PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO
PUC-SP

ANGELO MIGUEL DE SOUZA VARGAS

O BLOCO DE CONSTITUCIONALIDADE: reconhecimento e conseqüências no Sistema Constitucional Brasileiro

SÃO PAULO – SP
2007

Livros Grátis

http://www.livrosgratis.com.br

Milhares de livros grátis para download.

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO
PUC-SP

ANGELO MIGUEL DE SOUZA VARGAS

O BLOCO DE CONSTITUCIONALIDADE: reconhecimento e conseqüências no Sistema Constitucional Brasileiro

Dissertação apresentada à Banca Examinadora da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, como exigência parcial para obtenção do título de Mestre em Direito do Estado, na sub-área de Direito Constitucional, sob à orientação da Professora Doutora Maria Garcia.

SÃO PAULO – SP
2007

Banca Examinadora

_____

_____

_____

A única diferença entre as pessoas que possuem os dois braços e mãos é que enquanto algumas delas buscam os seus ideais utilizando-se desses braços, as outras apenas as cruzam, esperando o tempo passar. E outras, ainda mesmo sem esses braços e mãos, conquistam, reconhecida-mente, patamares ímpares de louvor.

(Autor desconhecido)

AGRADECIMENTO

Agradeço à Deus, por ter me concedido muita saúde e força de vontade para atingir meus ideais.

Aos meus pais, Eduardo e Madalena, pelo exemplo de sinceridade e união com que foi cultivada a nossa relação de pais e filho e mais do que isso, pelo amor familiar que nos move a estarmos tão juntos e concede forças para que superemos os obstáculos da vida.

Ao meu querido irmão, Carlos Eduardo, pela nossa belíssima amizade e confiança, e pelas frutíferas esperanças que foram depositadas em mim e que proporcionam com que eu acredite ainda mais na minha capacidade.

À Loraine, por toda nossa história e realidade que estamos construindo com passadas bem sensatas e muito respeito, admiração, carinho e amor.

À minha orientadora, professora doutora Maria Garcia, pelo exemplo de dedicação, competência e respeito com que maneja os seus trabalhos, e mais, pela pessoa humana, amiga, compreensiva e atenciosa.

À Capes, pela oportunidade de transformar sonhos em realidades.

E aos colegas e amigos que a vida nos concedeu o prazer de apresentar.

RESUMO

O fenômeno da constitucionalização do direito e, principalmente, a internacionalização do direito constitucional, tem demonstrado a necessidade de uma observância cuidadosa na materialidade das normas jurídicas. Essa análise torna-se imprescindível em face de que, reconhecendo determinada norma como constitucional, deverá ser dispensada a ela, a imperatividade da força normativa constitucional, como produto do princípio da supremacia constitucional, da rigidez constitucional, e servirá, inclusive, de paradigma para o controle de constitucionalidade. O reconhecimento do caráter constitucional de determinadas normas fora do documento constitucional, atribui-se a denominação de Bloco de Constitucionalidade. Esse cenário tem produzido reflexos no ordenamento jurídico brasileiro, especialmente, na proteção dos direitos fundamentais, através da Emenda Constitucional nº 45 de 2004. Entretanto, parte da doutrina, neste inclui o nosso posicionamento, já reconhecia que o sistema constitucional brasileiro, primando por uma interpretação sistêmica e teleológica de suas normas, prescrevia desde a promulgação da Constituição de 1988 pela identificação de normas constitucionais distante do texto constitucional, com fundamentos no § 2º, do art. 5º, bem como nos princípios constitucionais implícitos. Dessa forma, como as normas constitucionais são identificadas a partir da sua materialidade ou formalidade constitucional, no sistema constitucional brasileiro a admissão do bloco de constitucionalidade acaba por tornar-se inegável, mas algumas conseqüências advêm dessa constatação. De qualquer forma, a ordem jurídica brasileira encontra-se em expansão constante permitindo ao interprete proteger sempre a identidade constitucional e a prevalência dos direitos fundamentais.

Palavras-chave: Sistema Constitucional, Constitucionalização do Direito, Internacionalização do Direito Constitucional e Bloco de Constitucionalidade.

ABSTRACT

The phenomenon of the constitucionalization of the right and, mainly, the internationalization of the constitucional law, have demonstrated the necessity of a careful observance in the materiality of the rules of law. This analysis becomes essential in face from that, recognizing determined norm as constitutional, it will have to be excused, the imperatividade of the constitutional normative force, as product of the principle of the constitutional supremacy, the constitutional rigidity, and will serve, also, of paradigm for the constitutionality control. The recognition of the constitutional character of determined norms is of the constitutional document, attributes denomination to it of Block of Constitutionality. This scene has produced reflected in the Brazilian legal system, especially, in the protection of the basic rights, through the Constitutional Emendation nº 45 of 2004. However, part of the doctrine, in this includes our positioning, already it recognized that the Brazilian constitutional system, electing for a systematic and teleologic interpretation of its norms, prescribed since the promulgation of the Constitution of 1988 for the distant identification of constitutional ruleses of the constitutional text, with beddings in § 2º, of art. 5º, as well as in the implicit principles constitutional. Of this form, as the constitutional ruleses are identified from its materiality or constitutional formality, in the Brazilian constitutional system the admission of the constitutionality block finish for becoming undeniable, but some consequences happen of this observation. Of any form, the Brazilian jurisprudence meets in constant expansion allowing to interprets it to always protect the constitutional identity and the prevalence of the basic rights.

Key-words: Constitutional System, Constitucionalization of the Right, Internationalization of the Constitucional law and Block of Constitutionality.

SUMÁRIO

RESUMO
INTRODUÇÃO ____ **01**

CAPÍTULO 1 – O BLOCO DE CONSTITUCIONALIDADE ____ **07**
1.1. CONCEITO ____ **11**
1.2. ORIGEM E EVOLUÇÃO ____ **17**
1.3. CONTEÚDO DO BLOCO DE CONSTITUCIONALIDADE ____ **24**
1.3.1. BLOCO DE CONSTITUCIONALIDADE NA FRANÇA ____ 25
1.3.1.1. Constituição de 1958 ____ 26
1.3.1.2. Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão ____ 27
1.3.1.3. Preâmbulo da Constituição de 1946 ____ 27
1.3.1.4. Princípios Fundamentais das Leis da República ____ 28
1.3.2. BLOCO DE CONSTITUCIONALIDADE NA ESPANHA ____ 30

CAPÍTULO 2 – CONSTITUIÇÃO ____ **33**
2.1. CONSTITUIÇÃO: CONCEITO E CONCEPÇÕES ____ **33**
2.1.1. CONCEPÇÃO SOCIOLÓGICA DE CONSTITUIÇÃO ____ 35
2.1.2. CONCEPÇÃO POLÍTICA DE CONSTITUIÇÃO ____ 43
2.1.3. CONCEPÇÃO JURÍDICA DE CONSTITUIÇÃO ____ 46
2.1.4. RESISTÊNCIA DA DOUTRINA EM ADMITIR UM CONCEITO UNITÁRIO DE CONSTITUIÇÃO ____ 49
2.1.6. CONSTITUIÇÃO EM SENTIDO FORMAL E EM SENTIDO MATERIAL ____ 53
2.2. IDÉIA DE SISTEMA NORMATIVO ____ **57**
2.2.1. SISTEMA CONSTITUCIONAL ____ 61
2.2.2. COMPLETUDE DAS NORMAS: REGRAS E PRINCÍPIOS ____ 63
2.2.2.1. Tese da Separação Qualitativa ____ 66
2.2.2.2. Quanto ao Grau de Generalidade, Abstração e Fundamentação ____ 68

2.2.2.3. Teoria Adotada ____ 74
2.3. MÉTODOS HERMENÊUTICOS DE COMPOSIÇÃO DOS CONFLITOS NO SISTEMA CONSTITUCIONAL ____ 76

CAPÍTULO 3 – A CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO ____ 80
3.1. TRANSFORMAÇÃO DO ESTADO DE DIREITO E O SEU ALCANCE NO ESTADO CONSTITUCIONAL DE DIREITO ____ 84
3.1.1. ESTADO PRÉ-MODERNO ____ 85
3.1.2. ESTADO LEGISLATIVO DE DIREITO ____ 89
3.1.3. ESTADO CONSTITUCIONAL DE DIREITO ____ 99
3.2. A CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO ____ 110
3.2.1. ADEQUAÇÃO DA CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO AO PROPÓSITO DESTE ESTUDO ____ 112
3.2.2. A CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO INTERNACIONAL COMO FATOR DE INFLUÊNCIA NO RECONHECIMENTO DO BLOCO DE CONSTITUCIONALIDADE ____ 116
3.3. A CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO COMO ELEMENTO DE DISSOLUÇÃO DAS FRONTEIRAS DO ESTADO CONSTITUCIONAL ____ 123

CAPÍTULO 4 – O SISTEMA CONSTITUCIONAL BRASILEIRO ____ 127
4.1. A IDÉIA DE SISTEMA INCORPORADO NA DOUTRINA CONSTITUCIONAL BRASILEIRA ____ 127
4.2. O CONTEÚDO CONSTITUCIONAL FUNDADO NOS DIREITOS FUNDAMENTAIS ____ 133
4.2.1. O SISTEMA DE DIREITOS FUNDAMENTAIS IMPLEMENTADOS PELA CONSTITUIÇÃO DE 1988 ____ 136
4.2.2. A FUNDAMENTALIDADE FORMAL E MATERIAL DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NA CONSTITUIÇÃO DE 1988 ____ 139
4.2.3. DEFINIÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NA CONSTITUIÇÃO DE 1988 ____ 142

4.3. OS TRATADOS INTERNACIONAIS NA ORDEM JURÍDICA BRASILEIRA 148

4.3.1. A NATUREZA CONSTITUCIONAL DOS TRATADOS INTERNACIONAIS DE DIREITOS HUMANOS FUNDAMENTADO NO CONTEÚDO MATERIAL QUE VEICULAM 149

CAPÍTULO 5 – O BLOCO DE CONSTITUCIONALIDADE E O SISTEMA CONSTITUCIONAL BRASILEIRO CONTEMPORÂNEO 156

5.1. O RECONHECIMENTO DO BLOCO DE CONSTITUCIONALIDADE NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO 156

5.2. OS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS QUE FUNDAMENTAM A EXISTÊNCIA DO BLOCO DE CONSTITUCIONALIDADE 161

5.3. CONSEQUÊNCIAS DO RECONHECIMENTO DO BLOCO DE CONSTITUCIONALIDADE 165

5.3.1. AMPLIAÇÃO DO PARADIGMA PARA CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE 165

5.3.2. ALTERAÇÃO NA CLASSIFICAÇÃO CONSTITUCIONAL 166

5.3.3. TRATADOS INTERNACIONAIS DE DIREITOS HUMANOS NO DIREITO INTERNO 168

5.3.4. COMPATIBILIZAÇÃO DO CONFLITO ENTRE NORMAS CONSTITUCIONAIS 174

5.3.5. ATUAÇÃO DO PODER REFORMADOR NO BLOCO DE CONSTITUCIONALIDADE 184

5.3.6. DICOTOMIA ENTRE DIREITO PÚBLICO E DIREITO PRIVADO 185

CONCLUSÕES 188

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS 191

INTRODUÇÃO

O papel primordial do direito é, justamente, proporcionar uma regulação dos interesses que se manifestam no mundo fenomênico, de modo a organizar o relacionamento entre as pessoas e compor os conflitos que se verificarem entre os seus membros. Isso está representado pela função ordenadora[1] que o direito exerce na sociedade.

Essa relação inconsciente entre direito e sociedade representa a pedra de toque para manter a harmonia entre os indivíduos que a compõem. Vicente Ráo[2] completa essa simbiose harmoniosa entre sociedade e direito lecionando que "por isso, é que sociedade e direito forçosamente se pressupõe, não podendo existir aquela sem este, nem este sem aquela". *Ubi societas ibi jus.*

Em que pese essa necessidade do direito estar presente na sociedade de maneira imediata e direta, é necessário uma força de coação[3] para que suas finalidades sejam cumpridas de modo eficaz, atingindo a supremacia sobre todos de maneira assente. Rudolf von Ihering[4] sedimenta que a forma definitiva do emprego da força de coação para os fins humanos é materializada pelo Estado. O direito empregado pelo Estado alcança sua meta, ganhando na prática, a feição de questão de força.

Todavia, esse Estado, motivador da força de coação, almejando a aplicabilidade do efetivo direito, também deve estar submetido a certos limites,

---

[1] Teoria defendida por: Antônio Carlos de Araújo Cintra; Ada Pellegrini Grinover; Cândido Rangel Dinamarco. *Teoria Geral do Processo*. p.19.
[2] Vicente Ráo. *O direito e a vida dos direitos*. p. 53.
[3] Teoria defendida por: Rudolf von Ihering. *A finalidade do direito*. p. 211.

principalmente para atingir o Estado Social e Democrático de Direito[5]. Nesse sentido, alguns pontos apresentam-se enfáticos para caracterizá-lo, tais como a Tripartição de Poderes, a Superioridade da Lei, a Garantia dos Direitos Fundamentais e a Supremacia da Constituição.

O Estado para configurar-se como Estado de Direito deve estar sujeito a normas jurídicas reguladoras de suas ações, em conseqüência, submetido à lei. Entretanto, as funções de fazer as leis (legislar), aplicá-las (administrar) e resolver os conflitos (julgar) devem pertencer a autoridades distintas, o que tornará necessário a existência da Tripartição dos Poderes.

Ademais, não basta a singela imposição dessa estrutura ao Estado, deve haver normas jurídicas com carga de validade superior à lei, a qual delineia todo o arquétipo estrutural do Estado, além de proporcionar a garantia dos direitos dos indivíduos. Essa norma jurídica é a Constituição.

Nesse sentido, a Constituição representa a norma fundante de toda estrutura de um Estado, o fundamento de validade das demais normas existentes no ordenamento jurídico. Em outras palavras, a Constituição é o documento criador do Estado que regula toda a organização de seus elementos essenciais.

Procurando impor uma maior eficácia na força normativa da Constituição, alguns princípios tornam-se vigas mestras na função mantenedora de vigência de suas normas. São eles, o princípio da Supremacia da Constituição, o Princípio da Presunção da Constitucionalidade, o Princípio da Unidade e outros.

---

[4] Rudolf Von Ihering. *A finalidade do direito*. p. 211.
[5] Apreciado por: Carlos Ari Sundfeld. *Fundamentos de Direito Público*. p. 54.

Em vista disso, e como forma de respeito à imperatividade constitucional, cumprindo o Princípio da Supremacia Constitucional, todos os atos normativos devem estar adequadamente compatíveis com ela, sob pena de serem declarados inconstitucionais. Neste instante, surgem algumas indagações: qual o conteúdo da Constituição, ou melhor, qual o alcance das normas constitucionais; qual o paradigma de constitucionalidade para rechaçar do ordenamento jurídico um ato normativo ou uma lei; seria possível reconhecer a existência de normas constitucionais espalhadas pelo sistema em documentos diversos; o que significa a expressão comumente utilizada pela doutrina de bloco de constitucionalidade; qual a sua origem, evolução e importância; essa expressão é adequada no ordenamento jurídico brasileiro; o bloco de constitucionalidade encontra reconhecimento no nosso ordenamento jurídico; qual a influência do bloco de constitucionalidade exercida no paradigma das normas constitucionais; quais as implicações que a Emenda Constitucional 45 de 2004 provocaram nessa discussão.

Nessa celeuma, pode-se adiantar que o conteúdo da Constituição está sofrendo profundas alterações, conseqüentemente, fazendo emergir o fenômeno que a doutrina costuma denominar de “Bloco de Constitucionalidade”.

Todavia, é de se admitir que o reconhecimento do bloco de constitucionalidade, em um dado país, implica conseqüências marcadamente influenciadoras na sua sistemática. Como exemplo, podemos adiantar a ampliação do paradigma para o controle de constitucionalidade e a alteração na hierarquia das normas constitucionais, concedendo natureza constitucional a normas distantes do texto constitucional, constituindo assim, uma ordem constitucional global.

Várias são os fatores que procuram responder as alterações ocorridas com o conteúdo constitucional, como o constitucionalismo moderno, o neoconstitucionalismo, a constitucionalização do direito internacional, a internacionalização da Constituição, a globalização e as exigências de uma materialização máxima de eficácia dos direitos fundamentais.

Essas são algumas das inquietações que o trabalho pretenderá desenvolver, fruto da própria constitucionalização e internacionalização do direito, como uma forma de ampliação do âmbito de proteção dos direitos fundamentais, da pretensão de unificação constitucional entre determinados países, bem como do comentado projeto de unificação constitucional da União Européia.

Para atingir tal finalidade, o trabalho está divido em cinco capítulos compreendidos da seguinte maneira.

No primeiro capítulo, denominado “O Bloco de Constitucionalidade”, o objetivo é identificar a origem do instituto e assentar conceitos imprescindíveis que conduzirão o raciocínio desenvolvido ao longo do trabalho, evidenciando a importância do instituto para o sistema constitucional de cada país. Além disso, contemplará o estudo e a utilização do bloco em outros países reconhecidamente adeptos a ele, como França e Espanha, deixando o direito brasileiro para ser verificado no último capítulo, como maneira de visualizar, também, as suas conseqüências.

No segundo capítulo, pretende-se apresentar uma compilação das concepções atribuídas à Constituição, evidente que de maneira não exaustiva, e demonstrar o conceito adotado neste trabalho, o que proporcionará alicerces para julgar o reconhecimento do bloco de constitucionalidade no ordenamento pátrio.

Ademais, atentar-se-á para a idéia de sistema, característica fundamental para adentrar no sistema constitucional, uma vez que o bloco de constitucionalidade surge dessa noção de sistema constitucional. Em conseqüência, não se esquivará de revelar a distinção entre as espécies normativas, ou seja, regras e princípios, investigando as teorias que abordam o assunto e as dúvidas e inquietações que provém dessa abordagem, principalmente quando relacionado ao bloco de constitucionalidade. Por fim, suplantado na unidade constitucional, apresentará a hermenêutica constitucional como padrão justificante da sistemática constitucional.

No terceiro capítulo, buscar-se-á analisar a constitucionalização do direito como movimento marcante na caracterização e identificação do bloco de constitucionalidade, erigindo a constitucionalização do direito internacional e a internacionalização do direito constitucional como pedra de toque para perpetuar o conceito de bloco de constitucionalidade no direito brasileiro.

No quarto capítulo o objetivo é evidenciar, dentro do ordenamento jurídico brasileiro, a idéia de sistema constitucional, sendo esta impulsionada pela dimensão dos direitos fundamentais, como se constata no art. 5º, §2º e §3º, da Constituição Federal. Assim, essa visualização permitirá verificar a possível comparação entre o bloco de constitucionalidade e o sistema constitucional brasileiro.

Por fim, o quinto capítulo servirá de registro comparativo na análise do bloco de constitucionalidade com o sistema constitucional brasileiro, procurando identificar algumas conseqüências, no caso de seu reconhecimento.

CAPÍTULO 1 – O BLOCO DE CONSTITUCIONALIDADE

É premente a necessidade de percorrer os meandros de alguns institutos antes de atingir o fim proposto que é o Bloco de Constitucionalidade e seus desmembramentos. O fenômeno do Constitucionalismo[1] é um desses. O Constitucionalismo trilhou um processo lento e trabalhoso para ser conhecido como um movimento que imprimiu uma ordenação altamente capaz de vincular os governantes e governados ao atendimento dos anseios catalogados de liberdades públicas, separação dos poderes e proteção dos direitos e garantias fundamentais em um diploma normativo de superior hierarquia, resultando no que se denomina de Constituição.

Esse fenômeno presenciou seus rumores de existência, ainda que tímida, com os hebreus[2] e nas Cidades-Estado gregas[3], conhecido como o constitucionalismo antigo, em que se almejava assegurar determinada organização do Estado. Apareceu, posteriormente, na Idade Média como um movimento de conquista das liberdades individuais em oposição às opressões estatais, com a Magna Carta, e atingiu o seu apogeu no direito norte-americano e francês.

---

[1] A expressão "Constitucionalismo" pode representar diversos sentidos, sintetizando-o como um dos propósitos mais latentes e atuais da função e posição das Constituições nas diversas sociedades; comparado à evolução histórico-constitucional de um determinado Estado; como referência ao movimento político-social com origens históricas bastante remotas que pretende, em especial limitar o poder arbitrário (c.f. Gustavo Zagrebelsky. *Diritto Costituzionale*: Il Sistema delle Fonti Del Diritto); como uma imposição de que haja cartas constitucionais escritas (c.f. algumas palavras tecidas à respeito do assunto por: Karl Loewenstein. *Teoría de la Constitución*.).

[2] Com a criação dos limites ao poder político, por meio da imposição da conhecida "lei do Senhor".(C.f. Karl Loewenstein. *Teoría de la Constitución*. p. 154).

[3] Aproximadamente no século V a.c. os gregos demonstraram o primeiro caso real de democracia constitucional com a criação das Cidades-Estados, apesar dessa fase de constitucionalismo ter sido posteriormente interrompida por um longo período de concentração e abuso de poder.

Na Idade Média o ressurgimento do constitucionalismo esteve presente na Inglaterra, fruto das inquietações cultivadas, principalmente em 1215, com a concessão da Magna Carta, e, em seguida, com a *Petition of Rights* de 1628, com as revoluções de 1648 e 1688 e o *Bill of Rights* de 1689, apesar da sua tradição consuetudinária do Direito em que os seus institutos de natureza constitucional permanecem assentados em tradições e costumes do povo.

A pretensão em estabelecer uma implantação do princípio da primazia da lei, a qual todo o poder tem que ser legalmente limitado, em que pese o reconhecimento de sua iniciativa na Idade Média, foi apenas com o Constitucionalismo Moderno, com a consagração dos textos escritos, que a sua plena eficácia pôde ser verificada, estampada primeiramente na Constituição norte-americana de 1787 e pela Revolução Francesa de 1789.

Foi com a Constituição escrita que esses países conseguiram implementar seus ideais, buscando ainda que implicitamente, seu apoio no Constitucionalismo britânico, porém sedimentaram todos os aparatos normativos em um único texto. O Constitucionalismo norte-americano resultante de uma revolução, com a independência das Treze Colônias, surgiu da proposta do Congresso da Filadélfia em 1776, com a influência também da doutrina francesa, em especial em Charles de Montesquieu na sua obra “O espírito das leis”, em 1748.

Isso desencadeou nos países europeus a busca por uma Constituição, como se verifica pela história Francesa, com a captação de idéias do direito inglês e do direito norte-americano. Na verdade, Santi Romano leciona que a França apenas materializou uma reimportação do seu próprio direito ao buscar como modelo o direito norte-americano, uma

vez que este país escreveu a sua constituição suplantada na doutrina francesa, que fomentava a revolução com forte passagem pelas premissas de Montesquieu.[4]

Esse desenvolvimento do processo de construção da organização e estruturação dos Estados, alçando alguns elementos como primordiais, tal qual a separação dos poderes, a proteção dos direitos fundamentais, culminando, inclusive, na própria evolução desses direitos em diversas gerações, atinge patamares do Constitucionalismo Globalizado.

O Constitucionalismo Globalizado representa a real evolução do direito, produto da sua constitucionalização e internacionalização, como é visto constantemente no mundo contemporâneo, bastando analisar, para tanto, a pretendida criação da Constituição Européia.

José Joaquim Gomes Canotilho[5] sintetiza essa perspectiva no fenômeno da "Interconstitucionalidade", que é a articulação das Constituições, o que provoca problemas de conhecer qual é o Estado dessa Constituição global, já que a idéia de Constituição anda geralmente associada à idéia de Estado.

Essas evoluções e tentativas de fundamentações da origem embrionária do Constitucionalismo, buscando sempre a limitação do governo pelo Direito, é bem resumida nas palavras de André Ramos Tavares ao preceituar que:

> Fica absolutamente nítida, pois, a apresentação do constitucionalismo como movimento que, embora de grande alcance jurídico, apresenta feições sociológicas inegáveis. O aspecto jurídico revela-se pela pregação de um sistema dotado de um corpo normativo máximo, que se encontra acima dos próprios governantes – a Constituição. O aspecto sociológico está na movimentação social que confere a base de sustentação dessa

[4] Santi Romano. *Princípios de Direito Constitucional Geral*. p. 52.
[5] José Joaquim Gomes Canotilho. *"Brancosos" e Interconstitucionalidade:* itinerários dos discursos sobre a historicidade constitucional. p. 259/300.

> limitação do poder, impedindo que os governantes passem a fazer valer seus próprios interesses e regras na condução do Estado.[6]

O Constitucionalismo distanciando dos pensamentos de Hobbes, na sua obra *Leviatã*, Locke, no *Tratado do Governo Civil* e Rousseau, no *Contrato Social*, fundamenta e justifica o exercício do poder em sociedade. Assim, a Constituição que também representa uma forma deste exercício, reflete a evolução do Constitucionalismo apresentando algumas características ímpares que Canotilho leciona como conceito ideal de Constituição. Para o autor, a Constituição deve consagrar um sistema de garantias das liberdades, deve conter o princípio da divisão dos poderes, e, por fim, deve ser escrita.[7]

Sem adentrar nos conceitos contemplados pela doutrina acerca do termo "Constituição", haja vista ser este o conteúdo do próximo capítulo, o que se pretende neste instante é apenas ressaltar que a Constituição como produto do processo do Constitucionalismo possui substância que norteia todo um determinado ordenamento jurídico.

