Ainda assim, cabe destacar a necessidade da legitimidade para sua construção, bem como de definições de seus limites. A partir do princípio da supremacia da constituição e da rigidez constitucional, a norma constitucional goza de caráter ímpar no ordenamento jurídico. Não obstante, quando tudo passa a ter *status* constitucional, essa importância se perde.

28) Por outro lado, a formação do bloco de constitucionalidade permite que se alcance a plenitude dos direitos, princípios e valores constitucionais, dentro de uma ordem constitucional global que visa a elevar o indivíduo ao centro do ordenamento jurídico, constituindo um horizonte de expectativas para a realização do ideal democrático e princípio republicano.

29) Além disso, em última análise, essa atividade se insere dentro do grande papel desempenhado pelo Supremo Tribunal Federal, que é o de proteção e promoção dos direitos fundamentais, além de resguardo às regras do jogo democrático.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- BARACHO, José Alfredo de Oliveira. "Teoria Geral do Constitucionalismo". In: *Revista de Informação Legislativa*. Brasília, ano 23, nº 91, jul/set 1986, p.7.
- BARROSO, Luís Roberto. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo*, 5ª edição. São Paulo: Saraiva, 2015.
- _____. "Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito". In: *Revista Jus Navigandi*, Teresina, ano 10, n. 851, 1 nov. 2005. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/7547>>. Acesso em 15 de outubro de 2017.
- _____. *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência*, 7ª ed., São Paulo: Saraiva, 2016.
- BINEBOJM, Gustavo. *A Nova Jurisdição Constitucional Brasileira: Legitimidade democrática e instrumentos de realização*, 4ª edição. Rio de Janeiro: Renovar, 2014.
- BOBBIO, Norberto, MATTEUCCI, Nicola & PASQUINO, Gianfranco. *Dicionário de Política*, 2ª edição. Brasília: Universidade de Brasília, 1986, p. 247-8.
- CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, 7ª edição. Coimbra: Edições Almedina, 2010.
- _____. *"Brançosos" e Interconstitucionalidade: itinerários dos discursos sobre a historicidade constitucional*, 2ª edição. Almedina: Coimbra, 2008.
- CAPPELLETTI, Mauro. *O controle judicial de constitucionalidade das leis no direito comparado*. Porto Alegre: Fabris, 1984.
- CARVALHO, José Murilo de. *Cidadania no Brasil: o longo caminho*, 11ª ed., Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2008.
- CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*, 31ª edição. São Paulo: Atlas, 2017.
- COULANGES, Fustel de. *A Cidade Antiga*, 3ª edição. São Paulo: Martins Fontes, 1995.
- ELIAS, Norbert. *O Processo Civilizador Volume 2: Formação do Estado e Civilização*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1994.
- FAUSTO, Boris. *História do Brasil*, 10ª edição. São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo, 2002.
- FAVOREU, Louis. El bloque de la Constitucionalidad. In: *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, nº 5, 1990. Disponível em: <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/1049150.pdf>. Acesso em 07 de outubro de 2017.

HALL, KERMIT L. *The Oxford guide to United States Supreme Court decisions*, 2ª edição. Oxford: Oxford Union Press, 1999.

HOFFMANN-RIEM, Wolfgang. "Two Hundred Years of Marbury v. Madison: The Struggle for Judicial Review of Constitutional Questions in the United States and Europe". In: *German Law Journal*. Vol.5, nº 6, 2004, p. 685-701. Disponível em: https://static1.squarespace.com/static/56330ad3e4b0733dcc0c8495/t/56b925eac6fc08ab22a89ff2/1454974442213/GLJ_Vol_05_No_06_Hoffmann-Riem.pdf. Acesso em 22 de agosto de 2017.

KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*, 7ª edição. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

LAFER, Celso. *A Internacionalização dos Direitos Humanos: Constituição, Racismo e Relações Internacionais*, 1ª edição. São Paulo, Manole, 2005.

LE GOFF, Jacques; SCHMITT, Jean-Claude. *Dicionário Temático do Ocidente Medieval*. Bauru: Edusc, 2006.

LIMA, Francisco Gérson Marques de. Bloco de constitucionalidade: o sistema francês e espanhol. In: *Revista Opinião Jurídica*, Fortaleza, n. 3, ano II, 2004.

LOPES FILHO, Juraci Mourão. "Precedente e norma: usam-se precedentes judiciais como se aplicam normas legislativas?" In: *Revista Opinião Jurídica*, Fortaleza, nº 14, ano X, 2012.

MENDES, Gilmar Ferreira. "Evolução do Direito Constitucional brasileiro e controle de constitucionalidade da lei". In: *Revista de Informação Legislativa*, v. 32, n. 126, p. 87-102, abr/jun. 1995.

MENDES, Gilmar Ferreira e BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*, 11ª edição. São Paulo: Saraiva, 2016.

MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional, tomo II: Introdução à Teoria da Constituição*, 2ª ed. Coimbra: Coimbra Editora, 1988

MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*, 33ª edição. São Paulo: Atlas, 2017.

PIMENTA BUENO, Jose Antonio. *Direito publico brasileiro e analyse da Constituição do Imperio*. Rio de Janeiro: Typographya Imp. e Const. De J. Villeneuve & C., 1857.

PIOVESAN, Flávia. *Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional*, 9ª edição. São Paulo: Saraiva, 2008.