Vale dizer, a Constituição detentora do princípio da supremacia, da independência, da unidade e da presunção de constitucionalidade, sintetiza a regra básica de que todo o ordenamento jurídico está a ela subordinada, cumprindo o seu papel de documento de maior hierarquia normativa.

A Constituição serve, portanto, para dirigir os rumores de evolução e desenvolvimento de determinado país, e, sobretudo, como mecanismo de paradigma de observação do restante do sistema, que através do controle de constitucionalidade declara a

---

[6] André Ramos Tavares. *Curso de Direito Constitucional*. p. 02.
[7] José Joaquim Gomes Canotilho. *Direito Constitucional*. 1993.

compatibilidade de todo o ordenamento jurídico com o seu próprio conteúdo, tendo em vista o princípio de sua supremacia.

Nesse incessante e interminável Constitucionalismo, resta a indagação: o que é a Constituição; quais são as normas que a compõem; qual é o conteúdo da Constituição, tendo em vista a sua importância em expressar qual lei ou ato normativo está em conformidade ou não com seus enunciados. Essas dúvidas são possíveis pela indescritível importância que a Constituição representa para as demais normas de um ordenamento jurídico, uma vez que carrega imbricada ao seu *corpus* a supremacia hierárquica das normas jurídicas.

Essa materialização do que seja a norma constitucional é o que a doutrina denomina de Bloco de Constitucionalidade. Esse instituto que verdadeiramente representa a pedra de toque do ordenamento jurídico é figura inquestionável no processo de fiscalização normativa abstrata, pois a exata qualificação conceitual dessa categoria jurídica projeta-se como fator determinante do caráter constitucional, ou não, dos atos normativos produzidos em um dado país.

1.1. CONCEITO

A Constituição, dotada de extrema rigidez para produção de suas normas, por um procedimento cauteloso de adequação do ordenamento jurídico ao seu conteúdo, de um órgão guardião pela sua permanência e durabilidade e, principalmente, pela subordinação das demais normas infraconstitucionais, impõe uma dificuldade em caracterizar quais normas são qualificadas como constitucionais. Significa dizer que, como as normas constitucionais possuem determinadas características que lhes atribuem uma

natureza jurídica distinta das demais, identificar como tal, qualquer norma jurídica, exige um cuidado para não reconhecer como norma constitucional àquela que não o seja, justamente pela peculiaridade e superioridade que ela carrega.

Essa tarefa de definir quais são as normas que compõem a Constituição e, portanto, aquelas aptas a tornearem o instituto do Bloco de Constitucionalidade, demonstrando as balizas constitucionais de determinado país, acabam por se tornar mais árdua quando visualizada de uma maneira global, ou seja, sem definir previamente um ordenamento jurídico em específico. O conceito do Bloco de Constitucionalidade está enrijecido nessa problemática.

Nas formulações de Francisco Rubio Llorente verificam-se justamente essas dificuldades ao procurar estabelecer uma definição para o bloco de constitucionalidade. Em seus dizeres:

> *La expresión "bloc de constitutionnalité" no es, em consecuencia, la denominación de uma categoria, sino el enunciado de un problema, y de un problema, además, que no hace referencia alguma, ni de lejos ni de cerca, a la función de delimitación competencial que realizan al menos parte de las normas que entre nosotros se consideran parte del bloque de la constitucionalidad.*[8]

De acordo com a linguagem escorreita a palavra "bloco"[9] significa algo sólido, duro, compacto, um conjunto de coisas consideradas como uma unidade. Fazendo a junção do termo bloco com a expressão Constituição, e em razão da própria definição de bloco, é possível extrair que Bloco de Constitucionalidade é algo como um conjunto de normas constitucionais consideradas em sua unidade.

---

[8] Francisco Rubio Llorente. *El bloque de la constitucionalidad*. p. 109.
[9] HOUAISS. Dicionário da Língua Portuguesa. 2001.

Louis Favoreu[10] conceitua o bloco de constitucionalidade como "*conjunto de normas situadas en el nivel constitucional, cuyo respecto se impone a la ley"*. São verdadeiramente os princípios e regras de valor constitucional.

Ignacio de Otto delineia que bloco de constitucionalidade são "*todas aquellas leyes cuya infracción determina la inconstitucionalidad de otras leyes que tienen, sin embargo, idéntico rango a las primeras*".[11]

L. M. Díez Picazo sedimenta que o bloco de constitucionalidade é em última instância apenas uma expressão, definindo como sendo um "*conjunto de normas que efectivamente se utilizan como punto de referencia en los juicios para los que es competente el Tribunal Constitucional*".[12]

Francisco Rubio Llorente[13] assevera que definir o bloco de constitucionalidade é "*tratar de establecer un concepto material de 'Constitución' que no coincide exactamente, o solo parcialmente, com el concepto puramente formal*".

Na doutrina brasileira encontramos o posicionamento de José Alfredo de Oliveira Baracho[14], ao enquadrar o princípio da subsidiariedade no conteúdo do bloco de constitucionalidade, afirmando que o "bloco de constitucionalidade está constituído por um conjunto de normas que não pertencem formalmente à Constituição". Em continuidade leciona o autor:

> Como norma jurídica básica, a aplicação imediata e direta dos princípios constitucionais constitui não apenas um mandato genérico ao legislador

[10] Louis Favoreu. *El bloque de la constitucionalidad*. p. 19.
[11] Ignacio de Otto. *Derecho constitucional. Sistema de Fuentes*. p. 94/95.
[12] L. M. Díez-Picazo, *apud* Louis Favoreu; Francisco Rubio Llorente. *El bloque de la constitucionalidad*. p. 159.
[13] Francisco Rubio Llorente. *Op. cit*. p. 191.
[14] José Alfredo de Oliveira Baracho. *O princípio de Subsidiariedade*: conceito e evolução. p. 80.

> ordinário, que deverá incorporar os princípios constitucionais ao Direito positivo ordinário. Está o legislador obrigado a adequar-se ao ordenamento e aos princípios da Constituição".

Bernardo Leôncio Moura Coelho[15] advoga que o bloco de constitucionalidade trata de uma "condensação de princípios que se situa num plano supra-constitucional e que servirá de parâmetro para as decisões que envolvam os temas nele inseridos".

A importância do bloco de constitucionalidade se apresenta, justamente, por estar inserido dentro da estrutura constitucional no estudo do controle de constitucionalidade das leis e, também, na hierarquia das normas jurídicas.

As Constituições, inegavelmente, são dotadas de certa carga axiológica superiores às demais normas, o que vincula, no momento da elaboração das normas inferiores a observância das premissas constitucionais, compatibilizando-as material ou formalmente. Tal adequação apenas se torna efetiva em face da característica de algumas Constituições serem rígidas, ou seja, necessitar de um processo mais gravoso para sua alteração do que o processo estipulado para as demais leis[16].

---

[15] Bernardo Leôncio Moura Coelho. O Bloco de constitucionalidade e a proteção à criança. p. 260. O mesmo tema é abordado pela presente autor na dissertação "Proteção Jurídico-Constitucional da Criança", para obtenção do título de Mestre pela Universidade Federal de Minas Gerais, em junho de 1993.

[16] Isso não significa dizer que nas Constituições flexíveis não é possível o controle de constitucionalidade. Canotilho afirma que existe a possibilidade de ocorrer o controle de constitucionalidade em sistemas de constituição flexível, isto porque há normas que dispõem sobre a forma de produção das normas gerais, cuja inobservância poderá dar origem à inconstitucionalidade formal. (José Joaquim Gomes Canotilho. *Direito Constitucional*. 5ª ed. p. 973). Além disso, o mesmo autor, demonstra também que pode haver rigidez sem controlo jurisdicional: é o caso da Constituição francesa de 1875, que, sendo rígida, excluía qualquer controlo judicial. (José Joaquim Gomes Canotilho. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 6ª ed. p. 884.).

Essa compatibilidade constitucional das normas é o que Canotilho denomina de parâmetro constitucional e envolve duas posições doutrinárias conflitantes:

> Todos os actos normativos devem estar em conformidade com a Constituição (art. 3º/3). Significa isso que os actos legislativos e restantes actos normativos devem estar subordinados, formal, procedimental e substancialmente, ao parâmetro constitucional. Mas qual é o escalão normativo de acordo com o qual se deve controlar a conformidade dos actos normativos? As respostas a este problema oscilam fundamentalmente entre duas posições: (1) o parâmetro equivale à constituição escrita ou leis com valor constitucional formal, e daí que a conformidade dos actos normativos só possa ser aferida, sob o ponto de vista da sua constitucionalidade ou inconstitucionalidade, segundo as normas e princípios escritos na constituição (ou entre as leis formalmente constitucionais); (2) o parâmetro constitucional é a ordem constitucional global, e, por isso, o juízo de legitimidade constitucional dos actos normativos deve fazer-se não apenas segundo as normas e princípios escritos das leis constitucionais, mas também tendo em conta princípios não escritos integrantes da ordem constitucional global. Na perspectiva (1), o parâmetro da constitucionalidade (=normas de referência, bloco de constitucionalidade) reduz-se às normas e princípios da constituição e das leis com valor constitucional; **para a posição (2), o parâmetro constitucional é mais vasto do que as normas e princípios constantes das leis constitucionais escritas, devendo alargar-se, pelo menos, aos princípios reclamados pelo espírito ou pelos valores que informam a ordem constitucional global**".[17] (grifo nosso)

Como se constata, o conceito atribuído ao termo "bloco de constitucionalidade" não se altera de maneira expressiva entre a doutrina, em que pese a sua importância e finalidade no sistema. Mas, compreender com exatidão o significado que surge da noção de bloco de constitucionalidade, determina o paradigma de confronto que alicerçará a tutela da ordem constitucional quando do manuseio do controle de constitucionalidade.

Seguindo esse raciocínio, Celso de Mello afirma que "a delimitação conceitual do que representa o parâmetro de confronto é que determinará a própria noção

---

[17] José Joaquim Gomes Canotilho. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 1998. p. 811/812.

do que é constitucional ou inconstitucional, considerada a eficácia subordinante dos elementos referenciais que compõem o bloco de constitucionalidade".[18]

Assim, o bloco de constitucionalidade extrapola os limites de uma Constituição escrita buscando valores que permeiam ao redor da norma constitucional escrita e, em função da sua relevância material no sistema, principalmente como paradigma para controle de constitucionalidade, acaba por tornar-se essencialmente norma constitucional.

Consubstanciado nessa ideologia, o Supremo Tribunal Federal[19], distanciando das exigências inerentes ao positivismo jurídico, proclamou que a Constituição Federal, muito mais do que o conjunto de normas e princípios nela formalmente positivados há de ser também entendida em função do próprio espírito que a anima, afastando-se, desse modo, de uma concepção impregnada de evidente minimalismo conceitual.

O que se aparenta dificultoso é constatar o efetivo conteúdo do bloco de constitucionalidade, haja vista a heterogeneidade do ordenamento de cada país. Logo, apresentam-se cada qual com as suas peculiaridades. Antes de adentrar nessa polêmica, vislumbra-se necessário apresentar a origem e evolução do instituto.

1.2. ORIGEM E EVOLUÇÃO

[18] Posicionamento exarado na Ação Direta de Inconstitucionalidade 595 – ES, encontrado inclusive no informativo 258 do STF.
[19] RE n. 78.984 – RJ, Rel. para acórdão Min. Cordeiro Guerra, in RTJ 71/289; e RE n. 83.835 – SP, Rel. Min. Cordeiro Guerra, in RTJ 77/657.

A doutrina corrente consolidou o pensamento de que a origem da expressão "Bloco de Constitucionalidade" é fruto de uma construção doutrinária dos administrativistas franceses que criaram a teoria do "bloco legal", especialmente utilizada por Maurice Hauriou para aludir a atuação do Conselho de Estado no controle dos atos administrativos. Assim, para Hauriou, quando o Conselho de Estado controla os atos administrativos, deve verificar sua adequação com a legalidade. Entretanto, na visão do citado autor, a legalidade não era direcionada apenas à lei, mas também aos princípios gerais do direito e outra série de normas.[20]

Embora o desenvolvimento doutrinário sobre o tema apresente este apontamento, acredita-se que a melhor argumentação encontra-se ainda com Hauriou, porém o direcionamento da justificativa é que está disposto em passagens distintas nos trabalhos desenvolvidos pelo autor.

Hauriou conceitua a Constituição como um conjunto de regras relativas ao governo e a vida da comunidade estatal, consideradas desde o ponto de vista da existência fundamental desta. No conjunto dessas regras compreender-se-iam aquelas relativas à ordem individualista, às liberdades individuais e as relacionadas à organização política e ao funcionamento do governo. Em contrapartida, a forma específica dessas regras apresentam três classes: as regras práticas e costumeiras da Constituição; as regras de legalidade constitucional, ou seja, a regulamentação das matérias constitucionais pela lei ordinária; e, por fim, a superlegalidade constitucional.

Destoando da fundamentação consagrada pela doutrina em geral, acredita-se que nesta divisão é que o bloco de constitucionalidade teria apresentado seus primeiros

[20] Louis Favoreu. *El bloque de la constitucionalidad.* p. 58-59.

rumores, precisamente nas regras de superlegalidade constitucional, que são as regras de regulamentação das matérias constitucionais por leis especiais, mas que somente em suas formas são chamadas Constituições escritas ou Constituições rígidas.

Nas palavras de Hauriou, o conteúdo da superlegalidade constitucional, representa:

> *Unas de las ventajas del vocablo superlalegalidad constitucional, que hemos adoptado, consiste en que nos permite libertarnos del concepto de Constitución escrita, en lo que tiene de excesivamente rígido.* ***Sería un error creer que la superlegalidad constitucional no se refiere más que a lo que consta en la Constitución; comprende también todos los principios fundamentales del régimen****, es decir, los principios individualistas – que son la base del Estado – y los principios políticos – que son la base del governo. Estos princípios integran una especie de legitimidad constitucional, colocada por encima de la Constitución escrita (...). Los principios de nuestras libertades públicas no constan en la Constitución escrita; es cierto. Pero forman parte de la superlegalidad constitucional, porque constituyen um elemento de la legitimidad constitucional que está por encima de la misma Constitución escrita (...). Es, pues completamente inútil esforzarse em demonstrar que la Constitución de 1875 se ha referido tacitamente a las Declaraciones de derechos o que ha debido referirse a ellas. Inútil también discutir si las Declaraciones de derechos son o no textos jurídicos que posean valor constitucional. La cuestión está situada ya fuera de los textos, sobre el terreno de los princípios jurídicos, y fuera de la Constitución escrita, sobre el terreno de la legitimidad constitucional. Y esto destruye la opinión, demasiado tímida, de los que, renunciado a encontrar uma base jurídica a los principios de las libertades, se resignan a no ver em ellos más que principios morales.*[21] (grifo nosso)

Independentemente da possível divergência quanto ao surgimento do instituto jurídico, certo é que, o bloco de constitucionalidade ganha repercussão[22] de maneira assente com a emblemática decisão, sobre a liberdade de associação[23], do

[21] Maurice Hauriou. *Princípios de Direito Público e Constitucional*. p. 325-328.
[22] É de admitir que antes de 1971 o Conselho Constitucional Francês já havia dado uma interpretação extensiva do conceito de Constituição, englobando as leis orgânicas no bloco de constitucionalidade, porém a evolução histórica do bloco de constitucionalidade cita como mais expressiva a decisão de 16 de julho de 1971.
[23] Decisão n. 71-44 DC de 16 de julho de 1971.

Conselho Constitucional Francês em 16 de julho de 1971. Louis Favoreu e Loïc Philip[24] afirmam que esta decisão se revestiu de importância tendo em vista que ela consagra de maneira definitiva o valor jurídico do Preâmbulo, alarga a noção de conformidade à Constituição, aplica os princípios fundamentais reconhecidos pelas Leis da República, afirma o papel do Conselho como protetor das liberdades fundamentais e faz da liberdade de associação uma liberdade constitucional.

Procurando contextualizar em breves palavras essa decisão, é possível dizer que o Conselho Constitucional Francês foi instituído pela Constituição de 1958, pelo título VII, com o intuito de desempenhar um papel simples e eminentemente político. Sua função seria evitar um regime de predomínio da vontade do parlamento sobre a de todos os órgãos. A sua existência foi praticamente ignorada pela opinião pública, sobretudo durante os primeiros anos desde a sua criação[25]. Foi essa tradição que o Conselho Constitucional conseguiu alterar passando a submeter a lei à ordem constitucional e a integrar o conjunto dos direitos do homem.

No início da década de 70, uma lei de 1936 que objetivava combater grupos e milícias privadas, acabou por fundamentar a dissolução de um pequeno partido de esquerda chamado *"La Gauche Prelétarienne"*. O assunto ganhou tamanha expressividade

---

[24] Louis Favoreu; Loïc Philip. *Les Grandes Décisions du Conseil Constitutionnel*. p. 227. *"Il est bien évident que c'est le deuxième considérant qui donne tout son intérêt à la décision, ainsi qu'une portée considérable : il consacre tout d'abord, de manière définitive, la valeur constitutionnelle du Préambule; reconnaît at applique 'les principes fondamentaux reconnus par leslois de la République'; élargit la notion de conformité à la Constitution; affirme son role de protecteur des libertés publiques et par là même sa 'stature'"*.

[25] Sobre o Conselho Constitucional Francês. Louis Favoreu. *As Cortes Constitucionais*. p. 93-102; Louis Favoreu. *Cours Constitutionnelles Européennes et droits fondamentaux*. p. 225-240; L. Philip, *Le Conseil constitutionnel*, in L'écriture de la Constittution de 1958. p. 481. Pierre Bon. *La legitimité du Conseil Constitutionnel français*, in Legitimidade e legitimação da justiça contitucional, Colóquio do 10º Aniversário do Tribunal Constitucional, Coimbra, 1995. p. 139 a 154; Beatriz Segorbe, Cláudia Trabuco. *Conselho Constitucional Francês*. 2004.

que um grupo de cidadãos, inclusive personalidades como M. Leyris, Sartre e Simone de Beauvoir, demonstrando a sua rejeição, constituíram uma associação conhecida como *“l’Association des Amis de la Cause du Peuple”*.

A constituição das instituições estava regulamentada em uma lei de 1901, que exigia o depósito de uma declaração sobre a organização e seus propósitos e de uma cópia dos estatutos da associação junto do Presidente da Câmara de Paris. Este deveria proceder à publicação daquela informação no Jornal Oficial.

O Chefe de Polícia de Paris, por ordem do Ministro do Interior, M. Marcellin, recusou aos fundadores da “Associação dos Amigos da Casa do Povo” a sua publicação, pois este considerava que a associação não era mais do que um ressurgimento do partido que fora extinto. A associação recorreu ao Tribunal Administrativo de Paris, alegando o excesso do poder de recusa. Como resposta, este Tribunal, fundamentando a sua decisão em vasta jurisprudência do Conselho de Estado, órgão superior do contencioso administrativo francês, acabou por ordenar a publicação oficial dos estatutos da associação, que conseguiu finalmente constituir-se.

Reconhecendo previamente uma derrota em caso de recurso perante o Conselho, o Governo apresentou sua tese ao Parlamento sob forma de projeto de lei, a qual tinha como objeto a alteração do art. 7º da Lei de Liberdade de Associação de 1901, atribuindo ao Presidente da Câmara poderes para remeter a documentação sobre a constituição de novas associações ao Procurador da República, para um controle prévio, nos casos em que se suspeitasse que a futura associação pretendia reconstituir uma associação já extinta, mas considerada com fim imoral ou ilegal, ou mesmo qualquer outra que intentasse desiderato contrário ao interesse nacional.

Visava o projeto submeter às associações a um controle prévio da conformidade de suas atividades com as leis e aos bons costumes, assim como ao exame da existência ou não de atentado contra a integridade do território nacional ou a forma republicana, a serem realizados por parte de autoridade judiciária através de iniciativa do executivo local.

No caso, o Governo sofreu oposição ao projeto por parte do Senado, o qual, conforme o art. 61, 2ª parte, da Constituição de 1958, enviou-o ao Conselho Constitucional de forma a submetê-lo ao controle da constitucionalidade.

Nessa decisão, o Conselho Constitucional, pela primeira vez, invocou os "princípios fundamentais reconhecidos pelas Leis da República", considerando a liberdade de associação como uma liberdade constitucionalmente plasmada. Assim, passou a consagrar, de forma definitiva, o valor jurídico do Preâmbulo, alargando o critério por que afere a constitucionalidade das leis, bem como assumiu um papel de defensor das liberdades fundamentais. Pierre Bon[26] admite que "*la reconnaissance, par la décision 71-44 du juillet 1971, d'une pleine valeur constitutionnelle aux dispositions du Préambule a radicalement changé les perspectives du contrôle de la constitutionnalité*".

O Conselho Constitucional elevou a liberdade de associação ao patamar de princípios fundamentais reconhecidos pela lei da República, passando a compor o Bloco de Constitucionalidade, já que o art. 2º da Lei de 1901 considerava que "as associações de pessoas poderão se formar livremente sem autorização nem declaração prévia". Assim, com patamar de norma constitucional, a liberdade de associação assumiu um papel decisivo no ordenamento jurídico francês, consagrando o valor jurídico do Preâmbulo da

Constituição de 1958, o qual integra no seu texto o respeito tanto à Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789, como também ao Preâmbulo da Constituição de 1946, este, por sinal, faz menção aos princípios fundamentais reconhecidos pelas leis da República.

Dessa forma, a decisão de 1971 proporcionou evoluções de duas matizes: uma quantitativa, pois conduziu em elevar as disposições e princípios que passaram a fazer parte integrante do Bloco de Constitucionalidade; e outra qualitativa, na medida em que a inserção na Constituição de um conjunto de princípios e regras relativos a direitos e liberdades fundamentais ocasionou a alteração da própria natureza da Constituição.[27] Em suma, a decisão sobre a liberdade de associação confirma não apenas a existência de um documento, a Constituição de 1958, mas também de um verdadeiro "bloco" dotado materialmente de normas constitucionais.

Miguel Josino Neto descreve o que a decisão de 16 de julho de 1971 representa para o direito francês e para o bloco de constitucionalidade.

> A partir de 1971 o Conselho Constitucional, usando do seu poder de interpretação, passou a recriar, incessantemente, a Constituição. Recriar a Constituição significa ampliar os seus domínios, espargir seus horizontes, encarando-a como um sistema aberto de regras e princípios permeável a valores jurídicos suprapositivos, onde a idéia de justiça e de plena concretização dos direitos fundamentais têm um papel de significativa relevância. A compreensão do que seja o bloco de constitucionalidade permite um reencontro com o direito e a ética, a partir da perspectiva de que a releitura de princípios, e a incorporação de outros, dá à Constituição uma nova dimensão, valorizado a dignidade da pessoa humana, a solidariedade, a paz, a justiça e a igualdade.[28]

---

[26] Pierre Bon. *La legitimité du Conseil Constitutionnel français*, in Legitimidade e legitimação da justiça contitucional, Colóquio do 10º Aniversário do Tribunal Constitucional, Coimbra, 1995. p. 147.
[27] Louis Favoreu e Loïc Philip. *Les Grandes Décisions du Conseil Constitutionnel*. p. 222-237.
[28] Miguel Josino Neto. O bloco de constitucionalidade como fator determinante para a expansão dos direitos fundamentais da pessoa humana. p. 02.

O bloco de constitucionalidade proveniente de uma teoria recente e de escassa literatura passa a galgar foros de importância, evoluindo ligeiramente como uma forma de necessidade de proteção das conquistas populares, como suporte para as decisões das Cortes Constitucionais, e exige uma análise apurada da doutrina de modo a aclarar qual seria o seu conteúdo.

Nesse contexto, o bloco de constitucionalidade expande as disposições dotadas de valor constitucional, ampliando, pois, os direitos e as liberdades públicas, abrindo espaço para o crescimento e fortalecimento dos direitos fundamentais do homem[29].

1.3. CONTEÚDO DO BLOCO DE CONSTITUCIONALIDADE

Vamos deter-nos, contudo, ao conteúdo do bloco de constitucionalidade na França e na Espanha, e ao final do trabalho, no Brasil[30]. A escolha por essa metodologia é visualizada justamente pela essência do instituto em analisar o ordenamento jurídico de cada país em separado, haja vista as suas particularidades, construindo isoladamente o seu próprio bloco de constitucionalidade.

---

[29] G. Bidart Campos. *El Derecho de la Constituición y su Fuerza Normativa*. p. 264.
[30] Sobre o bloco de constitucionalidade na Argentina. José Miguel Onaindia. Bloque de Constitucionalidad. p. 488-494.

Corroborando essa necessidade de tratamento isolado do conteúdo do bloco de constitucionalidade em cada país, por não haver consenso quanto ao mesmo, recorremos a Louis Favoreu, que preceitua:

> *Esta noción española del "bloque de constitucionalidade" no tiene nada que ver con la noción francesa, porque la noción francesa no hace referencia a normas, sino más bien a uma Idea, al enunciado de un problema. Em cualquier caso, em mi opinión, el sistema francês quizá pueda tener cierto interes para el caso espanõl. O, mejor, digamos que reciprocamente unos y otros podemos sacar provecho de la definición del bloque de constitucionalidad y de la investigación conjunta em torno a todo este tema.*[31]

Não é outro o pensamento de P. Cruz Villalón[32] conforme se depreende da seguinte passagem, "*la primera impresión es que hay um cierto desánimo relativo al concepto mismo que hoy nos ha reunido, quizá un poco más como pretexto de otra cosa, porque cada vez se ve con mayor nitidez la especialidad de la razón de ser del bloque de constitucionalidad en cada ordenamiento*".

J. Pérez Royo chega ao extremo de opinar pela inutilização da expressão bloco de constitucionalidade, em razão da sua plena discussão acerca do conteúdo.

> *Yo insisto, después de la discusión de hoy, en que el problema sigue existiendo, porque la utilización de la expresión 'bloque de constitucionalidad' me parece que no nos ayuda a resolver el problema en absoluto y por eso creo que sería mejor no seguir utilizándola, ya que además surge en otro ordenamiento con un sentido que no tiene absolutamente nada que ver con el que nosotros le damos cuando hablamos de "bloque de constitucionalidade"*.[33]

---

[31] Louis Favoreu. *El bloque de la constitucionalidad*. p. 58.
[32] P. Cruz Villalón *apud* Louis Favoreu; Francisco Rubio Llorente. *El bloque de la constitucionalidad*. p. 165.
[33] J. Pérez Royo a*pud* Louis Favoreu, Francisco Rubio Llorente. *El bloque de la constitucionalidad*. p. 202.

Dessa forma, suplantado na dificuldade reconhecida pelos doutrinadores franceses e espanhóis em identificar uma unicidade de conteúdo do bloco de constitucionalidade, resta apenas eleger específicos ordenamentos e aprofundá-los.

1.3.1. Bloco de Constitucionalidade na França

O Conselho Constitucional Francês, nas suas decisões, procura fazer menção aos princípios e regras de valor constitucional, como um conjunto de normas cujo respeito se impõe à lei, e não à expressão bloco de constitucionalidade, pois o uso deste está intrinsecamente relacionado à doutrina, mais especificamente aos comentários exarados, por esta, à importante decisão de 16 de julho de 1971, que compreende a discussão acerca da liberdade de associação.

Louis Favoreu pondera que a expressão bloco de constitucionalidade é uma criação doutrinária, pois o juiz constitucional não utiliza desse termo, mas sim, da expressão Constituição, em seu sentido global. Nas suas palavras, "*el juez constitucional francês no emplea la expresión 'bloque de constitucionalidade'; emplea la expresión 'la Constitución', que incluye os cuatro textos*"[34].

Os textos que formam o bloco de constitucionalidade francês são a Constituição de 1958, a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789, o Preâmbulo da Constituição de 1946, e os Princípios Fundamentais reconhecidos pelas leis da República.[35]

---

[34] Louis Favoreu. *El bloque de la constitucionalidad*. p. 199.

[35] Sobre a conciliação entre as normas de referência no direito francês: Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão (1789); legalidade da IIIª República; Preâmbulo da Constituição de 7 de outubro de 1946 e os Princípios Fundamentais reconhecidos pela

1.3.1.1. Constituição de 1958

Os enunciados existentes na Constituição de 1958 representam a parcela significativa do conteúdo do bloco de constitucionalidade francês, apresentando todos eles, porém, uma força equânime, igualitária, sem qualquer possibilidade de expressar uma sobreposição, ou mesmo, uma hierarquização normativa. Louis Favoreu assinala ainda que, os dispositivos dessa Constituição revelam patamares de sessenta por cento da fundamentação das decisões do Conselho Constitucional, conforme estudo viabilizado sobre a temática.[36]

Essas disposições, apesar de em sua maior parte se referirem à regulamentação dos poderes públicos, é cediço que muitas afetam diretamente os direitos e liberdades fundamentais: o artigo 2º refere à liberdade religiosa, liberdade de consciência, a não discriminação por razão de origem; o artigo 3º, aos direitos cívicos; o artigo 4º, partidos políticos; o artigo 64º, independência da magistratura; e o artigo 66ª que trata da liberdade individual e da proteção pela autoridade individual.

1.3.1.2. Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão

A Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789 passou a adquirir fecunda aplicabilidade com a decisão da liberdade de associação, em 1971,

---

lei da República, conferir. Christian Bidegaray; Claude Emeri. *La definition constitutionnel et droits de L'home*. p. 13-39.

[36] Louis Favoreu. *El bloque de la constitucionalidad*. p. 25-26.

momento em que o Conselho Constitucional deixou assente o seu valor constitucional na integralidade, sem permitir quaisquer resquícios de dúvidas acerca de seu valor normativo.

A primeira vez que a Declaração serviu como parâmetro de controle remonta de uma decisão de 27 de dezembro de 1973, quando fundamenta a declaração de inconstitucionalidade de uma lei de finanças que violava expressamente o seu art. 6º. Na verdade, a partir de então, o Conselho Constitucional não economiza elogios à Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, a ponto de demonstrar a sua importância, em uma decisão de 16 de janeiro de 1982, declarando que apesar da sua "idade" este documento tinha uma força equivalente pelo menos à reconhecida ao Preâmbulo de 1946.

1.3.1.3. Preâmbulo da Constituição de 1946

O Preâmbulo de 1946, conforme aplicação pelo Conselho Constitucional, é uma declaração de direitos econômicos e sociais que completa a Declaração de Direitos de primeira geração de 1789.

Considerada parte integrante do bloco de constitucionalidade em razão da famosa decisão de 1971, as disposições do Preâmbulo da Constituição de 1946 foram aplicadas pela primeira vez, enquanto critério para aferição da constitucionalidade de uma norma, em uma decisão de 15 de janeiro de 1975.[37] Desde então, várias foram os pronunciamentos suplantados no Preâmbulo de 1946.

Tal como acontecera com a Declaração Universal, discutiam se todas as disposições do Preâmbulo da Constituição de 1946 teriam valor jurídico-positivo. O

[37] Louis Favoreu. *El bloque de la constitucionalidad*. p. 28.

Conselho Constitucional sempre se negou a fazer qualquer distinção entre elas, considerando-as todas diretamente aplicáveis.

1.3.1.4. Princípios Fundamentais das Leis da República

O Conselho Constitucional tem revelado uma forma prudente para o reconhecimento dos princípios fundamentais das leis da República. Na verdade, tem-se fixado, progressivamente, critérios restritivos para estabelecer a existência de um princípio fundamental como: a necessidade de tratar de uma legislação republicana, o que descarta a produzida durante outros regimes; e, esta legislação republicana deve ter sido aprovada antes da entrada em vigor do Preâmbulo de 1946, ou seja, antes de 27 de outubro de 1946.[38]

O que se pode compreender é que os princípios fundamentais reconhecidos pelas leis da República acabam por compor o bloco de constitucionalidade, uma vez que o Preâmbulo da Constituição de 1958, não os mencionando expressamente, faz referência ao Preâmbulo da Constituição de 1946, que os reafirma solenemente, atribuindo-lhes um valor equivalente ao dos direitos e liberdades consagrados na Declaração de 1789.

A prudência elegida pelo Conselho Constitucional em caracterizar esses princípios fundamentais das leis da República como elementos integrantes do bloco de constitucionalidade, bem como a tentativa de evitar a sua invocação para fundamentar qualquer decisão de inconstitucionalidade, revela a circunstância de serem identificados, pela doutrina, como “elementos marginais” do bloco de constitucionalidade.

[38] *Id. Ibid*. p. 31/32.

Com essas cautelas necessárias, o Conselho Constitucional tem admitido e aplicado como norma constitucional os seguintes princípios: liberdade de associação[39]; direito de defesa[40]; liberdade individual[41]; liberdade de cátedra[42]; liberdade de consciência[43]; independência da jurisdição administrativa[44]; independência dos professores universitários[45]; competência exclusiva da jurisdição administrativa em matéria de anulação de atos de autoridade pública[46]; e, finalmente, a autoridade judicial como guardiã da propriedade privada[47].

1.3.2. Bloco de Constitucionalidade na Espanha

O que se depreende claramente do ordenamento jurídico espanhol, no que concerne à sua construção do bloco de constitucionalidade, é que este não consegue atingir um nível de clareza na sua delimitação. Apenas pode-se afirmar que a percepção de sua aparição se circunscreve nas decisões de delimitação competencial entre os Estados e as Comunidades Autônomas; nas decisões dos juízes dos Tribunais quando da decisão de uma questão de inconstitucionalidade; ou então, quando o Tribunal faz menção a um conjunto

[39] 71-44 DC de 16 de julho de 1971, Rec. 29.
[40] 76-70 DC de 02 de dezembro de 1976, Rec. 39.
[41] 76-75 DC de 12 de Janeiro de 1977, Rec. 33.
[42] 77-87 DC de 23 de novembro de 1977, Rec. 42.
[43] 77-87 DC de 23 de novembro de 1977, Rec. 42.
[44] 80-119 DC de 22 de julho de 1980, Rec. 49.
[45] 83-165 DC de 20 de janeiro de 1984, Rec. 30.
[46] 86-224 DC 224 de 23 de janeiro de 1987, Rec. 8; 89-261 DC de 28 de julho de 1989, JO de 01 de agosto de 1989, p. 9681.
[47] 89-256 DC de 25 de julho de 1989, JO de 28 de julho de 1989, p. 9501.

de normas que não estão incluídas na Constituição e nem delimitam competências, mas cuja infração determina a inconstitucionalidade da lei posta a exame.[48]

Procurando resumir a dicotomia do bloco de constitucionalidade espanhol, poder-se-ia dizer que em determinados momentos o bloco de constitucionalidade é um conjunto de normas aplicáveis ao caso, em outras, o bloco seria o elenco de todas as normas que prevalecem sobre as restantes leis em relação à delimitação de competências entre Estado e Comunidades Autônomas.

Francisco Rubio Florente reconhece a dificuldade conceitual da expressão bloco de constitucionalidade, assim como a inércia do seu desenvolvimento, precisamente no direito espanhol, porém imputa isso ao fato de a própria doutrina pátria enxergar o bloco como um dado que resulta do direito positivo, logo, não encontrando ânimo para convertê-la em categoria dogmática. Por isso, a utilização da expressão apresentaria essa debilidade conceitual.

Por esses e outros obstáculos o presente autor afirma que "*la literatura jurídica francesa se ha tomado sólo una expresión, que es aquí aplicada a una realidad 'toto coelo' diferente, y que, en consecuencia, es inútil tratar de encontrar allí ilustración para nuestros problemas*".[49]

Em que pese essa construção ideológica, Francisco Rubio Florente[50] admite que o bloco de constitucionalidade é o conteúdo essencial da Constituição Total do Estado Espanhol. Assim, a Constituição Total seria formada por um conjunto de normas positivas de valor superior que distribui territorialmente o poder entre as instâncias centrais e outras

[48] Francisco Rubio Florente. *El bloque de la constitucionalidad*. p. 98.
[49] *Id. Ibid.* p. 109.
[50] *Id. Ibid.* p. 117-118.

instâncias territoriais, bem como por todas aquelas normas que impõem limites ao legislador central ou territorial, isto é, sobre todas as normas que consagram direitos fundamentais. Em conseqüência, o núcleo essencial está necessariamente integrado pelas normas de delimitação competencial.

Nesse compasso, o bloco de constitucionalidade está formado por normas materialmente e formalmente constitucionais. Dentre as normas formalmente constitucionais é possível ventilar as previstas no título VIII da Constituição (normas constitucionais primárias); e as que formam o corpo central do bloco, isto é, as normas de delimitação competencial contidos nos Estatutos de Autonomia (normas constitucionais secundárias).[51]

Em conjunto com as normas constitucionais primárias e secundárias, o bloco de constitucionalidade compreende também uma verdadeira variedade de normas de valor subconstitucional. Algumas previstas expressamente na própria Constituição como normas de delimitação competencial ou de regulação do exercício de competências estatutárias concretas; outras possíveis em virtude de uma expressa habilitação ao legislador; e outras incluídas na permissão de alguns Estatutos de Autonomia, com fórmulas variadas, cujas diferenças são, na prática, irrelevantes.

Dessa forma, como maneira de sintetizar o campo de composição do instituto, resta apenas asseverar que o conteúdo do bloco de constitucionalidade encontra-se em mutação constante, independentemente do ordenamento jurídico em observação, justamente porque a dinâmica social e a própria natureza real das coisas impõem essa

[51] Francisco Rubio Florente afirma que os estatutos possuem um valor superior ao resto das leis, orgânicas ou ordinárias, e esta superioridade de valor é que qualifica normalmente as normas constitucionais secundárias ou leis constitucionais. (*El bloque de la constitucionalidad*. p. 119).

evolução. Assim, a compreensão desse tema requer reflexões permanentes e, sobretudo, um acompanhamento do desenrolar das decisões das cortes constitucionais, pois são elas que definem os parâmetros utilizados para a declaração da constitucionalidade ou não das normas, haja vista o seu reconhecimento como legislador negativo, no caso, o Supremo Tribunal Federal, estampado no posicionamento da doutrina brasileira[52].

[52] Sobre o exercício das atividades do Supremo Tribunal Federal como legislador negativo: Gilmar Ferreira Mendes. *Jurisdição Constitucional*. p. 273; RTJ 126/48, Rel. Min. Moreira Alves; RTJ 153/765, Rel. Min. Celso de Mello – ADIN 1.063 – DF, Rel. Min. Celso de Mello e LEX – JSTF, vol. 180. p. 38.

CAPÍTULO 2 – CONSTITUIÇÃO

2.1. CONSTITUIÇÃO: CONCEITO E CONCEPÇÕES

A premente necessidade dos seres humanos de estabelecer uma comunicação requer a adoção de certos elementos que sirvam de ponte de conexão e, em sua maioria, é efetivada com os signos lingüísticos atribuindo uma identidade semântica ao objeto em análise. Desse esforço, inúmeras são as conseqüências que eventualmente podem surgir, dentre elas a dificuldade em produzir uma definição eficientemente madura para a expressão, dada a imprecisão que certas palavras comportam, bem como a multiplicidade de significados que podem assumir.

Não destoa dessas idéias o raciocínio desenvolvido por Alf Ross[1] ao discorrer sobre os termos “propriedade” e “crédito”, concluindo que algumas palavras são usadas na linguagem jurídica sem significado próprio, sem referência semântica alguma, e só servem como mera técnica de apresentação.

Essa aparência e subjetivismo arraigado aos sentidos das palavras encontram justificativas nos valores encampados por cada indivíduo, como de sobrecarga elevada, que permite uma elasticidade, porém exigem de cada interlocutor uma concretude na significação empregada à palavra no instante da transmissão das idéias.

Também se poderia confirmar essa linha de raciocínio com o que Carlos Santiago Nino chama de ambigüidade processo/produto, consistente no fato de que um mesmo termo apresenta dois significados: um relativo ao processo e outro o produto.

[1] Alf Ross. *Tû-Tû*. p. 42.

Como explica o autor, "é o que ocorre com palavras como 'trabalho', 'vivência', 'construção' e 'pintura'. Se alguém me diz 'me encontro na pintura', pode-se duvidar de que, se o que gosta, é pintar ou contemplar quadros".[2]

A expressão "constituição" não foge à regra, possuindo uma enormidade de sentidos, variando conforme o momento histórico. Na linguagem escorreita pode significar ato de constituir, de firmar, de estabelecer; compleição física; temperamento; nomeação; lei fundamental de um país; carta constitucional; conjunto de preceitos que regulam uma instituição; estatuto.[3] Em suma, pode referir-se a indetermináveis objetos, perpassando por elementos que inegavelmente apresentam conotações distintas.

José Afonso da Silva, preocupado em apresentar um conceito meticuloso acerca da terminologia, demonstrou a sua polissemia, definindo:

> (a) 'Conjunto de elementos essenciais de alguma coisa: a *constituição* do universo, a *constituição* dos corpos sólidos'; (b) 'Temperamento, compleição do corpo humano: uma *constituição* psicológica explosiva, uma *constituição* robusta'; (c) 'Organização, formação: a *constituição* de uma assembléia, a *constituição* de uma comissão'; (d) 'O ato de estabelecer juridicamente: a *constituição* de dote, de renda, de uma sociedade anônima'; (e) Conjunto de normas que regem uma corporação, uma instituição: a *constituição* da propriedade'; (f) 'A lei fundamental de um Estado'.[4] (original grifado)

Carl Schmitt compartilhando desse pensamento leciona com referência a Constituição que "*en una acepción general de la palabra, todo, cualquier hombre y cualquier objeto (...), se encuentra de alguna manera en una constitución, y todo*

---

[2] Carlos Santiago Nino. *Introducción al análisis del derecho*. p. 261.
[3] Vicente Peixoto; J. Carvalho. *Moderno Dicionário Enciclopédico da língua Portuguesa*. p. 269.
[4] José Afonso da Silva. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. p. 37.

imaginable puede tener uma constitución. De aqui no cabe obtener ningún sentido específico".[5]

Essa vagueza de sentido, com uma impropriedade de referência semântica, ao ser reportada ao contexto, ou mesmo, quando estruturada no momento histórico, alcança patamares de sentido próprio, sem ao menos exigir uma maior explanação. Anders Wedberg sedimenta essas idéias concluindo que:

> Pode resultar chocante para o senso comum não elaborado admitir tais expressões "sem sentido" no sério discurso dos cientistas do direito. Contudo, na realidade não existe razão alguma para que todas as expressões empregadas num discurso, que como um todo seja altamente "dotada de sentido", devam ter "sentido" por si mesmas. Parece provável que muitas expressões utilizadas por outras ciências, especialmente as chamadas ciências exatas, carecem de interpretação e atuam somente como veículos para a sistemática e a dedução. Por que não haveria de ocorrer a mesma situação com a ciência jurídica?.[6]

Sem embargo, importante demonstrar o campo de profundas divergências doutrinárias na tentativa de empregar um conceito de Constituição, amparado pelo Direito Constitucional, para que, posteriormente, seja possível aparar as arestas e apresentar em qual perspectiva de definição se aproxima a realidade contemporânea.

2.1.1. Concepção Sociológica de Constituição

A Sociologia Jurídica constitui como objeto próprio de observação o direito enquanto fato social, em seu relacionamento concreto com os demais aspectos da realidade coletiva. Vale dizer, estuda o fenômeno jurídico como um fato social, procurando

---

[5] Carl Schmitt. *Teoria de la Constitución*. p. 29.
[6] *Apud*. Alf Ross. *Tû-Tû*. p. 45.

descrever e analisar as múltiplas características da realidade jurídica em sua interação com os demais fatores sociais.[7]

Assim, a sociologia jurídica se dedica em termos gerais à realidade social do direito, analisando a disposição e o funcionamento dos fatores que interferem sobremaneira na gestação e em sua evolução, se ocupando em estudar o funcionamento dos tipos de mecanismo produtores dos fatos; as constelações típicas de fatores que influem na gênese e na configuração do direito; e nas normas e nos complexos sociais nos quais, e para os quais, surge o direito.[8]

Esses pormenores da sociologia jurídica em atentar-se para o direito, por conseqüência, ao direito constitucional, como um fato social, imprimem na constituição uma imagem de ser enquanto fato, antes que como uma norma. O fundamento dessa perspectiva embutida na idéia de constituição encontra-se na sua rica manifestação de influência na realidade social e política.

A fonte, a origem da ordem constitucional positiva, vista através do sociologismo jurídico, deve ser procurada na própria realidade social, em seus estratos mais profundos. As Constituições não são meros produtos da razão, algo inventado ou criado pelo homem, mais sim, resultado de algo que se encontra em relação concreta e viva com as forças sociais, um reflexo da realidade social. Ao constituinte foi consagrada a função de apenas reunir e sistematizar os elementos preexistentes nos costumes, nas tradições políticas e culturais, na economia, na religião, traduzindo-os na Constituição normativa.[9]

---

[7] André Franco Montoro. *Introdução à ciência do direito*. p. 518/519.
[8] Luiz Recasens Siches. *"Tratado de Sociologia"*. p. 692 e segs.
[9] José Horácio Meirelles Teixeira. *Curso de Direito Constitucional*. p. 49.

O conceito sociológico de Constituição na visão de García-Pelayo é a projeção do sociologismo no campo constitucional, e que reduz a política, o direito e a cultura a simples situações sociais. Apresenta como fundamento as seguintes premissas:

> *(a) la constitución es primordialemente uma forma de ser, y no de debe ser; (b) la constitución no es resultado del pasado, sino inmanencia de las situaciones y estructuras sociales del presente, que para una gran parte del pensamiento del siglo XIX – y no solamente para Marx – se identifican con situaciones y relaciones econômicas; (c) la constitución no se sustenta em una norma transcendente, sino que la sociedad tiene su propia "legalidad", rebelde a la pura normatividad e imposible de ser domeñada por ella; el ser, no de ayer, sino de hoy, tiene su propia estructura, de que emerge o a la debe adaptarse el deber ser; (d) en fin, si en lo que respecta al Derecho la concepción racional gira sobre el momento de validez, y la histórica sobre el de legitimidad, la concepción sociológica lo hace sobre el de vigência.*[10]

As explanações do presente autor, expostas como fundamento sociológico de Constituição, denotam a essência dessa concepção suplantada em fatos sociais que representam todo o alicerce de construção da estrutura do Estado, e mais, das regras de convivência da sociedade. Permite que a Constituição seja delineada a partir do mundo das coisas, distante do caráter normativo, e, por conseguinte, sendo retificada pelas vicissitudes das situações fáticas e das estruturas sociais. Ademais, encontra o seu fundamento na aplicabilidade contemporânea do direito, ou seja, representado pela própria vigência do direito.

Garcia-Pelayo dispõe acerca das características dessa concepção sustentando que dentre essas existe a necessidade de "*entender que la estructura política real de un pueblo no es creación de una normatividade, sino expresión de uma infraestructura social,*

[10] Manuel Garcia-Pelayo. *Derecho constitucional comparado*. 1984. p. 46-47.

y que si tal normatividad quiere ser vigente ha de ser expressión y sistematización de aquella realidad social subyacente".[11]

Como principal representante do sociologismo jurídico, é possível fazer referência a Ferdinand Lassalle que se consagrou entre os constitucionalistas com a conferência denominada "*Über die Verfassung*", que em 1868 proferiu em Berlim, organizado em obra e traduzida para o português como "*A essência da Constituição*"[12] ou "*O que é uma Constituição*"[13].

Esta obra volta-se para o estudo de problemas e indicações de alternativas para o sindicalismo, especialmente alemão-prussiano da época, e que o permitiu consagrar-se como precursor da sociologia jurídica, enquanto teoria crítica da ordem jurídica, utilizada de respaldo para fundamentar a concepção sociológica de Constituição. O seu pressuposto jurídico é de que as constituições não emanam de idéias e princípios que se sobrepõem ao próprio homem, mas dos sistemas que os homens criam para, entre si, se dominarem ou para se apropriarem da riqueza socialmente produzida.[14]

Como resposta a indagação de qual seria a essência da Constituição, Lassalle, percorreu o caminho de descobrir o que efetivamente a caracteriza como tal, e encontrou como peculiaridade a observância por uma lei básica, fundamental e necessária. Lei básica no sentido de tratar-se de uma lei comum, porém, mais comum que as outras. Necessária enquanto sua existência, ou seja, deve existir. E, fundamental, como sendo o verdadeiro fundamento das outras leis, de modo a atuar e irradiar-se através das leis comuns do país. A idéia de fundamental traz a noção de força ativa, eficaz e determinante,

---

[11] Manuel Garcia-Pelayo. *Derecho constitucional comparado*. 1984. p. 48.
[12] Ferdinand Lassalle. *A Essência da Constituição*. 2001.
[13] *Id. O que é uma constituição?*. 2001.
[14] Ferdinand Lassalle. *A Essência da Constituição*. 2001.

o que se resume nos “fatores reais do poder”[15], que efetivamente informam e concretizam a essência da Constituição de um país.

Em outras palavras, os fatores reais do poder se materializam com a exteriorização do imanente poder, independentemente de quem seja o detentor, basta exercê-lo. Essa constatação é demonstrada de maneira límpida quando enumerado por Lassalle como sendo eventuais exercentes do poder a monarquia, a aristocracia, a grande burguesia, os banqueiros, a pequena burguesia e inclusive a classe trabalhadora. Estes, a classe operária, na maioria das oportunidades, a sua expressão é tão reduzida que não conseguem demonstrar o seu poder, por isso, ficam submissos aos verdadeiros e reais possuidores desse poder.

Essa força ativa, denominada como os “fatores reais do poder”, que se vislumbra como a essência da Constituição, ao ser positivado, no texto constitucional, tornam-se fatores ou instituições jurídicas, ou melhor, verdadeiramente o direito. Nesse diapasão, se verifica a existência de duas Constituições: uma Constituição real e efetiva, materializada pelos fatores reais do poder que regem a sociedade, e outra, a Constituição escrita, denominada singelamente como uma folha de papel.[16]

Nessas premissas, Lassalle ressalta a necessidade da referibilidade entre Constituição real e a Constituição escrita, pois, caso contrário, esta será verdadeiramente refutada, vigorando apenas as forças reais do poder de um dado país, e aquela não passará de uma mera folha de papel, sem qualquer aplicabilidade. Diante disso, apresenta a seguinte conclusão:

---

[15] Expressão criada pelo próprio Ferdinand Lassalle.
[16] Ferdinand Lassalle. *A Essência da Constituição*. p. 17-23.