SARLET, Ingo Wolfgang; MARIONI, Luiz Guilherme e MITIDIERO, Daniel. *Curso de Direito Constitucional*, 6ª edição. São Paulo: Saraiva, 2017.

SOUZA NETO, Cláudio Pereira de e SARMENTO, Daniel. *Direito constitucional: teoria, história e métodos de trabalho*, 1ª edição. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

SUELT-COCK, Vanessa. “El bloque de constitucionalidade como mecanismo de interpretación constitucional. Aproximación a los contenidos del bloque en derechos em Colombia”. In: *Vniversitas*, núm. 133, jul-dez 2016, p. 308. Disponível em: <http://www.redalyc.org/pdf/825/82548473009.pdf>. Acesso em 03 de outubro de 2017.

TAVARES, André Ramos. *Curso de Direito Constitucional*, 11ª edição. São Paulo: Saraiva, 2013.

_____. *Reforma do Judiciário no Brasil pós-88: (Des)estruturando a Justiça*. São Paulo: Saraiva, 2005.

LEGISLAÇÃO

BRASIL. *Ato Institucional nº 2 de 27 de outubro de 1965*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ait/ait-02-65.htm. Acesso em 21 de agosto de 2017.

BRASIL. *Constituição Política do Imperio do Brazil (de 24 de março de 1824)*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao24.htm. Acesso em 14 de agosto de 2017.

BRASIL. *Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil de 16 de julho de 1934*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao34.htm. Acesso em 19 de agosto de 2017.

BRASIL. *Constituição dos Estados Unidos do Brasil (de 10 de novembro de 1937)*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao37.htm. Acesso em 19 de agosto de 2017.

BRASIL. *Constituição dos Estados Unidos do Brasil (de 18 de setembro de 1946)*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao46.htm. Acesso em 19 de agosto de 2017.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1967*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao67.htm. Acesso em 21 de agosto de 2017.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em 21 de agosto de 2017.

BRASIL. *Decreto nº 848 de 11 de outubro de 1890*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1851-1899/d848.htm. Acesso em 14 de agosto de 2017.

BRASIL. *Decreto-Lei nº 1.608 de 18 de setembro de 1939*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/1937-1946/De1608.htm. Acesso em 19 de agosto de 2017.

BRASIL. *Emenda Constitucional nº 16, de 26 de novembro de 1965*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc_anterior1988/emc16-65.htm. Acesso em 21 de agosto de 2017

JURISPRUDÊNCIA

BRASIL. Supremo. *Ação Declaratória de Constitucionalidade nº 41/DF*. Relator: Min. Roberto Barroso. Julgamento em 08 de junho de 2017. Publicação DJe nº 180 em 17/08/2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ação Declaratória de Inconstitucionalidade nº 595/ES*. Relator: Ministro Celso de Mello. Decisão Monocrática em 18 de fev de 2002. Publicação DJ em 26/02/2002.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2.076/AC*, Rel. Ministro Carlos Velloso. Julgamento em 15 de agosto de 2002. Publicação no DJ nº 151 de 8/8/2003.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2.649-6/DF*. Relatora Ministra Cármen Lúcia. Julgamento em 8 de maio de 2008. Publicação no DJe nº 197 em 17/10/2008.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Agravo de Instrumento nº 534307-SP*. Relator Min. Sepúlveda Pertence, Julgamento em 06 de abril de 2006, Publicado no DJU de 27/04/2006.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Agravo Regimental na Ação Direta de Inconstitucionalidade 2.971/RO*. Relator Ministro Celso de Mello. Julgamento em 06 de novembro de 2014. Publicado no DJe nº 030 em 13/02/2015.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Agravo Regimental no Recurso Extraordinário nº 477.554/MG*. Relator Ministro Celso de Mello. Julgamento em 16 de agosto de 2011, Publicação DJe nº 164 em 26/08/2011.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Agravo Regimental no Recurso Extraordinário nº 1.048.285/CE*. Relator Ministro Gilmar Mendes. Julgamento em 22 de setembro de 2017. Publicação no DJe nº 234 em 13 de outubro de 2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus nº 81.319-4/GO*, Relator: Ministro Celso de Mello, Julgamento em 24 de abril de 2002, Publicado no DJ nº 160 em 19/08/2005.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Informativo STF*. Brasília, nº 258, 25 de fevereiro a 1º de março de 2002. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo258.htm> . Acesso em 10 de setembro de 2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Medida Cautelar na Ação Declaratória de Constitucionalidade nº 12/GO*. Relator: Ministro Carlos Britto. Julgamento em 16 de fevereiro de 2006, Publicado no DJ em 01/09/2006.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Recurso Extraordinário nº 160.381-SP*. Relator: Ministro Marco Aurélio. Brasília, 29 de março de 1994, p. 492.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Recurso Extraordinário nº 206.482-3/SP*. Relator: Ministro Mauricio Corrêa. Julgamento em 27 de maio de 1998. Publicado DJ nº 171 em 05/09/2003;

BRASIL. Supremo. *Recurso Extraordinário nº 466.343-1-SP*. Relator Ministro Cezar Peluso. Julgamento em 03 de dezembro de 2008. Publicação DJe nº 104 em 05/06/2009.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Recurso Extraordinário nº 898.06/SC*. Relator: Ministro Luiz Fux. Julgamento em 21 de setembro de 2016, Publicado no DJe nº 187 em 24/08/2017.