> Os problemas constitucionais não são problemas de direito, mas do poder; a verdadeira Constituição de um país somente tem por base os fatores reais e efetivos do poder que naquele país vigem e as constituições escritas não têm valor nem são duráveis a não ser que exprimam fielmente os fatores do poder que imperam na realidade.[17]

Em vários outros autores é possível verificar a análise cuidadosa da Constituição como um produto das infra-estruturas sociais e, com isso, a presença da distinção entre a Constituição efetiva e a Constituição jurídica, ou seja, entre as estruturas sociais, políticas e de poder efetivamente existente em determinada comunidade e as normas constitucionais vigentes. Vale dizer, é de fácil visualização, através de outros doutrinadores, a distinção entre a Constituição, tal como existente no papel, e tal como observada, realizada, cumprida na realidade.[18]

A teoria Marxista[19] se aproxima dessa concepção sociológica de Constituição ao defender que todas as ideologias, a religião, os sistemas filosóficos e morais, e o próprio Direito são resultantes da infra-estrutura econômica da sociedade, isto é, são apenas superestruturas sociais. Os fatores reais do poder, em sua obra "Manifesto do Partido Comunista", estaria representado pela própria burguesia no instante em que materializaram as suas ideologias e procuraram estar sempre a frente de tudo e de todos. Esse cenário é verificado no trecho que segue:

> A burguesia desempenhou na História um papel revolucionário e decisivo. Onde quer que tenha chegado ao poder, a burguesia destruiu todas as relações feudais, patriarcas, idílicas. Estilhaçou, sem piedade, os variegados laços feudais que subordinavam o homem a seus superiores naturais, e não deixou subsistir entre os homens outro laço senão o

---

[17] *Id. Ibid.* p. 40.
[18] José Horácio Meirelles Teixeira. *Op. cit.* p. 50.
[19] Jorge Miranda julga as concepções marxistas de Constituição, como sendo esta uma superestrutura jurídica da organização econômica que prevalece em qualquer país, um dos instrumentos da ideologia da classe dominante, sendo assim, uma Constituição socialista, porém na linha leninista e estalinista, como Constituição-balança e Constituição-programa. (*Teoria do Estado e da Constituição*. p. 341).

> interesse nu e cru, senão o frio "dinheiro vivo". (...) A burguesia desvelou que as demonstrações de brutalidade da Idade Média, tão admiradas pela Reação, tinham o seu exato contrapeso na indolência mais abjeta. Foi quem primeiro demonstrou quão capaz é a atividade dos homens.[20]

José Afonso da Silva assinala como sendo possível concluir que "na concepção marxista, a constituição é um produto das relações de produção e visa a assegurar os interesses da classe dominante, representando a norma suprema da organização estatal, determinada pelas condições da existência material"[21].

De todo o esforço da escola sociológica em produzir um conceito para Constituição, Meirelles Teixeira apresenta o posicionamento de que a evolução proporcionada por essa concepção foi atentar os juristas para a relação profunda existente entre Direito e o meio social. Finaliza dizendo que:

> O grande mérito e a grande contribuição da escola sociológica foi haver chamado a atenção dos juristas para a íntima relação existente entre o Direito e o meio social; em mostrar que os grandes problemas de política e de Direito Constitucional não são, primariamente, problemas jurídicos, mas sim problemas de poder. (...); que as Constituições devem proceder com certo realismo político, isto é, com um conhecimento, tão perfeito quanto possível, das realidades sociais e políticas a que devem aplicar-se.[22]

Nesse desiderato, é possível enfatizar que a concepção sociológica, procurando ressaltar a primordialidade de estar sempre atento para o ser, relacionado aos fatos sociais, produzirá sua normatividade, que terá como produto a Constituição, logo

---

[20] O Manifesto Comunista escrito por Karl Marx e Friedrich Engels, entre dezembro de 1847 e janeiro de 1848, e publicado pela primeira vez em Londres, defende a socialização dos meios de produção e impulsiona o conflito de classes como indispensável para o proletariado chegar ao poder. (Karl Marx; Friedrich Engels. *Manifesto do Partido Comunista 1848*. p. 27-28).
[21] José Afonso da Silva. *Aplicabilidade das normas constitucionais*. p. 26.
[22] José Horácio Meirelles Teixeira. *Op. cit*. p. 52.

umbilicalmente ligado, a noção de dever-ser. Nesse sentido, contraria um dos seus próprios fundamentos de que a Constituição seria uma forma de ser e não de dever-ser.

Procurando justificar o nosso pensamento, nos pronunciamentos de Konrad Hesse seria dizer que "a Constituição jurídica não configura apenas a expressão de uma dada realidade. Graças ao elemento normativo, ela ordena e conforma a realidade política e social. As possibilidades, mas também os limites da força normativa da Constituição resultam da correlação entre o ser (*Sein*) e o dever ser (*Sollen*)"[23].

Rafael Caiado Amaral sintetiza essas idéias ao afirmar que "a concepção sociológica peca por resumir, de forma exagerada e radical, o Direito e a Constituição a simples fatos sociais, a um simples ser. Contudo, sabe-se que tanto o Direito quanto a Constituição são, precisamente, muito mais do que um simples ser. Instituem, também, programas, metas, normas de condutas, estabelecendo, desta forma, um dever-ser".[24]

2.1.2. Concepção Política de Constituição

A Constituição, observada sob o foco do sentido político, é para Carl Schmitt, uma "decisão política fundamental". Para atingir tal conclusão, Schmitt percorre a literatura político-jurídico, procurando um conceito de Constituição e encontra a existência de quatro grupos de conceitos: um absoluto; um relativo; um ideal; e um positivo.

---

[23] Konrad Hesse. *A Força Normativa da Constituição*. p. 24.
[24] Rafael Caiado Amaral. *Peter Häberle e a Hermenêutica Constitucional: alcance doutrinário*. p. 55.

Em sentido absoluto, a Constituição representa um todo unitário, estando relacionada a significações de uma concreta situação de conjunto da unidade política e ordenação social de um certo Estado[25]; como uma forma especial de domínio que afeta a cada Estado e não pode separar-se dele; princípio do vir a ser dinâmico da unidade política, da renovada formação e ereção, a partir de uma força e energia subjacente ou operante na base; e, por fim, como um sistema de normas supremas e últimas.[26]

Em sentido relativo, a Constituição é como uma pluralidade de leis particulares. A Constituição é visualizada como uma lei constitucional concreta, mas levando em consideração características externas e acessórias, que seriam os elementos formais. O seu conteúdo constitucional é de menor importância, devendo apenas se ater a sua formação, não admitindo alteração de maneira simples, mas sim, através de procedimentos rigorosos, identificando a Constituição rígida. Assim, a Constituição não é mais considerada como um todo unitário mais como uma pluralidade de normas, que possuem como característica a peculiaridade de não poderem ser modificadas por outra lei que não constitucional.[27]

Em sentido ideal, a Constituição estará diretamente relacionada às ideologias e preceitos relevantes de cada sociedade, o que importará em implantar um certo conteúdo político e social que delineará um ideal de Constituição, sendo esta, a partir de então, efetivamente autêntica. Schmitt afirma que desde o século XVIII apenas se tem designado como Constituição ideal aquela que contenha certas características como um

---

[25] Schmitt adverte que nesse sentido a palavra Constituição é utilizada pelos filósofos gregos: Aristóteles, Isócrates; e também por Jorge Jellinek. (Carl Schmitt. *Teoria de la Constitución*. p. 30).
[26] Carl Schmitt. *Op. cit*. p. 29-33.
[27] *Id. Ibid*. p. 37-44.

sistema de garantia da liberdade burguesa; a separação dos poderes; e a sua estruturação diante de uma Constituição escrita.[28]

Finalmente, em sentido positivo, a Constituição é uma decisão de conjunto sobre o modo e a forma da unidade política. A Constituição é a própria decisão política fundamental[29], fruto do ato do poder constituinte que determina conscientemente a concreta forma de conjunto de decisão da unidade política. O fundamento de validade da Constituição está arraigado na própria existência da vontade política da comunidade, consciente da sua unidade política. Nas palavras de Schmitt, a Constituição é:

> *Una decisión consciente que la unidad política, a través del poder constituyente, adopta* ***por sí misma y se da a sí misma****. (...) La Constitución no es, pues, cosa absoluta, por cuanto que no surge de si misma. Tampoco vale por virtud de su justicia normativa o por virtud de su cerrada sistemática. No se da a sí misma, sino que es dada por uma unidad política concreta. (...) Pero que una Constitución* ***se de a sí misma*** *es un absurdo manifiesto. La Constitución vale por virtud de la voluntad política existencial de aquel que la da. Toda especie de normacion constitucional, presupone uma tal voluntad como existente.*[30]
> (original grifado).

Destarte essa noção do sentido positivo, Schmitt parte, inicialmente, da distinção entre Constituição e lei constitucional. Aquela seria a verdadeira decisão política concretas que denuncia a forma política do povo e representa o suporte de todas as leis, inclusive as leis constitucionais. Já, estas, são leis existentes na Constituição, porém estabelecedoras de qualquer matéria. Schmitt preceitua que:

> *Solo es posible un concepto de Constitución cuando se distinguem Constitución y ley constitucional. (...) Las* ***leyes constitucionales*** *valen,*

---

[28] *Id. Ibid*. p. 58-62.
[29] Como exemplos Schmitt lembra a fundação dos Estados Unidos, no ano de 1775; da Checoslovaquia, em 1919; da Revoluções Sociais da França, em 1789, e na Rússia, em 1918; além da própria Alemanha, em suas próprias palavras, "*La Constitución de Weimar es una Constitución porque contiene lãs decisiones políticas fundamentales sobre a la forma de existencia política concreta del pueblo alemán (...)*". (*Id. Ibid*. p. 52).
[30] *Id. Ibid*. p. 46.

> *por el contrario, a base de la Constituyción y presuponen una* ***Constitución****. Toda ley, como regulación normativa, y también la ley constitucional, necesita para su validez en último término una* ***decisión*** *política previa, adoptada por un poder o autoridad políticamente existente. (...) Frente a esta decisión existencial, todas las regulaciones normativas son secundarias. (...) La distinción entre Constitución y ley constitucional es solo posible, sin embargo, porque la esencia de la Constitución no está contenida en una ley o en una norma. En el fondo de toda normación reside una* ***decisión política del titular del poder constituynte****, es decir, del Pueblo en la Democracia y del Monarca en la Monarquía auténtica*.[31] (original grifado)

Todo o significado prático da diferenciação entre Constituição e lei constitucional, está fundado para Schmitt no fato de que podem reformar apenas as leis constitucionais, e não a Constituição na sua totalidade, representativa da decisão política fundamental; a Constituição é intangível, ao passo que as leis constitucionais podem ser suspensas ou violadas durante o estado de exceção; a Constituição garante os direitos fundamentais e jamais poderá ser negado, de outro tanto, as leis constitucionais podem realizar algumas intervenções nas garantias dos direitos fundamentais; dentre outras.

Meirelles Teixeira[32] considera inaceitável a teoria de Schmitt como requisito de fundamento inaugural da Constituição, a qual tem por base apenas uma vontade política. Sedimenta que além da legitimidade formal, existe outro aspecto da legitimidade, o aspecto material ou de conteúdo, que é tão importante quanto o formal. Nesses termos indaga, do que valerá ser uma Constituição expressão da vontade política de uma Nação se contraria os ideais de justiça, de Bem Comum, se desconhece os direitos fundamentais da pessoa humana.

2.1.3. Concepção Jurídica de Constituição

---

[31] *Id. Ibid*. 45-47.

Analisando o Direito isoladamente de qualquer aspecto que pudesse viciá-lo pelas adversidades encontradas no mundo fenomênico, como as ideologias políticas ou qualquer elemento da ciência natural, nasce a teoria pura do direito, uma teoria jurídica objetiva que apresenta uma consciência da essência de legalidade, encabeçada por Hans Kelsen.[33]

Sem negar ou ignorar a existência do rígido vínculo do Direito com a sociologia, a psicologia, com a ética e a teoria política, principalmente pela produção da ciência jurídica tradicional do século XIX e XX, Kelsen se propõe a produzir o Direito em sua estrita pureza, conforme expõe:

> Quando a si própria se designa como "pura" teoria do Direito, isto significa que ela se propõe a garantir um conhecimento apenas dirigido ao Direito e excluir deste conhecimento tudo quanto não pertença ao seu objeto, tudo quanto não se possa, rigorosamente, determinar como Direito. Quer isso dizer que ela pretende libertar a ciência jurídica de todos os elementos que lhe são estranhos.[34]

Tendo em vista o marco inicial do pensamento kelseniano, a concepção atribuída a Constituição, como sendo eminentemente jurídica, sedimentada nos alicerces apenas da norma jurídica, deflagra a sua natureza de oposição às outras teorias existentes, difundindo o normativismo metodológico.

Kelsen consagra à Constituição dois sentidos: o lógico-jurídico e o jurídico-positivo[35]. A Constituição no sentido lógico-jurídico seria uma "norma fundamental hipotética"[36], isto é, o fundamento de validade último que constitui a unidade desta

---

[32] José Horácio Meirelles Teixeira. *Op. cit.* p. 56.
[33] Hans Kelsen. *Teoria Pura do Direito*. 7ª ed., 2006.
[34] *Id. Ibid.* p. 01.
[35] *Id. Ibid.* p. 248.
[36] Essa teoria é rechaçada por alguns críticos, conforme expõe Norberto Bobbio em sua obra, sustentando que a Constituição foi estabelecida pelo poder constituinte, mas quem

interconexão criadora. Vale dizer, a relação estabelecida entre as normas que regulam a produção de outras normas, e estas enquanto produzidas, são caracterizadas pela figura da imagem espacial da supra-infra-ordenação. Nesse arquétipo estrutural de produção das normas, elas sempre encontrarão garantia no fundamento de validade da norma superior, que atinge finalmente a norma fundamental, que é uma norma pressuposta.[37]

Esse fenômeno normativo que permite desvendar o percurso do fundamento de validade das normas jurídicas representa metaforicamente uma mola propulsora que em certos momentos se estica atingindo o fundamento de validade e em outro apresenta o caminho inverso, com a sua contração. Isso demonstra a inegável conexão existente entre as normas, que na visão de Kelsen seria a figura da supra-infra-ordenação.

A Constituição no sentido jurídico-positivo, de acordo com Kelsen, equivale à norma positiva suprema, como um conjunto de normas positivas através das quais regulam a produção das normas jurídicas gerais; ou mesmo como conjunto de normas jurídicas que somente podem ser alteradas observando-se certas prescrições especiais.[38]

Neste sentido jurídico-positivo de Constituição, está visualizado o escalão hierárquico do Direito positivo mais elevado, no qual Kelsen acrescenta que pode ser entendida em dois outros sentidos: um material e outro formal. A Constituição em sentido material significa a norma positiva através da qual é regulada a produção das normas jurídicas gerais. Já a Constituição em sentido formal seria aquela que, independentemente

---

autorizou o poder constituinte a pôr a lei constitucional. No que se funda a norma fundamental. Nesse passo, Kelsen leciona que o poder constituinte foi autorizado por uma norma fundamental, a qual estabelece que todos os cidadãos devem obedecer às normas emanadas de tal poder. (Norberto Bobbio. *O positivismo jurídico: Lições de filosofia do direito*. p. 201).

[37] Hans Kelsen. *Teoria Pura do Direito*. 7ª ed. p. 246-247.

[38] *Id. Ibid*. p. 247.

do conteúdo assumido, exige um processo especial de alteração ou revogação, proclamando pela submissão a processos mais severo e rigoroso de mutação.[39]

Garcia-Pelayo, abordando a concepção jurídica, sedimenta que a constituição é um "*complejo normativo establecido de uma sola vez y en el que de una manera total, exhaustiva y sistemática se establecen las funciones fundamentales del Estado y se regulan los órganos, el ámbito de sus competencias y lãs relaciones entre ellos. La constitución es, pues, un sistema de normas*".[40] Ainda com o presente autor, "*este proceso llega a su plenitud en cuanto la ecuación Estado = Constitución normativa, elimina todo o elemento personal, histórico y socialmente particularizado. Es, pues, pura entidad objetiva*".[41]

Nesse profundo aparato de argumentos normativos de que se utiliza a teoria kelseniana para produzir um conceito de Constituição, acarretando o reducionismo do Direito e da Constituição a um simples dever-ser, José Afonso da Silva reconhece a sua importância, porém exprime o descompasso verificado em resumir a ciência jurídica em apenas, ou algo bem próximo a uma lógica jurídica. São suas as palavras que seguem:

> A teoria de Kelsen teve o mérito de revelar a natureza de *dever-ser* da norma jurídica, mas caiu no exagero do normativismo, que reduz o objeto da ciência jurídica a pouco mais que uma lógica jurídica. Seu formalismo não se compadece com a experiência jurídica, especialmente no campo do direito constitucional, onde se verifica tanta influência da realidade social, política e ideológica, por sua vez exacerbada pelo sociologismo.[42]

2.1.4. Resistência da doutrina em admitir um conceito unitário de Constituição

---

[39] *Id. Ibid*. p. 247-248.
[40] Manuel Garcia-Pelayo. *Op. cit*. 1984. p. 34.
[41] *Id. Ibid*. p. 37.
[42] José Afonso da Silva. *Aplicabilidade das normas constitucionais*. p. 31.

A reflexão abstraída de todo esforço doutrinário em produzir um conceito preciso de Constituição é admitir que a maioria dos resultados, atingem a unilateralidade de fundamentos, o que prejudica a sustentação e permanência viva das idéias divulgadas, submetendo toda a construção literária a um certo e esperado desmoronamento, por assumir estágios de críticas insuperáveis.

Pinto Ferreira, reconhecendo a necessidade de aprofundar nos meandros da Constituição e acoplá-la conteúdo de natureza econômica, sociológica, jurídica e filosófica, produzindo uma verdadeira síntese dialética, como uma unidade múltipla, apresenta a Constituição total, que em suas palavras seria:

> Como um edifício de quatro andares: em baixo a infra-estrutura das relações econômicas, a técnica de produção e de trabalho, como símbolos de uma economia individualista ou coletivista; logo em seguida as representações coletivas da sociedade, os sentimentos e instituições dominantes da comunidade humana, como reflexo da consciência comunal; depois, o sistema de normas jurídicas que, inspirando nos antecedentes econômicos e históricos-sociais, transluzem essa consciência social, corporificando-a em um carta política; e, acima de tudo, os princípios da justiça, direito natural e segurança coletiva, como o ideal do regime constitucional perfeito.[43]

Meirelles Teixeira analisando a Constituição através da concepção culturalista, ou seja, Constituição como um fato cultural, leciona que é possível fugir da unilateralidade das teorias produzidas acerca da Constituição, como puramente jurídicas, sociológicas, ou políticas, e considerar algo que é ao mesmo tempo produzido pela sociedade e capaz de influir sobre ela, modificando-a, disciplinando a sua atuação, o que terá como resultado o conceito de Constituição total. Para atingir tal finalidade deve-se atentar para uma formação objetiva da cultura, composta de elementos históricos, sociais, racionais e voluntaristas, com fatores reais, espirituais. Isso porque os objetos culturais

encerram uma verdadeira ligação entre o ser e o dever ser, entre o reino da natureza e o reino dos valores. Meirelles Teixeira sintetiza que:

> A consideração do Direito como objeto cultural põe a termo um dos mais férteis debates, no campo da filosofia jurídica, qual seja o de saber se o Direito é produto da *Razão* ou da *História*, ou, por outras palavras, de determinar qual o papel preponderante, se da Razão ou da História, na criação ou na evolução do Direito. Considerando como objeto cultural, como uma das partes da Cultura, o *Direito é, ao mesmo tempo, produto histórico e racional, ser e dever ser*. O Direito não é puro fato, nem é dever ser puro, mas, ao mesmo tempo, norma e fato social. (...) E o Direito é também *vontade humana*, porque todo o direito positivo é produto do querer de uma coletividade e de órgãos que exprimem a sua vontade. (...) Esta concepção culturalista do Direito, tão fértil em conseqüências e sugestões, leva-nos ao conceito de *Constituição total*.[44] (original grifado)

Procurando fixar um conceito culturalista de Constituição, agrupando os aspectos normativos e políticos, Meirelles Teixeira propala que "Constituições positivas são um conjunto de normas fundamentais, condicionadas pela Cultura total, e ao mesmo tempo condicionantes desta, emanadas da vontade existencial da unidade política, e reguladoras da existência, estruturas e fins do Estado e do modo de exercício e limites do poder político".[45]

Hermann Heller reconhece a deficiência em sustentar pela unilateralidade dos sentidos da Constituição ao admitir a existência de conexão entre a Constituição e a realidade social, ao defender que a Constituição não normada, representativa da realidade social, juntamente com a Constituição normada, que é a Constituição normativa, são conteúdos da Constituição política total.[46]

---

[43] Luiz Pinto Ferreira. *Princípios gerais do direito constitucional moderno*. p. 69.
[44] José Horácio Meirelles Teixeira. *Op. cit*. p. 75-76.
[45] *Id. Ibid*. p. 78.
[46] Hermann Heller. *Teoria do Estado*. p. 295-327.

Além disso, Heller, demonstra a fragilidade da teoria kelseniana e a de Carl Schmitt. Contesta a concepção de Kelsen por privar as normas do seu sentido ser e dever-ser com uma determinada rigidez, porém essa atividade impede o desenvolvimento completo de sua teoria, vendo-se imediatamente obrigado a pôr em destaque a importância que tem o momento da "observância ordinária" para a positividade, ou seja, para a validade e existência das normas jurídicas.

Incidindo no erro oposto, para Heller, Schmitt ignora completamente a normatividade, resumindo a Constituição apenas a uma decisão, e não como uma norma.[47] Nas estritas afirmações do autor:

> A Constituição estatal, assim nascida, forma um todo em que aparecem complementando-se reciprocamente a normalidade e a normatividade, assim como a normatividade jurídica e a extrajurídica. Na força normalizadora das normas sociais apóiam-se principalmente a permanência e a generalização temporal e pessoal da normalidade e, com isso, a permanência da Constituição.[48]

Manuel García-Pelayo leciona que o direito constitucional, assim como todo o Direito, não é apenas uma norma, mas sim a síntese da tensão entre a norma e a realidade que se enfrenta. E com a preocupação em sintetizar a Constituição em poucos dizeres e principalmente pela diversidade semântica da expressão, Garcia-Pelayo pondera que:

> *La palabra constitución vaya frecuentemente acompañada de un adjetivo, y se hable así de constitución jurídica o de constitución política o de constitución normativa, de constitución material o de constitución formal, de constitución empirica o de constitución ideal, de constitución em sentido amplio o en sentido restringido. Mas como sucede que lo que aparece como adjetivo es en realidad lo substantivo, el resultado es que a tales contraposiciones se les escapa la constitución como um todo*.[49]

---

[47] *Id. Ibid*. p. 299.
[48] *Id. Ibid*. p. 300-301.
[49] Manuel Garcia-Pelayo. *Derecho constitucional comparado*. 1999. p. 33.

Diante do exposto, não se pode relegar a Constituição a simples fatos sociais afastando-a da normatividade necessária que conduz a sociedade a coercitibilidade do dever-ser. Por outro lado, é demasiado defender a prevalência da normatividade exagerada, desconhecendo qualquer outra realidade intrínseca a sociedade, e influências que perpassam pela ciência da sociologia, política e filosofia, reduzindo todo fenômeno Constitucional a um formalismo do dever-ser; assim como resumir a essência da constituição a uma decisão política fundamental. Na verdade, o que deve existir e prevalecer é justamente uma interconexão mútua entre esses elementos estruturantes da sociedade permitindo cambiá-los para produzir o total de constituição, distanciando sempre da unilateralidade de sentido.

2.1.5. Constituição em sentido formal e em sentido material

Cotejar o conceito formal e o conceito material de Constituição é, sem dúvida alguma, o ponto cardeal de toda estrutura de formação do instrumento normativo conhecido como Constituição, pois literalmente permite aclarar as normas que se representam essencialmente constitucionais daqueles que alcançam tal *status* pelo atendimento de determinado procedimento.

Procurando aclarar essa noção poder-se-ia dizer que as normas materialmente constitucionais são aquelas que delineiam a real estrutura do Estado demonstrando a divisão de competências, a distribuição e organização do poder, a forma de governo, os direitos e garantias fundamentais, ou seja, representam toda a estrutura mínima, necessária e essencial para a formação de qualquer Estado.

Em contrapartida, a Constituição formal é representada por normas inseridas no texto constitucional, haja vista o respeito do procedimento adequado para galgar a forma de norma constitucional. Em outras palavras, seria dizer que o documento constitucional em muitas vezes é enxertado por normas que não se referem a elementos básicos para a formação da organização política do Estado, porém, em razão do fato de haver sido introduzida na Constituição passam a gozar da garantia e do valor supremo da norma constitucional.

Isso significa dizer que, muitos dispositivos insertos na Constituição não têm natureza estrita de norma constitucional, sobretudo em face da matéria veiculada. Entretanto, tendo em vista a sua situação de constar no documento constitucional recebem a denominação de normas formalmente constitucionais, somente podendo alterar-se ou suprimir-se mediante o processo para mutação constitucional.

Jorge Miranda, bem reconhece essa distinção, inclusive afirma que essas seriam duas das perspectivas por que pode ser considerada uma Constituição, ou seja, em "uma perspectiva *material* – em que se atende ao seu objecto, ao seu conteúdo ou à sua função; e uma perspectiva *formal* – em que se atende à posição das normas constitucionais em face das demais normas jurídicas e ao modo como se articulam e se recortam no plano sistemático do ordenamento jurídico".[50]

A distinção contemplada por Carl Schmitt entre Constituição e lei constitucional nada mais é do que expressar a verdadeira diferença entre constituição material e Constituição formal, no sentido comumente tratado pela doutrina em geral. A definição fornecida à lei constitucional representa verdadeiramente a Constituição formal,

enquanto que a Constituição material equivale ao que denominou de Constituição, como sendo a própria decisão política fundamental.[51]

Hermann Heller[52] assinala que o conceito de constituição formal significa a totalidade dos preceitos jurídicos fixados por escrito no texto constitucional. E a sua permanência no texto constitucional está nas decisões do legislador da Constituição.

Meirelles Teixeira expõe que:

> No sentido material, se todo o estado existe de certo modo, sob certa forma, esse seu modo de existir, qualquer que ele seja, é a sua Constituição. Se o Estado se manifesta como unidade de poder, este deve ser exercido por alguém, segundo certas regras ou métodos, com determinados limites, tendo em vista certos fins predeterminados. Todo Estado deve, pois, existir de certo modo, assumir certa fisionomia peculiar, e a esse modo de ser próprio de cada Estado denominamos Constituição, no sentido material.
> Se, porém, esse modo peculiar de ser do Estado, essa sua forma especial de existir, foi reduzida, sob a forma escrita, a um *documento solene*, somente modificável de acordo com processos e formalidades especiais, por ele mesmo previamente estabelecidos – e por *processos especiais* significamos, aqui, processos mais complexos e demorados que os de elaboração das leis ordinárias -, achamo-nos em face da Constituição formal, isto é, da *Constituição rígida*.[53] (original grifado)

Celso Ribeiro Bastos apresenta uma separação entre Constituição substancial e Constituição material. Esta é a própria maneira de ser do Estado, refletindo em regras e princípios a sua realidade social, identificado no universo do *ser*, e não do *dever ser*. Por sua vez, aquela possui como conteúdo a estruturação do Estado, a definição de suas competências e a organização de seus órgãos, ou seja, é definida pelo assunto tratado em seus enunciados. Em seus termos a Constituição material é o "conjunto de forças políticas, econômicas e ideológicas etc. que conforma a realidade social de um

---

[50] Jorge Miranda. *Teoria do Estado e da Constituição*. 2005. p. 321. Conferir: Jorge Miranda. *Manual de Direito Constitucional*. t. II. 4ª ed. p. 8-34.
[51] Carl Schmitt. *Op. cit.* 1992.
[52] Hermann Heller. *Op. cit.* p. 324.

determinado Estado, configurando a sua particular maneira de ser"[54]. Rigorosamente, a Constituição substancial é o "complexo de normas jurídicas fundamentais, escritas ou não, capaz de traçar linhas mestras de um dado ordenamento jurídico"[55].

Compartilhando desse posicionamento, André Ramos Tavares leciona que "substancialmente, a Constituição é o conjunto de normas organizacionais de determinada sociedade política"[56]. Enquanto que, "sob o aspecto material, a Constituição será o conjunto juridicizado de forças sociais, políticas, econômicas, religiosas e ideológicas que configuram determinada sociedade"[57].

Não se pode olvidar que diante de todas as concepções estudadas de Constituição, a que merece maior confiança da doutrina, sempre aprofundando-a é, sem dúvida alguma, esta aqui perfilhada, apesar de sua singeleza e objetividade. Em razão disto, esta será a perspectiva adotada para conduzir o raciocínio desenvolvido neste trabalho.

Encontrada a definição que se pretende trabalhar a expressão "Constituição", urge neste instante a necessidade de cotejar este conceito com os elementos que a compõe, permitindo visualizar a sua unidade, o que proporcionará a devida coordenação e coerência, resultando na idéia de sistema constitucional.

---

[53] José Horácio Meirelles Teixeira. *Op. cit.* p. 78-79.
[54] Celso Ribeiro Bastos. *Curso de direito constitucional*. 17ª ed. p. 40.
[55] *Id. Ibid.* p. 40.
[56] André Ramos Tavares. *Op. cit.* p. 63.
[57] *Id. Ibid.* p. 64.

2.2. IDÉIA DE SISTEMA NORMATIVO[58]

O primeiro passo, nesse momento, é procurar traçar uma noção de sistema que, conseqüentemente, acompanhará o seu adjetivo "constitucional" e permitirá com que este demonstre suas próprias peculiaridades e influências condutoras, bem como a sua expressividade no exercício de inicialidade fundante e o seu posicionamento singular no ordenamento jurídico. Em contraponto, é importante registrar que não se pretende esgotar os posicionamentos e as críticas levantadas sobre o tema "sistema", mas apenas identificar uma definição coerente que servirá de prisma fundamental no delinear do presente estudo.

A expressão "sistema" é de origem grega, significando aquilo que é construído (*syn-istemi*), isto é, uma totalidade cujas partes apontam, na sua articulação, para uma ordem qualquer. Platão, Aristóteles e os estóicos utilizaram-se do vocábulo. O primeiro no sentido de algo organizado, e os demais para designar o conceito de "cosmos", de ação deliberadamente planejada e racional (*téchné*), visto como um sistema de regras que se obtém pela experiência ou *a posteriori*, visando o exercício de uma ação repetível, que almejava a perfeição e que não se submetia à natureza nem se abandonava ao acaso.

A palavra somente veio a aparecer por volta do século XVI e XVII com a teoria da música e com a teologia, onde se falava em *Summa theologica*, impondo-se no

[58] Alguns autores lecionam que a teoria geral dos sistemas nasceu no campo das ciências naturais, a partir dos estudos de Ludwig Von Bertalanffy. O biólogo descreveu os organismos vivos como sistemas abertos, em que há uma troca constante entre o sistema e o meio. Foi, no entanto, Niklas Luhmann quem introduziu a concepção de sistema nas ciências sociais. Claus-Wilhelm Canaris seleciona alguns conceitos atribuídos à expressão "sistema" por diversos autores, descrevendo como sendo "um conjunto de conhecimentos ordenados segundo princípios" (Kant); "um conjunto global de coisas, processos ou partes, no qual o significado de cada parcela é determinado pelo conjunto supra-ordenado e supra-somativo" (Eisler); "é uma unidade totalmente coordenada (Stammler); "um conjunto de conceitos jurídicos ordenados segundo pontos de vista unitários" (Binder); "um conjunto unitário ordenado" (Stoll) e uma ordenação de conhecimentos segundo um ponto de vista unitário" (Coing). (Claus-Wilhelm

século XVIII, através do Jusnaturalismo e da ciência em geral, por obra de Christian Wolff, o entendimento de sistema como *nexus veritatum*, apoiando-se na correção formal e na perfeição da dedução. Assim, a palavra "sistema", apenas apareceu em sua terminologia científica no século XVIII, onde passaria a ter extrema importância para o século XX.[59]

Tércio Sampaio Ferraz Júnior apresentando um conceito de sistema, leciona como sendo um "conjunto de objetos e seus atributos (repertório do sistema), mais as relações entre eles, conforme certas regras (estrutura do sistema). Os objetos são os componentes do sistema, especificados pelos seus atributos, e as relações dão o sentido de coesão ao sistema". [60]

Transplantando essas idéias para o cenário jurídico, o presente autor afirma que o sistema normativo é o resultado de uma atividade instauradora que congrega normas (repertório) especificadas por seus atributos: validade e eficácia, estabelecendo relações entre elas (estrutura), albergando uma referência à mundividência que animou o elaborador desse sistema, projetando-se numa dimensão significativa. [61]

Auxiliando no esforço de tornar mais clara e precisa a idéia de sistema, estruturando, portanto, o raciocínio, Tércio Sampaio Ferraz Júnior utiliza-se de um exemplo ilustrativo que proporciona o alcance do seu objetivo.

Canaris. *Pensamento Sistemático e Conceito de Sistema na Ciência do Direito*. p. 10-11).

[59] Tércio Sampaio Ferraz Júnior. *Conceito de Sistema no Direito*. p. 9-23; Tércio Sampaio Ferraz Júnior. *Direito, Retórica e Comunicação*. p. 133-137; Tércio Sampaio Ferraz Júnior. *Teoria da Norma Jurídica*. p. 140.

[60] Tércio Sampaio Ferraz Júnior. *Op. cit*. 2006. p. 140. Claus-Wilhelm Canaris desenvolve estudo similar partindo de duas características fundamentais: a Ordenação e a unidade. Ordenação consiste num estado de coisas intrínsecos racionalmente apreensível, isto é, fundado na realidade. Unidade consiste em reconduzir as unidades que compõe a ordenação a princípios fundamentais, impedindo uma dispersão numa multitude de singularidade desconexas. Assim, existindo ordenação e unidade haverá sistema. (Claus-Wilhelm Canaris. *Op. cit*. p. 12-13).

[61] Tércio Sampaio Ferraz Júnior. *Op. cit*. 2006. p. 141.

> Uma sala de aula é um conjunto de elementos, as carteiras, a mesa do professor, o quadra-negro, o giz, o apagador, a porta etc.; todavia, esses elementos, todos juntos, não formam uma sala de aula, pois pode tratar-se de um depósito da escola; é a disposição deles, uns em relação ao outros, que nos permite identificar a sala de aula; essa disposição depende de regras de relacionamento; o conjunto dessas regras e das relações por elas estabelecidas é a *estrutura*. O conjunto dos elementos é apenas o *repertório*. Assim, quando dissemos que a sala de aula é um conjunto de relações (estrutura) e de elementos (repertório), nela pensamos como um *sistema*. O sistema é um complexo que se compõe de uma estrutura e um repertório. Nesse sentido, o ordenamento é um sistema".[62]
>
> (original grifado)

Hans Kelsen recorre ao argumento da validade de uma norma para justificar a afirmação de que a ordem jurídica é um sistema, mas um sistema de normas, bem como o fundamento para permitir que determinada norma seja inserida e permaneça dentro desse sistema. É neste parâmetro de validade que está a sua regra da supra-infra-ordenação do sistema. Vale dizer, todas as normas derivam sua validade de uma norma superior, atingindo a norma hipotética fundamental. E é justamente essa norma básica e elementar que produz a validade do sistema. Em suas palavras, "pode-se testar se uma norma pertence a certo sistema de normas, a certa ordem normativa, apenas verificando se ela deriva a sua validade da norma fundamental que constitui a ordem".[63]

Percebe-se que existe uma correlação existencial de coordenação e subordinação das normas delineadas por Kelsen, permitindo uma harmonização entre as mesmas, podendo, por conseguinte, falar-se realmente em sistema. Nesse contexto, a Constituição surge como fundamento, costurando a validade das demais normas, de modo a permitir a permanência destas no sistema. Na verdade, é como uma atividade de busca de validade das normas, alcançando a Constituição, como fonte legitimadora, porém esta é

---

[62] Tércio Sampaio Ferraz Júnior. *Introdução ao estudo do direito*. p. 176.
[63] Hans Kelsen. *Teoria Geral do Direito e do Estado*. 1992. p. 116.

uma norma de caráter obrigatório pela condição de sua pressuposição de validade pela norma fundamental.

Por isso, Kelsen afirma que a norma fundamental é a pressuposição necessária de qualquer interpretação positivista do material jurídico[64]. Assim, conclui que "a norma fundamental é a resposta à questão: Como – e isso quer dizer sob que condição –

[64] Importante esclarecer que Hans Kelsen defende a existência de um sistema unitário de normas, como um todo fechado em si mesmo, sem interferência dos aspectos exteriores o que proporcionou a edição de sua obra "Teoria Pura do Direito". Como decorrência do caráter fechado atribuído ao sistema, Kelsen não admite a existência de lacunas, porém, reconhece a importância da teoria das lacunas no âmbito da jurisdição, como um limite ao poder normativo do magistrado. Ademais, vários autores se debruçaram sobre suas idéias, principalmente sobre o questionamento da existência de lacunas, entre esses: Maria Helena Diniz. *As Lacunas no Direito*. 2002; Carlos E. Alchourron; Eugenio Bulygin. *Introducción a la metodologia de las ciências jurídicas y sociales*. 1993. Alchourron e Buligyn, trabalhando em sua obra a análise do postulado da plenitude hermética do direito, elegem dentre alguns autores a doutrina de Kelsen para verificarem a completude do sistema, ou seja, a inexistência de lacunas. Essa completude é visualizada não pela possibilidade de retirada das lacunas do sistema, e sim pela sua própria inexistência. Constataram que Kelsen, defensor de uma versão lógica do princípio da proibição, não consegue atingir a completude do seu sistema, alterando o seu posicionamento na segunda edição de sua obra "Teoria Pura do Direito", justamente para tentar superar essa dificuldade. Mesmo assim, Alchourron e Bulygin concluem que, apesar de Kelsen lecionar que a ordem jurídica é sempre aplicável, porque nos casos em que não se aplica uma norma determinada, se aplica a ordem jurídica, sua construção teórica acaba por não superar o que ele mesmo havia tentado quando na alteração de posição na segunda edição de sua obra. Em outras palavras, os autores fazem uma crítica no sentido de que Kelsen alterou de posicionamento, pois na primeira edição defendia que quando não fosse possível a aplicação de determinada norma, aplicaria a sua forma negativa. Posteriormente constatando que isso não seria viável, pois nem sempre existiria uma norma negativa correspondente, encampou o raciocínio na segunda edição de o que se aplica é todo o ordenamento jurídico, e não mais uma norma determinada ou sua forma negativa. A dúvida que pairou é como se aplica todo o ordenamento jurídico que ao mesmo tempo não seja aplicada nenhuma de suas normas. No entanto, deixando essa indagação de lado, os autores lecionam que o novo argumento trabalhado por Kelsen apenas será viável se por lacuna não mais entenda como na primeira edição, ou seja, o caso que não exista nenhuma norma aplicável, mas sim o caso em que é logicamente impossível aplicar a ordem jurídica. Entretanto, ainda assim, defendem que existirão lacunas nesse sistema criado por Kelsen, logo seria um sistema aberto. (p. 184-188). Ademais, a professora Maria Garcia leciona que, no âmbito constitucional, é impossível ventilar a possibilidade da existência de lacunas, uma vez que o Poder Constituinte originário delineou a Constituição conforme sua pretensão, dada as características imanentes a este poder. Com isso, na visão da professora, a inexistência de lacunas na Constituição seria justificada pela sua "coerência sistemática" existente, logo não precisando regular todos os comportamentos possíveis, apenas o que quiser, haja vista que ao menos é um código comum, mas sim uma Constituição fruto do Poder Constituinte originário. (aula proferida no programa de pós-graduação (mestrado e doutorado) da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo – PUC – SP, no dia 26.04.07)

são possíveis todos esses enunciados jurídicos concernentes a normas jurídicas, deveres jurídicos, direitos jurídicos, e assim por diante?".[65]

Nesse diapasão, a definição que se pretende atribuir à expressão "sistema" é justamente como um conjunto de elementos relacionados entre si, que apresentam uma coordenação e subordinação unificadora, tendente a atingir uma certa e delimitada finalidade.

2.2.1. Sistema Constitucional

Reportando esse pensamento delineado por sistema normativo para o campo do sistema constitucional poder-se-ia admitir como sendo um conjunto de normas constitucionais que atuam de maneira simétrica, demonstrando uma coordenação e correlação precisa, com o desiderato de atingir a observância do princípio da constitucionalidade, da unidade, bem como da supremacia constitucional.

Verificando um funcionamento sistêmico à Constituição, Geraldo Ataliba expõe que "a Constituição forma um sistema e, esse, é entendido como um conjunto

---

[65] Hans Kelsen. *Teoria Geral do Direito e do Estado*. 1992. p. 121. Não é possível olvidar-se de fazer menção, ainda que sumariamente, a crítica levantada por Joseph Raz às idéias desenvolvidas por Kelsen, principalmente no que concerne à norma fundamental. Raz, parte da afirmação desenvolvida por Kelsen de que a única função da norma fundamental é autorizar a criação da primeira Constituição. Para aquele autor essa afirmação é uma falácia, pois a primeira Constituição pode, independentemente, da norma fundamental, proporcionar a derivação de validade das demais normas, como fruto do exercício da faculdade legislativa. Assim, a estrutura do sistema jurídico manteria inalterado com a eliminação da norma fundamental. Dessa forma, o grande questionamento e crítica demonstrada por Raz é sustentar que o critério de identidade elegido por Kelsen, não contribui em nada para verificar a cadeia de validade e alcance do sistema. Em suma, a estrutura do sistema jurídico se manteria virtualmente inalterado com a eliminação da norma fundamental. Em outro ponto, Raz indaga a incompatibilidade de teses da teoria de Kelsen ao sustentar que toda norma impõe sanção e as normas legislativas existem sem a devida sanção. (Josefh Raz. The Concept

ordenado e sistemático de normas, construídos em torno de princípios coerentes e harmônicos, em função de objetivos socialmente consagrados".[66]

Todavia, para a completude de significado do sistema constitucional não é permitido esquivar-se de ressaltar o caráter evolutivo dessas normas constitucionais. Vale dizer, o sistema constitucional é aberto para permitir a captação da constante evolução da realidade social. Paulo Bonavides sintetiza que "a análise interpretativa da Constituição não pode, por conseguinte, prescindir do critério evolutivo, mediante o qual se explicam as transformações ocorrentes no sistema, bem como as variações de sentido que tanto se aplicam ao texto normativo, como à realidade que lhe serve de base".[67]

Nessa ótica, figura a imprescindibilidade de acoplar ao conceito de sistema constitucional a sua textura aberta, tornando, portanto, um verdadeiro conjunto aberto de normas.[68] Entretanto, desdobram-se as normas em duas espécies: regras e princípios, que se completam proporcionando ao sistema uma coerência de sentido, principalmente afastando-se o legalismo exacerbado, bem como a indeterminação, o que, caso contrário, pode acarretar uma insegurança jurídica. Canotilho, compactuando com esse pensamento, acrescenta:

> **Um modelo ou sistema constituído exclusivamente por regras conduzir-nos-ia** a um sistema jurídico de limitada racionalidade prática. Exigiria **uma disciplina legislativa exaustiva e completa – *legalismo*** – do mundo e da vida, fixando, em termos definitivos, as premissas e os resultados das regras jurídicas. Conseguir-se-ia um "sistema de

---

of a Legal System – na introduction to the Theory of legal System. Second Edition. Clarendon Press: Oxford.).

[66] Geraldo Ataliba. *Sistema constitucional tributário*. p. 3.

[67] Paulo Bonavides. *Curso de direito constitucional.* 15ª ed. p. 138.

[68] Não se deve olvidar, de ressaltar a peculiar distinção existente entre norma e enunciado de norma. Este é qualquer enunciado que faz parte de um texto normativo, e aquela é o significado extraído de parte de um enunciado normativo, de um enunciado, ou mesmo de vários enunciados. Neste trabalho, a expressão "norma" não está sendo empregada apenas na acepção demonstrada, mas de uma forma ampla, permitindo, com isso, melhor expor as idéias.

> segurança", mas não haveria qualquer espaço livre para a complementação e desenvolvimento de um sistema, como o constitucional, que é necessariamente um sistema aberto. (...) **O modelo ou sistema baseado exclusivamente em princípios** (Alexy*: Prinzipien-Modell des Rechtssystems*) **levar-nos-ia** a conseqüências também inaceitáveis. **A indeterminação, a inexistência de regras precisas**, a coexistência de princípios conflituantes, a dependência do possível fáctico e jurídico, só poderiam conduzir a um sistema falho de segurança jurídica e tendencialmente incapaz de reduzir a complexidade do próprio sistema.[69] (grifo nosso)

Isso impõe uma imprescindibilidade de estudar o sistema constitucional sempre atento para sua matiz de mutação constitucional, acompanhando a evolução social, porém conduzido pelos fatores materializadores desse sistema, que permitem ao mesmo tempo mesclar uma natureza de concretude e imprecisão, que são respectivamente as regras e princípios.

2.2.2. Completude das Normas: Regras e Princípios

O passo inicial neste terreno pantanoso é delimitar, primeiramente, o alcance pretendido na discussão, para em seguida, apresentar em sentido amplo as diversas teorias existentes sobre o tema, sem deixar de admitir que elas, em determinados momentos, acabam por perder a sua identidade inicial de premissas.

A necessidade de enfrentar o assunto está relacionada ao próprio conceito de sistema constitucional adotado, como uma forma de apresentação das normas. Mas isso não significa uma produção de fôlego sobre o tema, podendo inclusive, ser projeto para estudo futuro. Entretanto, a importância da abordagem neste momento ensejará na construção de alicerces para superar as barreiras postas no último capítulo.

---

[69] José Joaquim Gomes Canotilho. *Direito Constitucional*. 7ª ed. 2003. p. 1162.

Com supedâneo na bipolaridade conceitual de normas, como dotada de regras e princípios, vários são os critérios apontados como fatores distintivos das duas espécies. O primeiro critério se refere ao "grau de abstração", atribuindo aos princípios um maior grau de abstração, diferentemente das regras que possuem uma abstração reduzida; o segundo critério trata do "grau de aplicação ao caso concreto", que julga os princípios, pela vagueza e indeterminação, como carecedores de mediações concretizadoras, e as regras uma aplicação direta e; o terceiro critério está relacionado ao "caráter de fundamentalidade" no sistema, que reporta os princípios como normas de natureza estruturante e posição hierárquica superior; dentre outros critérios.[70]

Nesse aparato de critérios é possível, em sentido lato, asseverar que três seriam as correntes existentes acerca da bipolaridade normativa. A primeira, defendida por Ronald Dworkin[71] e Robert Alexy[72], delineia como critério distintivo entre regras e princípios a tese da separação qualitativa. A segunda, encampada por José Joaquim Gomes Canotilho[73], Paulo Bonavides[74], Celso Antonio Bandeira de Mello[75], Humberto Bergamann Ávila[76], dentre outros, lecionam que a distinção entre ambas é de grau, seja de grau de generalidade, abstração ou de fundamentalidade. E, por fim, a terceira corrente,

[70] Paulo Bonavides. *Curso de direito constitucional*. 15ª ed. p. 277-278; José Joaquim Gomes Canotilho. *Direito Constitucional*. 7ª ed. p. 1160; Ronald Dworkin. *Levando os Direitos a Sério*. 2002; Robert Alexy. *Teoria de los Derechos Fundamentales*. 2002; outros critérios distintivos, conferir: Humberto Ávila. *Teoria dos princípios*: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. p. 31-54.
[71] Ronald Dworkin. *Op. cit.* 2002.
[72] Robert Alexy. *Op. cit.*, 2002.
[73] José Joaquim Gomes Canotilho. *Direito Constitucional*. 7ª ed. 2003.
[74] Paulo Bonavides. *Op. cit*. 15ª ed. 2004.
[75] Celso Antonio Bandeira de Mello. *Curso de Direito Administrativo*. 2004.
[76] Humberto Ávila. A distinção entre princípios e regras e a redefinição do dever de proporcionalidade. 1999: 151-179; *Teoria dos princípios*: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 2005.

encabeçada por Aulis Aarnio[77], sustenta que não existe diferença entre regras e princípios, rejeitando qualquer possibilidade ou utilidade dessa atividade de forma distintiva.

Isso não significa ignorar a existência de outras correntes, ao contrário, como ressaltado essas teorias figuram de maneira ampla, as possíveis e fundamentais para ilustrar a pretensa proposta. Importante acrescentar também que, existe um entrelaçamento por alguns autores na utilização dos critérios das distinções entre regras e princípios, inclusive por alguns autores citados como integrantes de determinada corrente de pensamento.

Entretanto, isso não prejudica o estudo uma vez que é possível visualizar dentre os argumentos selecionados por cada doutrinador a preponderância ideológica para uma ou outra teoria. Ademais, como bem expõe Agustín Gordillo[78] não existe classificação mais ou menos certa, critério mais ou menos manejável, mais sim, classificação mais ou menos útil.

Procurando atender à ordem de seleção realizada acerca das teorias, iniciar-se-á com a primeira corrente, em seguida, pela segunda, porém com relação à terceira corrente, será esta desconsiderada justamente por ser contrária ao pensamento desenvolvido neste trabalho. Isso porque o raciocínio desenvolvido aqui tem como premissa a existência de diferenças relevantes e, de imprescindível esclarecimento, entre regras e princípios.

---

[77] O autor apregoa que no âmbito da interpretação, os princípios como as regras são fenômenos deônticos sem caráter axiológico, com isso, a sua estrutura normativa seria apenas uma. (Aulius Aarnio. *Taking Rules Seriously*. ARSP, Beiheift 42 (1989): 180-192).

[78] Agustín Gordillo. *Tratado de Derecho Administrativo*. 5ª ed. 1998.

2.2.2.1. Tese da Separação Qualitativa

Ronald Dworkin trabalhando a diferença relacional qualitativa entre regras e princípios, tendo como raciocínio condutor uma crítica ao positivismo jurídico, aponta que a resposta está na natureza da orientação que oferecem. As regras possuem apenas uma dimensão de validade, enquanto os princípios, uma dimensão de peso.

A primeira distinção existente, para o presente autor, é que as regras adotam uma formulação do "tudo ou nada", ou seja, "dados os fatos que a regra estipula, então a regra é válida, e nesse caso a resposta que ele fornece deve ser aceita, ou não é válida, e nesse caso em nada contribui para a decisão"[79]. Em contrapartida, isso não conduz à afirmação de que as regras não comportam exceções, ao contrário, as exceções de uma regra podem e devem ser veiculadas, pois seria incompleto referir à regra sem considerar sua exceção, logo o resultado estaria prejudicado.[80]

Diferentemente, com relação aos princípios, a estrutura do "tudo ou nada" não é aplicável. Sedimenta Dworkin que "os princípios não descrevem eventos que, se ocorridos no mundo fenomênico, impliquem na necessária aplicação do exigido pelo princípio. Apenas enunciam razões que conduzem o argumento em uma certa direção necessitando de uma decisão particular" [81].

---

[79] Ronald Dworkin. *Levando os Direitos a Sério*. p. 36.

[80] Como exemplo dessa situação de exceção, poder-se-ia dizer que se alguém auferiu renda na forma descrita pela lei federal do imposto de renda, o agente fiscal deve efetuar o lançamento, constituindo o fato tributário e editar a norma individual e concreta que determina ao contribuinte recolher dinheiros aos cofres públicos. Ocorrido o evento descrito, deve ser aplicada a norma. Sua não aplicação só se justifica em duas hipóteses: se houver previsão no sistema jurídico de alguma exceção e o evento ocorrido subsume-se à exceção prevista ou se a norma for inválida. Não havendo exceção prevista ou não sendo a norma inválida, deve haver aplicação, ou seja, constituição do fato jurídico e imputação das conseqüências descritas. (Ricardo Marcondes Martins. A natureza normativa dos princípios. p. 241).

[81] Ronald Dworkin. *Op. cit*. 2002. p. 41.

A segunda diferença entre os institutos, defendida pelo autor, cinge-se no fato de que os princípios possuem uma dimensão de peso ou importância que as regras não possuem. Enquanto os princípios são carreados de pesos e medidas diferenciadas, apenas aferível no caso concreto, as regras têm os mesmos pesos e importâncias. Nas palavras do autor, "essa dimensão é uma parte integrante do conceito de um princípio, de modo que faz sentido perguntar que peso ele tem ou quão importante ele é" [82].

Com uma similaridade de pensamento, apesar de alguns autores afirmarem como sendo um aprimoramento da doutrina de Dworkin, Robert Alexy apresenta os princípios como "mandamentos de otimização" e as regras como "determinações". Os princípios estariam relacionados à possibilidade de seu cumprimento em diferentes graus, mas esse cumprimento dependeria não apenas das possibilidades reais ou fáticas, mas também das possibilidades jurídicas. Dependeriam das possibilidades reais, porque o conteúdo dos princípios como normas de condutas, só podem ser determinados quando diante dos fatos; e das possibilidades jurídicas, porque a aplicação dos princípios depende dos princípios e regras que a eles se contrapõem. Já as regras vinculam ao seu cumprimento estrito ou não, sendo, portanto, válida quando realiza o que ela exige, nem mais nem menos [83].

O diferencial proposto por Alexy encontra-se na colisão de princípios. Havendo colisão entre dois princípios, um cede espaço diante da pretensão do outro. Entretanto, todos continuam aplicáveis, mas apenas um dos princípios atinge uma precedência sobre o outro. E é justamente através da "lei de colisão" que o confronto de princípios será solucionado, ou seja, com uma ponderação dos interesses opostos,

[82] *Id. Ibid*. p. 42-43.
[83] Robert Alexy. *Op. cit*. p. 86 e segs.

procurando descobrir qual deles possui maior peso no caso concreto, amparando uma "relação de precedência condicionada" [84].

2.2.2.2. Quanto ao Grau de Generalidade, Abstração e Fundamentação

Enquadrado na segunda corrente, Canotilho, diante da complexidade em suscitar uma distinção precisa entre regras e princípios, observa que essa dificuldade deriva do não esclarecimento de duas questões fundamentais: determinar qual a função exercida pelos princípios, ou seja, retórica-argumentativa ou de normas de condutas; bem como procurar verificar a existência ou não de um denominador comum entre as regras e os princípios, sendo, portanto, da mesma família e possuindo diferenças quanto ao grau, ou pelo contrário, a diferença apresentada é apenas qualitativa [85].

Respondendo as essas indagações, Canotilho assenta que quanto ao primeiro problema, é premente diferençar os princípios hermenêuticos, que desempenham uma função argumentativa, permitindo a integração e complementação do direito, dos princípios jurídicos, que possuem qualidade de normas, evidente que qualitativamente distintas das regras jurídicas que são as outras categorias de normas jurídicas. Assim, esta categoria de princípios jurídicos, com qualidades de normas jurídicas é que interessa para o cotejo entre regras e princípios. As diferenças qualitativas traduzem o aspecto de que os princípios são compatíveis com vários graus de concretização, permitindo uma convivência conflitual, de coexistência, bem como o balanceamento de valores e interesses, enquanto que as regras prescrevem uma exigência imperativa, que é ou não

[84] *Id. Ibid*. p. 90 e segs.
[85] José Joaquim Gomes Canotilho. *Direito Constitucional*. 7ª ed. p. 1161.

cumprida, possuindo uma convivência de exclusão, além de não deixar espaço para qualquer outra solução que não aquela prescrita [86].

Diante da alusão à expressão "qualitativa" utilizada por Canotilho, sendo esta o fator diferencial manejado por Dworkin e Alexy, conforme verificado acima, o autor é guiado para um determinado caminho de pensamento. Todavia, Canotilho, reconhece que os princípios são compatíveis com vários "graus de concretização", permitindo uma convivência conflitual, de coexistência, bem como o "balanceamento de valores e interesses", enquanto que as regras prescrevem uma exigência imperativa, que é ou não cumprida, possuindo uma convivência de exclusão, além de não deixar espaço para qualquer outra solução que não aquela prescrita.

Assim, a afirmação de conciliação entre os "graus de concretização" e o "diferencial qualitativo", desenvolvido por Canotilho, acaba por se tornar prejudicial pela imperatividade axiológica desenvolvida no seu pensamento, selecionando-os de acordo com o seu grau de fundamentalidade e de condensação, atingindo a compreensão dos princípios estruturantes fundamentais. Porém, isso não impede verificar sua clareza de adoção pela fundamentalidade e superioridade valorativa dos princípios, assumindo, inclusive, patamares de princípios estruturantes, conforme assinalado. Logo, adota a premissa de fundamentalidade dos princípios.

Em singelas palavras seria dizer que, Canotilho utilizando a expressão "qualitativa" induz o leitor a acreditar que o seu posicionamento encontra-se fundado nas premissas de Dworkin e Alexy, qual seja, que o critério distintivo de regras e princípios está na separação "qualitativa". Todavia, a natureza "valorativa" desenvolvida na distinção

[86] *Id. Ibid*. p. 1161.

entre os institutos, principalmente na construção dos princípios estruturantes, comprovam a sua adoção pelo critério de "graus de fundamentalidade", assim distanciando o seu entendimento dos autores citados.

Em verdade, o reconhecimento dos princípios com seu caráter normativo, e principalmente pela codificação destes e, conseqüentemente, pela sua constitucionalização, angariando valores ao texto supremo, implica em admitir a existência dos princípios constitucionais norteadores. Note-se que a influência axiológica versada nas normas constitucionais principiológicas, em especial aquelas possuidoras de um teor mais expressivo, acaba por afirmar a existência dos princípios fundamentais que servem verdadeiramente como pedra de toque, cimentando objetivamente todo o sistema constitucional e fundamentando as próprias regras jurídicas.

Tendo por base o conjunto de carga valorativa e a possibilidade de concretização que alguns princípios proporcionam aos demais, atingindo igualmente as regras jurídicas, permite Canotilho construir o sistema interno das regras e princípios, cuja compreensão está assentada nos princípios estruturantes fundamentais. Estes princípios são o "núcleo essencial da Constituição", que garantem a esta sua identidade e estrutura, seguidos, através de uma ordem escalonada, pelos subprincípios, pelos princípios constitucionais gerais e princípios constitucionais especiais e, por fim, pelas regras constitucionais. Em suas palavras, "os princípios estruturantes ganham densidade e transparência através das suas concretizações (em princípios gerais, princípios especiais ou regras), e estas formam com os primeiros uma unidade material (unidade da Constituição)".[87]

[87] *Id. Ibid.* p. 1175.

Assim, de acordo com Canotilho, as normas adquirem uma densificação de maneira escalonada, piramidal, sem que isso presuma a hierarquização entre essas normas. As normas dotadas de maior generalidade necessitam de outras normas para lhes atribuírem uma significativa concretização, ou seja, mais precisão e possibilidade de incidência no mundo fenomênico. Nessa estrutura de diferentes densidades e aberturas, estando os princípios menos densos no ápice e as regras na base, a densificação se concretiza num "processo bi-unívoco de esclarecimento recíproco". Em outras palavras, a densificação não necessariamente acontece de cima para baixo ou vice-versa, mas de maneira simultânea em um processo de evolução e retorno.

Humberto Ávila sustenta enfaticamente que a diferença entre regras e princípios está no "grau de abstração", sendo os princípios mais abstratos do que as regras. Em suas palavras:

> A única diferença constatável continua sendo o *grau de abstração anterior à interpretação* (cuja verificação também depende de prévia interpretação): no caso dos princípios, o grau de abstração é maior relativamente à norma de comportamento a ser determinada, já que eles não se vinculam abstratamente a uma situação específica (p. ex. princípio democrático, Estado de Direito); no caso das regras, as conseqüências são de pronto verificáveis, ainda que devam ser concretizadas por meio do processo de aplicação.[88]

Essas ponderações são imperiosas pelo fato de que dependendo do caminho trilhado pelo cientista do direito o seu destino será diverso, e o critério utilizável como bússola é o próprio conceito de princípio. Assim, para a doutrina que inicia o estudo pregando a idéia de princípio como "núcleo de condensações"[89], ou como "disposições

[88] Humberto Ávila. A distinção entre princípios e regras e a redefinição do dever de proporcionalidade. 1999: 161-162; Com relação ao conceito de princípio e regras adotado pelo autor conferir, p. 167; ou então, na obra *Teoria dos princípios*: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. p. 70.
[89] José Joaquim Gomes Canotilho; Vital Moreira. *Fundamentos da Constituição*. p. 49.

fundamentais de um sistema"[90], assumirá que os princípios são normas fundamentais do sistema, e as regras seriam os instrumentos concretizadores dos princípios, dado o fato de sua menor fundamentalidade.

Diferentemente, será a posição do estudioso caso contemple a teoria de Alexy, pois, para este, os princípios independem do caráter de fundamentalidade da norma, sendo um conceito axiologicamente neutro, podendo tanto ser mandamentos nucleares, disposições fundamentais, como também coisa diversa, ou seja, não fica estanque a rigidez da sua superioridade no sistema, mas pode versar coisa diversa. Assim, para a doutrina recorrente da distinção em graus entre regras e princípios, muito do que elegem como princípios deveriam ser na visão de Alexy, chamado de regras.

Nesse diapasão, chamar de princípios a legalidade, a anterioridade, a propriedade, dentre outros, como o faz a doutrina tradicional, seria na ótica de Alexy regras e não princípios. Mas, essa mesma doutrina tradicional, ignora essa realidade e adotam a teoria de Alexy elegendo esses institutos como verdadeiros princípios, ou seja, o fazem de maneira equivocada.

Virgilio Afonso da Silva arremata assinalando que:

> Se se define 'princípio' pela sua fundamentalidade, faz sentido falar-se em princípio da legalidade ou em princípio do *nulla poena sine lege*. (...) Caso, no entanto, se prefira usar os critérios estabelecidos por Alexy, (...) é preciso deixar de fora dessa tipologia aquelas normas tradicionalmente chamadas de princípios – legalidade etc. -, visto que elas, a despeito de sua fundamentalidade, não poderiam mais ser consideradas como princípios, devendo ser incluídas na categoria de regras.[91] (original grifado).

[90] Celso Antonio Bandeira de Mello. *Op.cit*. 2004. p. 840-841.
[91] Virgilio Afonso da Silva. Princípio e Regras: mitos e equívocos acerca de uma distinção. p. 614.

Dessa explanação o que se pode extrair é que independentemente da teoria adotada pelo cientista do direito, a coerência de pensamento deve sempre reinar das premissas às conclusões, pois todas as correntes de pensamento são úteis para justificar o pensamento proposto, mas o entrelaçamento delas provoca uma contradição, em razão de que o critério elegido por Alexy é um critério estrutural, por ser dotado de uma "estrutura de mandamentos de otimização", que não leva em consideração critérios materiais, como abstração, generalidade e fundamentalidade, necessários para o conceito formulado pela doutrina tradicional.[92]

2.2.2.3. Teoria Adotada

Neste trabalho optou-se pela adoção da teoria quanto ao "fundamentalidade" que os princípios exercem no sistema jurídico, em especial, no sistema constitucional brasileiro, referindo a regras e princípios de acordo com o que se segue.

Nesse compasso, toda regra jurídica é a concretização de um princípio, seja ele expresso ou implícito, sempre este, dotado de força para conduzir a aplicação da regra. Vale dizer, qualquer norma jurídica sempre deverá estar jungida na observância de um princípio, este impregnado com teor axiológico, sem desvincular da devida ponderação e a

[92] *Id. Ibid*. p. 607-630; *Id. A Constitucionalização do Direito*. p. 29-37.

subsunção à lei de colisão, quando apresentar um conflito entre interesses contrapostos. Os princípios seriam, portanto, os "núcleos de condensações"[93].

Nesse posicionamento os princípios amparam uma amplitude necessária dentro do sistema, daí a sua importância e imprescindibilidade, bem como as regras, em paralelo, dotam o sistema com a devida concretude, compondo, portanto, como forma de auxílio mútuo, no conceito de normas. Mas é importante salientar que a relação diferencial é o toque de Midas para compreensão da idéia de sistema normativo.

Assim, os princípios são, na verdade, vetores condutores do sistema que atribuem a este uma determinada identidade e estrutura, e permitem que os seus efeitos se irradiem por toda a esfera de atuação. Como conseqüência dessa relevância, eles são imbuídos pela dogmática jurídica como espécie de norma jurídica, podem se materializar como princípios expressos, aqueles vertidos de maneira impressa em um suporte físico, ou na forma de princípio implícito, como resultado do processo de intelecção do interprete a partir de um objeto, ou seja, conjunto de grafemas impressos.[94]

Nesse sentido, o direito positivo proporciona três conjuntos de enunciados: os enunciados que versam um princípio expresso; os enunciados abstraídos da análise do conjunto de enunciados de um texto, que seriam os princípios implícitos, e por fim, os enunciados cujo significado não constitui um princípio, que são as regras.

Dessa forma, conforme a própria definição de princípios, como elemento distintivo e de elevado caráter axiológico dentro do sistema, é possível afirmar que são

---

[93] José Joaquim Gomes Canotilho; Vital Moreira. *Op. cit.* p. 49.

[94] Compartilha desse posicionamento Nelson Nery Júnior ao lecionar que "os princípios são, normalmente, regras de ordem geral, que muitas vezes decorrem do próprio sistema jurídico e não necessitam estar previstos expressamente em normas legais, para que

verdadeiramente normas autônomas, distintivas, e que, portanto, requerem nomes e *status* diferenciados.

Nesse diapasão, os princípios constitucionais são aqueles enxertados na Constituição que possuem incidência nas demais normas constitucionais, imprimindo-as um determinado significado, com a incorporação de valores fundamentais, o que resulta na unidade constitucional, com um sistema constitucional harmonioso e coeso. Assim assenta o pensamento de Paulo Bonavides concluindo que:

> Os princípios são o oxigênio das Constituições na época do pós-positivismo. É graças aos princípios que os sistemas constitucionais granjeiam a unidade de sentido e auferem a valoração de sua ordem normativa. (...) fazem eles a congruência, o equilíbrio e a essencialidade de um sistema jurídico legítimo. Posto no ápice da pirâmide normativa, elevam-se, portanto, ao grau de norma das normas, de fonte das fontes. São qualitativamente a viga-mestra do sistema, o esteio da legitimidade constitucional, o penhor da constitucionalidade das regras de uma Constituição [95].

2.3. MÉTODOS HERMENÊUTICOS DE COMPOSIÇÃO DOS CONFLITOS NO SISTEMA CONSTITUCIONAL

Consoante essas explanações, e principalmente pelo entendimento contemplado acerca do fato de que a Constituição é um sistema, isso exige a necessidade de métodos próprios de interpretação, justamente para manter a sua singularidade.

Celso Ribeiro Bastos sedimenta que as peculiaridades justificantes de uma hermenêutica constitucional estão relacionados com determinados fatores, quais sejam: a posição singular das normas constitucionais, uma vez que a Constituição, em tese, está

---

lhes empreste validade e eficácia". (Nelson Nery Júnior. *Princípios Fundamentais – Teoria Geral dos Recursos*. p. 109).

[95] Paulo Bonavides. *Curso de direito constitucional*. 15ª ed. p. 288; 294.

desvinculada de qualquer norma jurídica quando da sua instituição, logo o seu tratamento seria diferenciado com relação às demais normas; o seu caráter de inicialidade fundante, como premissa e fundamento último das normas; o caráter aberto de suas normas, tendo assim a atualização como necessidade para tornar a norma constitucional sempre aplicável; a linguagem constitucional empregada, dotada de uma acepção ampla nos termos empregados, justificado pela quantidade de princípios que permitem solucionar os problemas interpretativos; e outros [96].

Consubstanciado nesses fundamentos, é possível delinear alguns métodos hermenêuticos conformadores das variações dinâmicas da Constituição, permitindo que esta sempre comporte a idéia de sistema constitucional. Dentre esses métodos, Celso Ribeiro Bastos[97] seleciona, os quais são confirmados por Canotilho, dada a proximidade e similitude que apresentam, os postulados da supremacia da Constituição, da unidade constitucional, da maior efetividade possível, e da harmonização.

O postulado da supremacia da constituição revela a superioridade existente na Constituição, seja em qualquer momento, vinculando a interpretação do ordenamento jurídico. Esse fenômeno é possível dada à inexistência de normas que possam contrariar os preceitos pretendidos pela Constituição, estando, portanto, toda e qualquer norma obediente aos mandamentos daquela.

Isso significa que uma norma apenas possui validade na medida em que respeita os fundamentos determinantes de sua produção, isto é, pela maneira determinada pela outra norma superior. Em nosso sistema esse parâmetro é a Constituição, que deve ser

---

[96] Celso Ribeiro Bastos. *Hermenêutica e interpretação constitucional*. p. 105-122.
[97] *Id. Ibid*. p. 165-179.

alçada ao patamar de superioridade e base para qualquer ato administrativo ou lei, representando, sobretudo, a norma hipotética fundamental[98], analisada por Kelsen.

Nesse sentido podemos asseverar que acima das leis, e como criador do próprio Estado existe uma norma jurídica fundamental que é a Constituição. O ordenamento jurídico estaria representado por uma pirâmide, ou seja, todo e qualquer ato administrativo ou lei deve conter respaldo na Constituição, que lhe é superior. De outra forma, seria dizer que, a Constituição é o fundamento de validade de todas as normas.

Demonstrando a verticalidade das normas constitucionais sobre as demais, em razão, principalmente, do princípio da supremacia constitucional, Geraldo Ataliba propala que "a Constituição, lei máxima, sagrada e superior, ordena, manda, determina e impõe. A tarefa do interprete é, exatamente, desvendar o que a norma está impondo, em qualquer caso" [99].

A unidade constitucional[100] significa a inexistência de contradições entre suas normas, sempre julgando determinada norma com as demais, pela sua insuficiência em si mesma. Esse princípio exige do interprete a importância em considerar a Constituição na sua globalidade e procurar minimizar os espaços de tensão existentes entre as normas constitucionais a concretizar. Assim, as normas constitucionais não podem ser visualizadas como normas dispersas, isoladas, mas como preceitos integrados num sistema.

---

[98] Essa teoria é rechaçada por alguns críticos, conforme expõe Norberto Bobbio em sua obra, sustentando que a Constituição foi estabelecida pelo poder constituinte, mas quem autorizou o poder constituinte a pôr a lei constitucional. No que se funda a norma fundamental. Nesse passo, Kelsen leciona que o poder constituinte foi autorizado por uma norma fundamental, a qual estabelece que todos os cidadãos devem obedecer às normas emanadas de tal poder. (Norberto Bobbio. *O positivismo jurídico: Lições de filosofia do direito*. p. 201).

[99] Geraldo Ataliba. *Hipótese de Incidência Tributária*. p. 160.

[100] É fundado nesse princípio que Canotilho afirma pela igualdade hierárquica de todas as regras e princípios quanto à sua validade, prevalência normativa e rigidez. (José Joaquim Gomes Canotilho. *Direito Constitucional*. 7ª ed. p. 1184).

A maior efetividade possível busca proporcionar à norma sempre um sentido de maior eficácia, preservando de maneira *incontinenti* o conteúdo que carrega em si e alicerçado na máxima de que a lei não emprega palavras inúteis. Vale dizer, a atividade interpretativa da Constituição deve atrelar-se ao cumprimento de todas as normas, sempre observando a sua efetividade plena de modo a impedir o desvirtuamento da vontade de seus enunciados.

Por fim, a harmonização busca conformar as diversas normas existentes para evitar a exclusão de uma sobre as demais, sempre levando em consideração a sua harmonização e coesão ao sistema. Nesse sentido, torna premente a imposição de limites e condicionamentos recíprocos de forma a conseguir uma concordância prática e, por conseqüência, a mais ampla aplicação do texto constitucional.

CAPITULO 3 – A CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO

Este capítulo tem por objetivo aclarar o fenômeno que vem assumindo posição de destaque na doutrina e na jurisprudência, principalmente, quando relacionado ao Sistema Constitucional, bem como ao Bloco de Constitucionalidade. Na verdade, a constitucionalização do direito representa uma força de impulsão para a construção do bloco de constitucionalidade, uma vez que dentre as suas finalidades consta o incentivo em estender a natureza de normas constitucionais em matérias que são verdadeiramente infraconstitucionais, como se constata da análise constitucional do texto de 1988.

Esse processo de constitucionalização do direito que tem se verificado, também, na doutrina e jurisprudência do direito comparado é um dos fundamentos justificantes para o reconhecimento do bloco de constitucionalidade no sistema constitucional brasileiro, e será esta premissa que proporcionará a demonstração de identificação expressa do bloco de constitucionalidade no ordenamento pátrio.

Cumprida a tarefa de esclarecer o objetivo deste capítulo, é o momento de avançar no trabalho.

"A sociedade vivencia e exige a aplicação da Constituição".

A presente frase está se tornando corriqueira nos últimos tempos, justamente porque a supremacia do parlamento encontra-se em uma pretensa superação[1] e as

[1] É importante registrar que o direito inglês possui uma resistência inabalável pelo movimento de constitucionalização, não se aplicando, portanto, a ele essa tendência pacífica verificada no mundo. Apesar de que tenha sido o próprio direito inglês o Estado precursor do modelo liberal, com limitação do poder absoluto e afirmação do

exigências pela aplicação das Constituições ecoam, não apenas nos corredores dos Tribunais ou Cortes Constitucionais, mas também por qualquer discussão ventilada na sociedade.

As Constituições estão vivas nas reivindicações da sociedade, nos debates parlamentares e, principalmente, nos tribunais como uma forma de permitir a realização do processo judicial, sendo isso o que denominamos como uma tendência de "popularização da Constituição"[2].

Afirmar que as Constituições são reverenciadas e exigidas por serem normas jurídicas parece mesmo uma obviedade desnecessária, mas nem sempre foi assim. Elas superaram a visão de um documento essencialmente político para o reconhecimento de sua força normativa, do caráter vinculativo e obrigatório de seus enunciados. E isso é o que conduz a popularização da Constituição, envolvendo a doutrina a ponto de criarem as normas programáticas, constituições dirigentes[3], inclusive diversas classificações acerca da aplicabilidade e eficácia das normas constitucionais[4].

---

rule of the law, falta-lhe uma Constituição escrita e rígida, que é um dos pressupostos, como o nome sugere, da constitucionalização do Direito.

[2] Não é exatamente isso que Peter Häberle leciona em sua obra "Hermenêutica Constitucional: a sociedade aberta dos interpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e procedimental da Constituição". Na verdade, o autor procura enfatizar a importância de uma interpretação democrática da Constituição, mais próxima, portanto, dos anseios da sociedade, dos cidadãos que vivenciam a Constituição. Paralelamente, porém, com uma distância clara é a realidade demonstrada nas palavras acima, ou seja, com o passar dos tempos a sociedade passou a exigir mais a aplicação das normas constitucionais, talvez mesmo, pelo fato dela ter assumido o seu caráter normativo.

[3] José Joaquim Gomes Canotilho. *Constituição dirigente e vinculação do legislador: contribuição para a compreensão das normas constitucionais programáticas*. 1983.

[4] Thomas M. Cooley. *A Treatise on the Constitutional Limitations*. Boston: Little, Brown, and Company, 1890. p. 98 segs; Vezio Crisafulli. *La Costituzione e le sue Disposizioni di Principio*. Milano: Giuffrè, 1952 (I Quaderni della Costituzione); José Afonso da Silva. *Aplicabilidade das normas constitucionais*. 6ª ed. São Paulo: Malheiros, 2003; Celso Ribeiro Bastos & Carlos Ayres de Brito. *Interpretação e Aplicação das Normas Constitucionais*. São Paulo: Saraiva, 1982; Manuel Gonçalves Ferreira Filho. *Curso de Direito Constitucional*. 31ª ed. São Paulo: Saraiva, 2005; Maria Helena Diniz. *Normas Constitucionais e seus efeitos*. 7ª ed. São Paulo: Saraiva,

Essa realidade em exigir a aplicação das normas constitucionais está relacionada à mudança de um Estado Liberal para um Estado Social, oportunidade em que as desigualdades e as injustiças provocadas pelo capitalismo selvagem cederam espaço para os direitos e garantias fundamentais, veiculados na forma principiológica pelas Constituições, atingindo o pós-positivismo.

Mas os direitos e garantias fundamentais, em que pese a sua materialização nas Constituições, necessitavam de instrumentos capazes de efetivá-los deixando de ser meros repositórios de esperanças para se tornarem uma realidade presente e eficaz. Com isso, a partir da metade do século XX, a maioria das Constituições incorporaram mecanismos de jurisdição constitucional ou fortaleceram e ampliaram os existentes, passando a compreender os direitos fundamentais não mais como direitos subjetivos, mas sim como uma dimensão objetiva.[5]

Amparados nesta concepção de dimensão objetiva, os direitos fundamentais estariam dotados de valores capazes de produzir uma força irradiante que permitiriam penetrar em relações jurídicas distintas para as quais foram concebidos e influenciariam na interpretação e aplicação de outras normas jurídicas, especialmente aquelas expressadas em uma linguagem mais aberta e indeterminada.[6]

2006; Luis Roberto Barroso. *O Direito Constitucional e a Efetividade de suas Normas*. 8ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006; e outros.

[5] Sobre essa dimensão objetiva dos direitos fundamentais, conferir: Ingo Wolfgang Sarlet. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*. 5ª ed. p. 156-165; Daniel Sarmento. Dimensão Objetiva dos Direitos Fundamentais: Fragmentos de uma Teoria. v. IV. p. 63-102; Gilmar Ferreira Mendes. *Direitos Fundamentais e Controle de Constitucionalidade*. p. 214; José Carlos Vieira de Andrade. *Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*. 1998, p. 143-170.

[6] Daniel Sarmento. Ubiquidade Constitucional: Os Dois Lados da Moeda. p. 119-120. Carlos Roberto Siqueira Castro. *A Constituição Aberta e os Direitos Fundamentais*. p. 53 e segs.

Assim, as Constituições começaram a assumir uma espécie de "filtragem constitucional"[7] em que as diversas ramificações do direito infraconstitucional deveriam ater-se à Constituição quando da interpretação de seus institutos, ou seja, toda a ordem jurídica deveria ser lida e apreendida sob as lentes das Constituições, consagrando uma verdadeira supremacia constitucional.

Para completar essa harmonia de Supremacia Constitucional não poderia olvidar-se do controle de constitucionalidade como instrumento de adequação das normas jurídicas à Constituição, implicando não apenas na expulsão de determinada norma jurídica do ordenamento, mas também na modelagem da sua forma de interpretação.

Enfim, as Constituições assumiram a supremacia, extrapolando matérias eminentemente de organização do Estado. Infiltraram-se em temas normalmente delegados ao direito infraconstitucional, incentivada pela tendência pós-positivista com normas principiológicas, e em razão da atuação da jurisdição constitucional começaram a irradiar a sua força normativa por todo o ordenamento jurídico e a desenvolver uma nova dogmática da interpretação constitucional. Assim, o Estado Constitucional de Direito se consolidou.

Nesse patamar, o Estado Constitucional de Direito está construído carregando um movimento de constitucionalismo progressivo, que a doutrina denominou de "neoconstitucionalismo" ou "novo direito constitucional". Em conseqüência, esse é o conjunto de fenômenos que proporcionou ao estudioso do direito trilhar a construção da Constitucionalização do Direito.

---

[7] Paulo Ricardo Schier. *Filtragem Constitucional – construindo uma nova dogmática jurídica*. p. 160; Novos Desafios da Filtragem Constitucional no Momento do Neoconstitucionalismo. p. 251-269.

Não obstante essa realidade presente do constitucionalismo moderno, é importante compreender, de maneira detida, como sucedeu esse processo de transformação do Estado de Direito e, em paralelo, a transição do direito natural para o direito positivo.

3.1. TRANSFORMAÇÃO DO ESTADO DE DIREITO E O SEU ALCANCE NO ESTADO CONSTITUCIONAL DE DIREITO

Nesse processo de formação do Estado constitucional de direito, a realidade fática demonstra o seu percurso por duas formas de Estado: o Estado pré-moderno e o Estado legislativo. No Estado pré-moderno suas características estavam delineadas sobre uma pluralidade de fontes normativas, uma tradição romanística de produção jurídica e com uma natureza fundante no jusnaturalista. Em seguida, no Estado legislativo de direito, que se consolidou na Europa ao longo do século XIX, encontrava-se a adoção pelos ideais vertidos na Revolução Francesa, que foram a separação dos poderes e a proteção dos direitos individuais.

3.1.1. Estado pré-moderno[8]

O Estado pré-moderno identificava-se por uma formação jurídica não legislativa sem qualquer resquício de um sistema unitário e formalizado de fontes positivas, e com uma ideologia jurisprudencial e doutrinária. O seu amparo era um

[8] Importante esclarecer que a Inglaterra não assumiu essa passagem de Estado, sempre relacionada a sua tradição da *common law*, o que impossibilita o reconhecimento das formas de Estado delineado neste capítulo.

ordenamento procedente de instituições concorrentes, como o império, a igreja, os príncipes, os municípios e as corporações.

Na verdade, a natureza jusnaturalista implantada no Estado pré-moderno era, na Idade Média, considerada superior ao direito positivo, sendo aquele não mais visto como simples direito comum, mas como norma amparada na vontade de Deus, e na razão humana.[9]

Assim, a teoria jusnaturalista do direito está relacionada à emanação de Deus, da razão ou da natureza, conquistando o seu temperamento por serem consideradas justas, boas e certas. Seriam, em princípio, uma ordem não coercitiva, anárquica.[10]

Luigi Ferrajoli sedimenta que a expressão "*Veritas, non auctorictas facit legem*" é a fórmula que resume o fundamento jusnaturalista de validade do direito pré-moderno. Nesse sentido, o direito pré-moderno, assegurava-se pelo desenvolvimento e atualização da velha tradição romanística (elaborações doutrinárias e jurisprudenciais) e tinha sua validade fundada na intrínseca racionalidade ou na justiça de seu conteúdo.[11]

Considerado um núcleo de produção e desenvolvimento do direito como um fenômeno de ordem sagrada, as tradições romanísticas adotavam a concepção jusnaturalista como uma configuração para a sua cultura, observando uma transmissão de geração em geração por meio de um legado miticamente decisivo e marcante. O direito representava uma forma cultural sagrada no exercício de uma atividade ética, enquanto a prudência, uma virtude moral do equilíbrio e da ponderação nos atos de julgar. Nesse

[9] Norberto Bobbio. *O Positivismo Jurídico*. p. 25.
[10] Hans Kelsen. *Teoria Geral do Direito e do Estado*. 4ª ed. 2005. p. 558-560.
[11] Luigi Ferrajoli. *Pasado y Futuro del Estado de derecho*. p. 15.

espaço a prudência assumiu um destaque especial, recebendo a qualificação de "Jurisprudência".[12]

Na evolução histórica da teoria jusnaturalista, o que se pode afirmar é que com o declínio do Império Romano, a herança espiritual e política de Roma migrou para a Igreja Cristã. Após o século V, a Igreja assumiu o caráter de uma instituição política, e adotou a distinção romana entre *potestas e auctorictas*, qual seja, que as *potestas* estavam ligadas ao fazer, o que tinha uma prospecção futura, já as *auctorictas*, estavam relacionadas ao passado, uma espécie de engrandecer para o passado. Em tal circunstância a Igreja reclamou para si a *auctorictas*, deixando o *potestas* para os príncipes seculares.

A Igreja reintroduz com isso várias ideologias esquecidas, transformando-as em dogmas que influenciaram o pensamento jurídico da época. Conseqüentemente, com os dogmas, autoridade e razão mesclam-se os textos produzidos da *Littera Boloniensis*[13] como verdadeira *ratio scripta*, fundamento de todo o direito. A conciliação da prudência romana com o espírito grego da sabedoria e da capacidade de julgar (*fronesis*) instaurou uma teoria que serviria de fundamento ao domínio político dos príncipes, instrumento de seu poder, o que permitiu a descoberta de uma teoria jurídica.

A recuperação do direito romano e o desenvolvimento do pensamento jurídico, por conseqüência, o seu alojamento nas mãos do rei, como personagem central do edifício jurídico, fez aparecer a noção de Soberania[14]. A idéia de soberania propicia uma

---

[12] Tércio Sampaio Ferraz Júnior. *Op. cit*. 2003. p. 55-61.

[13] Eram as resenhas críticas dos digestos justinianeus, os quais foram transformados em textos escolares do ensino na universidade. Na verdade, a ciência do direito propriamente dita, nasce em Bolonha no século XI, com um caráter novo, mas sem abandonar o pensamento prudencial dos romanos, introduzindo uma perpectiva diferente no pensamento jurídico: a dogmaticidade. (*Id. Ibid*. 2003. p. 62).

[14] Sobre a trajetória e os efeitos da soberania no mundo: Luigi Ferrajoli. *A Soberania no Mundo Moderno*. 2002.

forma de compreender o direito a partir de um princípio centralizador, possibilitando com que o soberano reflita o próprio direito, mas limitado em um poder político que encontrara sua fonte em Deus.

Com o Renascimento, o direito sofreu a dessacralização do seu caráter, assumindo uma natureza cumulativa de autoridade e racionalidade. A era do direito racional alcança nos meados de 1600 a 1800, influenciando a teoria jurídica que passa reservar uma essência dogmática com respeito pelos textos a serem interpretados, atendidas as argumentações formuladas. O humanismo renascentista modifica a legitimação do direito romano permitindo uma abertura para a ciência moderna na teoria jurídica. Essa racionalidade consagra um pensamento sistematizado e racional de convivência do homem, observando uma condição do homem para a civilização. A crise dessa racionalidade permite o surgimento da positivação do direito, a partir do fim do século XVIII e início do século XIX.[15]

É possível, através das palavras de Tércio Sampaio Ferraz Júnior, sumariar com primazia essa evolução da concepção jusnaturalista do direito:

> Na Antiguidade Clássica, o direito (jus) era um fenômeno de ordem sagrada, imanente à vida e à tradição romana, conhecido mediante um saber de natureza ética, a prudência. Desde a Idade Média, nota-se que, continuando a ter um caráter sagrado, o direito, no entanto, adquire uma dimensão sagrada transcendente com sua cristianização, o que possibilita o aparecimento de um saber prudencial já com traços dogmáticos; em analogia com as verdades bíblicas, o direito tem origem divina e como tal deve ser recebido, aceito e interpretado pela exegese jurídica. Desde o Renascimento, ocorre, porém, um processo de dessacralização do direito, que passa a ser visto como uma reconstrução, pela razão, das regras de convivência. Essa razão, sistemática, é pouco a pouco assimilada ao fenômeno do estado moderno, aparecendo o direito como um regulador racional, supranacional, capaz de operar, apesar das divergências nacionais e religiosas, em todas as circunstâncias. A crise dessa

[15] Tércio Sampaio Ferraz Júnior. *Op. cit*. 2003. p. 72; Norberto Bobbio. *Op.cit*. 1995. p. 21; Miguel Reale. *Direito Natural/ Direito Positivo*. 1984; Nelson Saldanha. Jusnaturalismo e Juspositivismo. p. 294-304.

> racionalidade, irá conduzir-nos, como dizíamos, a um impasse que se observará, no início do século XIX, pelo aparecimento de formulações românticas sobre o direito, visto como fenômeno histórico, sujeito às contingências da cultura de cada povo.[16]

A correlação estabelecida entre a concepção jusnaturalista e o Estado pré-moderno é vertida de maneira estampada na história. Com surgimento do Estado legislativo de direito, consagrado principalmente a partir da Revolução Francesa que impôs uma ruína ao estado pré-moderno, apenas se constata rumores do direito natural, em que pese a sua influência na própria Revolução Francesa.

Significa dizer que, apesar da influência exercida na Revolução Francesa o direito natural teve a sua trajetória paralela e diretamente relacionada ao Estado pré-moderno, em que este se constituiu com base no estado da natureza, a lei natural.

Norberto Bobbio, sedimenta que a passagem da concepção jusnaturalista à positivista deveu-se a formação do Estado Moderno com a dissolução da sociedade medieval. Nessa transição de jusnaturalismo e juspositivismo, o presente autor ressalta que o ordenamento jurídico, em ambas as concepções, era concebido como o conjunto de regras acolhidas por um juiz. Mas a distinção relacionava-se com as regras que seriam aplicadas por esse juiz.[17]

No Estado pré-moderno o juiz ao resolver as controvérsias não estava vinculado a escolher as normas emanadas do órgão legislativo do Estado, mas detinha uma liberdade de escolha podendo optar pelas regras do costume, por aquelas formuladas pelos juristas, ou ainda amparado em critérios eqüitativos, segundo princípios da razão natural. Todas estas regras constituíam as fontes do direito.

---

[16] Tércio Sampaio Ferraz Júnior. *Op. cit*. 2003. p. 71-72.

Com a formação do Estado moderno o juiz torna-se agente do Estado, conquistando um dos poderes estatais, o Judiciário. Com essa transição o juiz passa a ser vinculado em suas decisões segundo as regras emanadas do órgão legislativo, ou que tivessem o reconhecimento do Estado. Assim, o direito positivo assumiu o patamar de atendimento na solução dos casos apresentados.

3.1.2. Estado legislativo de direito

O positivismo jurídico, corrente doutrinária que nasceu de um processo impulsivo histórico-evolutivo, procurou inovar a maneira de pensar o direito através da edição de leis, como normas gerais e abstratas postas pelo Estado, órgão detentor do poder soberano, apresentando como resultado último a sua necessária codificação.

A pretensão de formação do direito como instituto dotado de capacidade regulatória da sociedade através da lei, acarretou na instauração de um Estado legislativo do direito, como órgão competente para edição de normas gerais e abstratas, capitaneada por uma validade, independentemente de sua acepção justa ou não justa.

Pode-se dizer então que o Estado de Direito moderno nasce com uma forma de Estado legislativo de Direito, com a afirmação do princípio da legalidade como critério de identificação do direito válido e existente, sem qualquer relevo a sua análise de justiça.

---

[17] Norberto Bobbio. *Op. cit*. 1995. p. 28.

Luigi Ferrajoli[18] demonstra que a transição do direito pré-moderno para o Estado legislativo de direito foi necessário a admissão de três alterações: nas condições de existência e validade das normas jurídicas, na ciência jurídica e na jurisdição.

Com relação às condições das normas jurídicas o direito pré-moderno com uma formulação não legislativa, mas jurisprudencial e doutrinária, reconhece o princípio da legalidade como pedra de toque para conduzir o ordenamento jurídico, com a devida certeza e segurança.

Na ciência jurídica, demonstrou-se a abdicação de um Direito construído e reelaborado na sabedoria dos doutores, como uma ciência normativa, para conquistar uma ciência cognoscitiva, explicativa de um objeto, qual seja, o direito positivo, que ao mesmo tempo dele se distinguia.

No que concerne à jurisdição, o Estado Legislativo de Direito contempla o princípio da legalidade, preestabelecido por uma autoridade competente, como a única fonte de legitimação, deixando a produção jurisprudencial do direito, como identificava o direito pré-moderno. Assim, o princípio da legalidade serve de sustentáculo para as garantias "*desde la certeza del Derecho a la igualdad ante la ley y la libertad frente a la arbitrariedad, de la independencia del juez a la carga de prueba para la acusación y a los derechos de la defensa*".[19]

Procurando sintetizar, Ferrajoli, em arremate conclui que "*lo que cambia es el título de legitimación, que ya no es la autoridad de los doctores, sino no la autoridad de*

[18] Luigi Ferrajoli. *Pasado y Futuro del Estado de Derecho*. p. 15-17.
[19] Luigi Ferrajoli. Pasado y Futuro del Estado de Derecho. p. 16.

la fuente de producción; no la verdad, sino la legalidad; no la substancia, es decir, la intrínseca justicia, sino la forma de los actos normativos".[20]

Nesse compasso, a norma legislada nada mais evidenciou do que um fator de unidade e estabilidade do Direito. Com essa natureza juspositivista, conduziu para uma evolutiva e proveitosa segurança a conduta a ser exercida por todos indivíduos da sociedade, permitindo uma verdadeira antecipação dos conhecimentos de possíveis irregularidades nessas condutas exercidas, bem como nas respectivas reações.

O positivismo jurídico provocou uma reformulação no pensamento do direito, suplantado no princípio da legalidade, proporcionando uma certa segurança, uma garantia de certeza e liberdade diante das arbitrariedades possíveis.

A esperança por um ordenamento jurídico garantidor dessa segurança e liberdade para a sociedade foi o ponto crucial para refletir na instituição do princípio da legalidade, preceito que permite aos súditos, enquanto subordinados, conhecer e atender os mandamentos normativos de maneira serena. Assim, a lei apenas demonstra o mecanismo que o Estado detém como meio de intervenção e regulação na vida social, e a forma de contenção do precário direito primitivo.

A compilação das leis em códigos, impondo uma formalização escrita ao direito positivo, revela uma clara bipolaridade de segurança da sociedade e uma consciente limitação das fontes do direito. Esses fatos culminam em duas condicionantes, uma de natureza política, e outra de natureza técnico-jurídica. Na primeira, assinala-se a noção de

[20] *Id. Ibid*. p. 17.

soberania nacional e o princípio de separação dos poderes; nas segundas, a supremacia das leis como fonte do direito e a concepção do direito como um sistema de normas postas.[21]

A implantação da separação dos poderes e o seu atendimento garantem a progressiva separação entre política e direito, de modo a reconhecer um plano de legitimidade entre os poderes exercidos. Dessa forma, o legislativo conquistou a função de produzir o direito, o executivo a função política e administrativa, e ao judiciário a função de dizer o direito, diante do conflito de interesse apresentado para julgamento.[22]

Essa rígida separação dos poderes garante a lei um privilegiado *status* de fonte do direito, independentemente de sua constante mutabilidade, haja vista que no Estado legislativo de direito essa alteração da legislação passou a ser a regra, denominando-a de "fenômeno da positivação do direito"[23].

Esmiuçando o fenômeno de positivação do direito é possível asseverar que a Revolução Francesa representa o portal de entrada de uma nova perspectiva na concepção do direito, impulsionada por uma cultura racionalista. Os iluministas cultivando os ideais de codificação do direito imprimiram uma força histórica-política para o início da Revolução Francesa, momento em que os seus ideais foram adquirindo uma consistência política e conquistando adeptos com o próprio desenrolar do movimento da Revolução Francesa (1790-1800).

---

[21] Tércio Sampaio Ferraz Júnior. *Op. cit*. 2003. p. 73.

[22] Sobre o assunto conferir: Renato Alessi. *Principi di Diritto Amministrativo*. 1971; Agustín Gordillo. *Tratado de Derecho Administrativo*. 5ª ed. t. I. 1998; Fernando Garrido Falla. *Tratado de Derecho Administrativo*. 12ª ed. v. I. 1994.

[23] Tércio Sampaio Ferraz Júnior assevera uma relevante distinção na concepção da positivação do direito, em dois sentidos, um filosófico e outro sociológico. No sentido filosófico, a positivação designa o ato de positivar, estabelecer um direito por força de um ato de vontade, ou seja, o direito é um conjunto de normas que valem por força de serem postas pela autoridade constituída e só por força de outra posição de igual escalão podem ser revogadas. No sentido sociológico, a positivação é um fenômeno que

Os propósitos desse projeto nasceram da convicção da possibilidade de existência de um legislador universal, que dita as leis para todos, e da exigência de um direito simples e unitário, logo, passível de codificação. Essas intenções eram cultivadas no fato de que os iluministas, convencidos que o direito histórico representava um direito fenomênico, existiria um verdadeiro direito, passível de codificação, muito além do direito histórico.

Os juristas da revolução Francesa, inspirados nas concepções de Rousseau e nos iluministas, propuseram-se a eliminar o acúmulo de normas jurídicas históricas e fundar um direito adaptado às exigências universais humanas. Na realidade, a França contribuiu de maneira decisiva para essa criação, haja vista que a sua sociedade não possuía um único ordenamento jurídico, mas uma divisão em costumes locais e o direito comum romano.

A conquista da pretensão de codificação foi verificada com o Código Napoleão[24] que permitiu uma proveitosa influência para o mundo jurídico.

Na Alemanha, o positivismo jurídico teve o seu espaço aberto em razão das veementes críticas levantadas pela Escola Histórica do Direito[25], liderada por Carlos

---

naquele século será representado pela crescente importância da lei votada pelos parlamentos como fonte do direito. (O*p. cit*. 2003. p. 74).

[24] O Código de Napoleão é a codificação das leis civis da França publicada em 1804, com o nome de *Code Civil des Français*, alterado posteriormente, em 1807, na sua segunda edição para a denominação de *Code Napoléon* (Código de Napoleão), justamente pelo fato de que o projeto definitivo do Código Civil Francês foi obra de uma comissão instalada por Napoleão, primeiro-cônsul, em 1800, composta por quatro juristas: Tronchet, Maleville, Bigot-Préameneau e Portalis. (Norberto Bobbio. *Op. cit.* 1995. p. 71).

[25] O historicismo é caracterizado pelo fato de considerar o homem em sua individualidade, diversamente do racionalismo que considera a humanidade abstrata. As características fundamentais do historicismo são: a variedade da história devida à variedade do próprio homem; o sentido do irracional na história, contraposto à interpretação racionalista da história própria dos iluministas; pessimismo antropológico; o elogio e o amor pelo passado; e o amor pela tradição. (Id. Ibid. 1995. p. 48-51)

Frederico von Savigny[26], ao direito natural. Apesar da expressão de Savigny diante da corrente filosófica da escola histórica do direito, foi com a obra de Gustavo Hugo, em 1798, que essas idéias puderam ser disseminadas, sob a afirmação de que o direito positivo é o direito posto pelo Estado.

Entretanto, para esses autores da escola histórica, o direito positivo não necessariamente deveria ser posto pelo legislador, como pregava o positivismo jurídico em sentido estrito, mas poderiam existir outras fontes do direito positivo como o costume de um povo, o direito consuetudinário, a doutrina científica ou a jurisprudência.

Apesar da proximidade de posicionamento entre os iluministas e a escola histórica, os propósitos identificavam-se completamente opostos uma vez que aqueles pretendiam implantar uma codificação, enquanto esses eram contrários a essa pretendida codificação. Vale dizer, os iluministas apenas se aproveitaram das críticas realizadas pela escola histórica do direito, ao direito natural, para conquistar adeptos e alcançar espaço na Alemanha.

Essa abertura importante iniciada pela escola histórica do direito na Alemanha foi o elemento imprescindível que os iluministas necessitavam para a pregação por uma transformação do direito em um conjunto sistemático de normas jurídicas deduzidas pela razão e implementadas pela lei.

Na verdade, a divulgação do Código de Napoleão pelos exércitos revolucionários que ocuparam a Alemanha foi o fator decisivo para constituir uma

[26] Em que pese o posicionamento de Savigny diante da escola histórica do direito, ele apresentava um posicionamento reconhecidamente contrário à codificação do direito Alemão fundamentado na conjuntura histórica particular que se encontrava o país.

tendência inovadora no seu sistema normativo, principalmente pela pregação de um princípio de igualdade formal de todos os cidadãos, que previa o citado código.

Em que pese essa tentativa fervorosa de disseminação da idéia de codificação do direito, dela não houve vigência na Alemanha, ao menos no período analisado, porque os autores resistentes conseguiram fazer prevalecer o seu ponto de vista, como Savigny, conhecido por muitos como teórico da anticodificação.[27]

Na Inglaterra, reconhecidamente, não houve a codificação do direito, mas a partir do século XVII existiu o maior teórico da onipotência do legislador, Thomas Hobbes, bem como serviu de manto para gestação e evolução de toda teoria da codificação, elaborada por Jeremy Bentham, aclamado por alguns como "Newton da legislação".[28]

Apesar da teoria de Jeremy Bentham[29] não ter prosperado na Inglaterra, que materializa uma crítica ao sistema da *commow law*, logo, pela produção judiciária do direito, ele conseguiu influenciar o mundo civilizado, principalmente a Europa, a América e a Índia. A resposta a essa opaca aceitação de pensamento na Inglaterra justifica-se pelo fato de que as influências sofridas por Bentham, não eram inglesas, mas principalmente francesas.

A concepção de Bentham pode ser dividida em três fases. A primeira fase, o autor propõe uma reforma e uma reorganização sistemática do direito inglês nos seus

---

[27] Norberto Bobbio. *Op. cit.* 1995. p. 91.
[28] *Id. Ibid.* 1995. p. 91.
[29] Jeremy Bentham apresenta como conceito de direito, "como conjunto de signos enunciadores de uma vontade que, concebida ou adotada pelo soberano de um Estado, diz respeito à conduta a ser observada em determinado caso por uma determinada classe de pessoas que, no caso em questão, supõe-se estarem sujeitas a seu poder. Essa vontade conta, para sua realização, com a expectativa de certos eventos que, como se pretende, deveriam ser às vezes ocasionados por sua declaração, e cuja probabilidade, como se pretende, deverá atuar como estímulo para aqueles cuja conduta está em jogo". (*apud* Wayne Morrison. *Filosofia do Direito*: dos gregos ao pós-modernismo. p. 226.

vários ramos, procurando uma uniformidade de desenvolvimento legislativo. A segunda fase, ele projeta uma espécie de Digesto do direito inglês que deveria conter as regras de direito que constituíam os princípios fundamentais do ordenamento jurídico inglês. A terceira fase, ele pretende uma codificação completa do direito, sistematizado de acordo com cada matéria, direito civil, direito penal e direito constitucional.[30]

Como discípulo de Jeremy Bentham e Thomas Hobbes, John Austin[31] é julgado por muitos como iniciador do positivismo jurídico e formulador de uma teoria do comando ou uma teoria imperativa do direito. A sua teoria propunha uma separação analítica entre direito e moral, embora a ordem jurídica empírica de uma sociedade pudesse fundar-se sobre argumentos morais, isso não implicaria uma relação imperiosa e obrigatória entre direito e moral.

O autor encontrava na lei, que significava para ele a ordem emanada do soberano, a forma típica do direito e o fundamento de toda a norma jurídica. No plano da política legislativa, era defensor da reforma do direito através da legislação.[32]

Austin, suplantado na premissa de que a combinação de governo racional e população educada estava a chave do progresso social, define o direito como conjunto de

---

[30] Norberto Bobbio. *Op. cit.* 1995. p. 94-95.

[31] Austin declaradamente se disse discípulo de Bentham, com o irrestrito apoio ao constitucionalismo radical, apesar de, na maturidade essa adesão incondicional parecia uma pouco distante. Com relação a Hobbes, Austin reconhece a sua maestria com que expôs a necessidade de um governo forte e racional; um governo que usa o direito positivo - os comandos do soberano – como instrumento para moldar e reformar o conjunto de deveres e obrigações que fornecem a estrutura para o progresso da sociedade civil. Entretanto, percebe dois pontos frágeis na doutrina de Hobbes: ele associa excessivamente a obrigação religiosa à obediência (e não leva em consideração os casos em que a utilidade requer a desobediência); ele atribui a origem da soberania e da sociedade política independente a um acordo ou pacto fictício. (Wayne Morrison. *Filosofia do Direito*. p. 253-254).

[32] Wayne Morrison. *Op. cit.* p. 253-289.

regras estabelecidas por dirigentes políticos. As leis seriam um comando[33] geral e abstrato que obriga uma pessoa a seguir determinada conduta, operando numa relação de superioridade.

As leis, na visão de Austin, poderiam amparar duas categorias, de acordo com o sujeito que as emana, pois o destinatário seriam sempre os mesmos, o homem. Poderiam tratar, então de leis divinas e leis humanas, segundo sejam postas por Deus ou pelos homens. As segundas, que mais interessa ao presente estudo, se subdividem em leis positivas, relacionadas ao direito positivo, e moralidade positiva. A diferença entre ambas reside em que estas, moralidade positiva[34], são postas por um sujeito humano que não possui "qualidade de soberano" para com os outros sujeitos humanos, e aquelas, as leis positivas, são constituídas pelos comandos emanados pelo soberano, numa comunidade politicamente independente.[35]

A concepção de "soberania política independente" de Austin é compreendida como a idéia de Estado, sendo "política" para indicar que é composta por um número relevante de pessoas sujeitas a um superior comum. É "independente" para indicar a sua autônomia e soberania, não dependendo de outras entidades sociais. A sua estruturação está amparada em uma hierarquia de subordinação a um soberano superior, que pode ser uma dada pessoa ou um grupo de pessoas.[36]

---

[33] A acepção empregada no termo "comando" implica em agrupá-lo ao conceito de sanção e de dever.

[34] Seriam, de acordo com Austin, as leis que regulam a vida dos indivíduos no estado de natureza; leis que regulam as relações entre os Estados; leis das sociedades menores, como a família, a corporação, etc.

[35] Norberto Bobbio. *Op. cit.* 1995. p. 106-107.

[36] Bobbio compila a distinção apresenta por Austin acerca do direito judiciário e direito legislativo. A diferença verificada entre os institutos não é nas fontes que produzem tal direito, mas no modo pelo qual eles são produzidos, pois o direito legislativo é constituído por normas gerais e abstratas, enquanto o direito judiciário é formado por

Norberto Bobbio resume a concepção austiniana do direito positivo em três princípios fundamentais típicos do positivismo jurídico. Na afirmação de que o objeto da jurisprudência, isto é, da ciência do direito, é o direito tal como ele é e não o direito como deveria ser (concepção positivista do direito); na afirmação de que a norma jurídica tem a estrutura de um comando (concepção imperativista do direito); na afirmação de que o direito é posto pelo soberano da comunidade política independente, ou seja, pelo órgão legislativo do Estado (concepção atual do direito).[37]

No que concerne à codificação do direito, Austin afirma que esse fenômeno desejado deve ser visualizado não como uma simples coleta de leis preexistentes, mas sim como uma conjugação de toda legislação vigente na sociedade, construindo um texto legislativo unitário e harmonioso. Com isso, a codificação apresentar-se-ia como uma forma codificada do direito preexistente e não com um conteúdo inovador.[38]

Sintetizando em sete os pontos fundamentais da doutrina juspositivistas, Norberto Bobbio[39] leciona como: o modo de encarar e abordar o direito, ou seja, o direito como um fato e não como um valor; a definição do direito como elemento de coação (teoria da coatividade do direito); as fontes do direito, amparada na teoria da legislação como fonte preeminente do direito; a teoria da norma jurídica, entendendo o direito como um comando, atingindo a teoria imperativista do direito; a teoria do ordenamento jurídico,

---

normas particulares, emitidas com a finalidade de regular uma controvérsia única. (Norberto Bobbio. *Op. cit.* 1995. p. 106-107).

[37] *Id. Ibid*. p. 108.

[38] Neste ponto reside a divergência encontrada entre Austin e Bentham. Bentham propalava que a codificação deveria revelar-se como uma renovação integral do direito, tanto na forma quanto no conteúdo. Bentham concebia a codificação do direito como um instrumento de progresso político-social, Austin entendia como meio de progresso técnico-jurídico. Ademais, Austin propunha que a obra da codificação não poderia ser realizada por uma única pessoa, como pretendia Bentham, mas sim por uma pessoa e reexaminado por uma comissão. Em complemento, Bentham sustentava que a codificação deveria ser acessível a todos os cidadãos, e Austin lecionava como acessível apenas aos juristas.

que considera o direito na sua integralidade, unidade, como normas vigentes em uma sociedade, assumindo a teoria da coerência e da completude do ordenamento jurídico; o método da ciência jurídica, que se relaciona com a teoria da interpretação mecanicista, fazendo prevalecer para o jurista o elemento declarativo sobre o produtivo ou criativo do direito; e, por fim, a teoria da obediência, como teoria da obediência absoluta da lei enquanto tal, sintetizada no aforismo, lei é lei.

3.1.3. Estado Constitucional de Direito

Sem ignorar o desenvolvimento que o positivismo jurídico conquistou no decorrer do século XIX e XX, com autores[40] que representam, verdadeiramente, a condução evolutiva e de direção dos estudos da ciência do direito, estando neste ponto numa relação de importância dos ventos para as birutas, o fato é que devemos seguir o nosso propósito em identificar a importância da constitucionalização do direito para com o bloco de constitucionalidade.

O período de transição do Estado Legislativo de Direito para o Estado Constitucional de Direito é marcado por diversos fatores que impulsionam a doutrina a recorrer a prefixos como “pós” e “neo”: neoconstitucionalismo, pós-modernidade, pós-positivismo, justamente pela dificuldade em explicá-los.

---

[39] Norberto Bobbio. *Op. cit.* 1995. p. 131-133.
[40] Hans Kelsen. *Teoria Pura do Direito*. 7ª ed. 2006; *Teoria Geral do Direito e do Estado*. 4ª ed. 2005. Herbert L. A. Hart. *O Conceito de Direito*. 1996; *Essays in Jusrisprudence and Philosophy*. 1985. Joseph Raz. *The Concept of a Legal System – an instroduction to the theory of Legal System*. Second Edition. Clarendon Press: Oxford. Frederick Schauer. *Playing by the Rules: A Philosophical Examination of Rule-Based Decision-Macking in Law and in Life*. Clarendon Press: Oxford. (dentre outros).

Em verdade, a doutrina esqueceu-se de que o fenômeno do constitucionalismo é um período constante em eterno movimento, não podendo visualizá-lo como momento estanque na realidade jurídica, pois há de chegar o instante em que inexistirão mais prefixos, sufixos ou qualquer outro artifício de ortografia para configurar a dada realidade, uma vez que já estamos diante do que a doutrina conciliou denominar de "neoconstitucionalismo" ou "novo direito constitucional".

As novas lentes com que a doutrina passou a observar o direito, amparada por uma visão constitucional, encontra justificativa em diversos campos, tanto que Luís Roberto Barroso[41] procurou dividir essa abordagem sob três enfoque: marco histórico, marco filosófico e marco teórico. Luigi Ferrajoli, diversamente, acentua em quatro mudanças, as razões para a instituição do Estado Constitucional.

Independentemente da maneira como a pesquisa é relacionada sob o presente tema, o fato é que a Constitucionalização do direito está ocorrendo, ou como para alguns, já ocorreu, devendo, portanto buscar as justificativas da materialização dessa situação jurídica.

O positivismo jurídico fundamentado no princípio da legalidade, em que a produção do direito realizava-se através da edição de leis por um órgão dotado de competência, tendo como finalidade a garantia de liberdade e segurança para os seus destinatários, constatou o seu declínio, sob a forma de maior crueldade verificado pela humanidade.

Com o argumento de estar atuando diante do amparo legal, os governantes cometeram atrocidades perante a sociedade, como é o caso do holocausto nazista. É

importante recordar que o advento do nazismo na Alemanha decorreu da eleição de Adolf Hitler, e de ter-lhe, o Parlamento alemão, outorgado o poder para editar leis que podiam até alterar a Constituição de Weimar, por meio do Ato de Habilitação, em 1933.[42]

Eventos como o nazismo na Alemanha, a derrota do fascismo na Itália, a ditadura militar no Brasil[43], foram verificados como a oportunidade em que o império da lei serviu para o "governo dos homens e não no governo para os homens". Conciliando isto com o congestionamento legislativo, dada facilidade de seu manuseio e a ganância pelo poder, impuseram a decadência do positivismo jurídico.

A equiparação do direito apenas à lei estava fadada a reflexões pela comunidade jurídica procurando observar os caminhos a serem seguidos. A superação histórica do jusnaturalismo e o fracasso político do positivismo abriram caminhos, não para um retrocesso ao jusnaturalismo, mas para um pensamento inovador em que o direito estaria jungido à Constituição, prevalecendo o princípio da Supremacia da Constituição.[44]

---

[41] Luís Roberto Barroso. *Neoconstitucionalismo e Constitucionalização do Direito: O Triunfo Tardio do Direito Constitucional do Brasil*. p. 205-216.

[42] Foram editadas aproximadamente duas mil leis e normas administrativas para degradar e sujeitar os judeus a materiais subumanos. O incentivo por essa atitude ceifou a vida de 5 a 6 milhões de judeus, cerca de dois terço dos judeus europeus e um terço da população judaica de todo o mundo. (Wayne Morrison. *Op. cit*. p. 353-380).

[43] Sobre a visão histórica constitucional desse período, conferir: José Afonso da Silva. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 21ª ed. p. 69-90; José Afonso da Silva. *Ação popular constitucional: doutrina e processo*. p. 28-39; Celso Ribeiro Bastos. *Curso de Direito Constitucional*. 18ª ed. 1997. p. 110 e segs; Luís Roberto Barroso. *O direito constitucional e a efetividade de suas normas*. p. 7-72; Pinto Ferreira. *Curso de Direito Constitucional*. 1999; Afonso Arinos de Melo Franco (introd.), Carlos Fernando Mathias de Souza (prefácio). *O constitucionalismo de D. Pedro I no Brasil e em Portugal*. Brasília: Senado Federal, Conselho Editorial, 2003 (Coleção Histórica constitucional brasileira).

[44] Miguel Carbonell e Pedro Salazar acentuam de maneira primorosa o fenômeno ensejador do Estado Constitucional. "*La historia moderna de las instituciones políticas puede reconstruirse a través de algunos procesos de constitucionalización emblemáticos. Desde de la Declaración de Derechos del Hombre e del Ciudadano de 1789 (que la Constitución francesa vigente desde la 1958 reconoce como parte del texto constitucional), la Constitución americana de 1776 y el Bill of rights de 1791, hasta los documentos constitucionales de la posguerra, conocidos como las Constituciones 'largas' que se difundieron en la mayoría de los países europeos, y las*

Um fator reconhecidamente propulsor dessa alteração de pensamento foi a necessidade de reconstitucionalização da Europa, no período pós 2ª Grande Guerra Mundial. A fragilidade das instituições, bem como a insegurança germinada pelos fatos vivenciados pelo homem, acarretou a exigência por um ordenamento jurídico capaz de impedir as arbitrariedades dos governantes e ao mesmo tempo na atribuição de direitos e garantias individuais, e mais, mecanismos aptos a exigir o cumprimento desses direitos.

Esse panorama teve início a partir da Constituição do México, em 1917, e a Constituição de Weimar, em 1919, acentuando de maneira vertiginosa no período pós-guerra, com a Lei Fundamental de Bonn[45], em 1949, sobretudo pela instalação do seu Tribunal Constitucional Federal, em 1951. A reprodução pelos diversos países foi inevitável, como a Constituição da Itália, em 1947, e a instalação da sua Corte Constitucional, em 1956, por conseqüência a reconstitucionalização de Portugal, em 1976, e da Espanha, em 1978. No Brasil essa realidade tornou-se possível com a Constituição de 1988, conhecida como a Constituição cidadã, que propunha a instituição de um Estado Democrático e Social de Direito.[46]

Constituciones democráticas de Portugal e España con las que inicío la que sería llamada 'la tercera ola de democratización', los momentos constituyntes han sido un ponto de llegada de grandes transformaciones sociales y, a su vez, un ponto de partida de procesos de políticos inéditos. Son fronteras institucionales que 'dividen' simbolicamente, pero también significativamente, al 'presente' del 'passado'". (La Constitucionalización de Europa. p. 1).

[45] Apesar dessa nomenclatura, a Lei Fundamental representa a provisoriedade da Constituição Alemã que apenas atingiu a sua definitividade em 3 de outubro de 1990.

[46] Em que pese a realidade brasileira não ter exigido um Tribunal Constitucional, o Supremo Tribunal Federal, previsto constitucionalmente no art. 101 e seguintes, acaba por fazer as funções de tal, dado o fato de ter sido erigido como o guardião da Constituição Brasileira (art. 102, *caput*, CF). A justificativa desse panorama encontra fundamento na circunstância de que o ordenamento jurídico brasileiro não adotou, em exclusividade, um único modelo de controle de constitucionalidade, mas sim métodos de exercício em controle preventivo e controle repressivo, sendo este tanto difuso (concreto) como concentrado (abstrato).

A significativa importância da promulgação da Constituição da República Federativa do Brasil, em 1988, repousa em períodos que percorreram a instabilidade de um país desacreditado, violento, com a ditadura militar, até atingir graus de esperanças e presença viva do que significa efetivamente uma Constituição atuante, com a sua força normativa. Essas vicissitudes estão expressas por Luís Roberto Barroso:

> Sob a Constituição de 1988, o direito constitucional no Brasil passou da desimportância ao apogeu em menos de uma geração. Uma Constituição não é só técnica. Tem de haver, por trás dela, a capacidade de simbolizar conquistas e mobilizar o imaginário das pessoas para novos avanços. O surgimento de um sentimento constitucional no País é algo que merece ser celebrado. Trata-se de um sentimento ainda tímido, mas real e sincero, de maior respeito pela Lei Maior, a despeito da volubilidade de seu texto. É um grande progresso. Superamos a crônica indiferença que, historicamente, se manteve em relação à Constituição. E, para os que sabem, é a indiferença, não o ódio, o contrário do amor".[47]

A roupagem disseminada pelos diversos países através da Constituição como uma forma não apenas de sua organização e funcionamento, mas documento atuante e conquistador das admirações das populações, fez-se imperiosa a necessidade de previsão dos direitos e garantias fundamentais dos indivíduos.

Essa regulação acabou por assumir compromissos com a sociedade sendo que a única maneira de materializá-los foi por meio da adoção de princípios, como espécies de normas jurídicas, ao lado das regras jurídicas. Essa tendência principiológica de cunho moralizante permite um avanço nas normas jurídicas, impondo uma leitura moral do direito, associando os valores, aos princípios e as regras. Nesse contexto, de relacionamento entre direito e ética, é que cede espaço para a fase do pós-positivismo[48].

---

[47] Luís Roberto Barroso. Neoconstitucionalismo e Constitucionalização do Direito. p. 207.

[48] Reconhecido como crítico do positivismo jurídico, Ronald Dworkin é qualificado como o verdadeiro e mais eminente doutrinador defensor da inclusão da moral na definição e na interpretação do direito, sendo, portanto, um representante do moralismo

Com a implantação dos direitos e garantias fundamentais, conseqüentemente, deixando de revelar um Estado revel, omisso às atividades políticas, para assumir uma imagem, não apenas de não violador dos direitos individuais, mas protetor desses direitos, acarreta a oportuna ampliação do conteúdo das Constituições.

Perpassando por matérias ligadas à economia, relação de trabalho, educação, moradia, meio ambiente, família, cultura, e outros, esses direitos e garantias fundamentais deixaram de ser apenas direitos subjetivos do cidadão atingindo patamares de dimensão objetiva, com uma carga valorativa preponderante nas relações jurídicas.[49]

Daniel Sarmento esclarece que em função dessa dimensão objetiva os direitos fundamentais passam a serem considerados como valores:

> Dotados de uma força irradiante, que permitirá a eles penetrarem em relações jurídicas distintas daquelas para as quais foram inicialmente concebidos – inclusive em relações privadas – e influenciarem na interpretação e aplicação de outras normas jurídicas, especialmente as expressas em linguagem mais abertas.[50]

Em contraponto, como forma de proteção desses direitos conquistados exigiu-se um órgão capacitado o bastante para efetivar esses direitos fundamentais, e neste ponto encontra-se o exercício da jurisdição constitucional. Justamente por esse motivo que a relação entre a origem das Constituições pelos diversos países está correlacionada com a instituição de uma Corte ou Tribunal Constitucional[51].

---

jurídico.(Ronald Dworkin. *Levando os direitos a sério*. 2002; *O Império do Direito*. 1999).

[49] Sobre dimensão objetiva dos direitos fundamentais, conferir: Ingo Wolfgang Sarlet. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*. 5ª ed. p. 156-165; Daniel Sarmento. Dimensão Objetiva dos Direitos Fundamentais: Fragmentos de uma Teoria. p. 63-102.

[50] Daniel Sarmento. Ubiqüidade Constitucional: Os Dois Lados da Moeda. p. 119-120.

[51] Como instituição dos diversos Tribunais Constitucionais pelos países, podemos ressaltar, na Alemanha (1951), Itália (1956), Chipre (1960), Turquia (1961), Grécia (1975), Espanha (1978), Portugal (1982), Bélgica (1984), Polônia (1986), Argélia

A preocupação de atendimento do princípio da Supremacia Constitucional, com o exercício da jurisdição constitucional permitiu com que as Cortes Constitucionais fossem respeitadas como órgãos independentes e materializadores dos recorridos direitos fundamentais, relegando ao passado, a visão inglesa de soberania do Parlamento e de uma concepção francesa da lei como expressão da vontade geral.[52]

Os resultados desses episódios de fortificação e aplicação das Constituições, pelo judiciário, são lembrados em casos emblemáticos, presentes como exemplos em vários países. Tal qual é o caso Lüth, na Alemanha; o caso Shelley *v.* Kraemer, nos Estados Unidos, e a decisão de liberdade de associação, na França, além de outros tantos.

O caso Lüth, julgado em 15 de janeiro de 1958, representou um marco no direito Alemão, momento em que o Tribunal Constitucional Federal promoveu uma verdadeira inovação de pensamento, assentando que os direitos fundamentais, além de um aspecto subjetivo de proteção dos indivíduos, desempenham outra finalidade, de instituir uma ordem objetiva de valores.

O presente caso trata de uma discussão sobre o boicote, organizado pelo Presidente do Clube de Imprensa de Hamburgo, Erich Lüth, em 1950, contra o filme dirigido pelo cineastra Veit Harlan, colaborador do regime nazista. Lüth ativista e engajado

---

(1989), Hungria (1990), Rússia (1991), República Tcheca (1992), Romênia (1992), República Eslovaca (1992), Eslovênia (1993), África do Sul (1996), Moçambique (2003).

[52] Importante reiterar que tanto na Inglaterra, como nos Estado Unidos, essa seqüência história não encontra qualquer identidade, dada a peculiaridade desses países. Na Inglaterra, conhecemos a inexistência de uma Constituição rígida, bem como do controle de constitucionalidade e da jurisdição constitucional. Nos Estados Unidos, o constitucionalismo é característica arraigada na sua história, basta ressaltar o caso Marbury v. Madison, julgado pela Suprema Corte. Alfonso García Figueroa admite esse cenário ao afirmar que "*es difícil hablar del impacto de la constitucionalización de un ordenamiento jurídico sobre los juristas cuando no ha habido impacto, por ser la constitucionalización consustancial a un sistema (Estados Unidos) o bien cuando no ha habido propiamente constitucionalización bajo la acepción que aquí se adoptará (Gran*

na conciliação entre os alemães e judeus, incitou os donos de cinemas a não exibir o filme de Harlan e aos alemães a não assisti-los. A produtora e a distribuidora do filme obtiveram na jurisdição ordinária, decisão determinando a cessação de tal conduta, por considerá-la desconforme com o § 826 do Código Civil (BGB)[53]. Irresignado com o julgamento, Lüth interpôs queixa constitucional. O Tribunal Constitucional Federal reformou a decisão, em nome do direito fundamental à liberdade de expressão, que deveria pautar a interpretação do Código Civil.

O caso Shelley *v.* Kraemer, ocorrido nos Estados Unidos, foi considerado o marco inicial de irradiação dos efeitos dos direitos fundamentais nos outros ramos do direito, como forma de propagar a idéia de constitucionalização do direito.

No presente casuístico, com o intuito de evitar a presença de negros em um loteamento da cidade de Saint Louis, exigiu-se como requisito prévio para aquisição dos terrenos, via contrato, que os compradores não poderiam alienar em favor de indivíduos não brancos. Contrariando essa cláusula, um adquirente resolveu alienar sua propriedade a um casal negro e essa venda foi contestada judicialmente, por violação do contrato. O pedido, julgado procedente no Tribunal Estadual de Missouri, acabou sendo reformado na Suprema Corte com fundamento de que aquela cláusula restritiva feriria a previsão de igualdade da Emenda XIV da Constituição Americana.[54]

No caso francês, julgado em 16 de julho de 1971, sobre a liberdade de associação, simplesmente representa, como asseverado no capítulo primeiro, a origem e o

---

Bretaña)". (Alfonso García Figueroa. *La Teoria del Derecho en tiempos de Constitucionalismo*. p. 162).

[53] Prescreve o referido Código. "Quem, de forma atentatória aos bons costumes, infligir dano a outrem, está obrigado a reparar os danos causados".

[54] Virgilio Afonso da Silva. *A Constitucionalização do Direito*. p. 19 e segs.

alicerce para a construção do bloco de constitucionalidade, daí a singularidade do processo de constitucionalização do direito para com o tema bloco de constitucionalidade.

Sem adentrar novamente no que se refere à propalada decisão do Conselho Constitucional Francês, podemos reafirmar que ela reforçou o prestígio do Tribunal, além de permitir uma ampliação no desempenho do papel protetor dos direitos e garantias fundamentais, consagrando, assim um valor positivo à Constituição, sendo este entendido pelo Conselho Francês, como documento dotado de diversas normas constitucionais dispostas no ordenamento jurídico.

Vale dizer, considerou como normas constitucionais não apenas o texto constitucional, mas também as normas a que o respectivo Preâmbulo faz referência, quais sejam, a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789, e o Preâmbulo da Constituição de 1946, bem como os princípios fundamentais das leis da República.

Na tarefa de julgar e proteger os direitos fundamentais, os tribunais constitucionais acabam por adotar mecanismos próprios de interpretação constitucional, em sua maioria desenvolvido pela doutrina e jurisprudência, na forma de princípios. Eles apenas realçam com essa conduta o caráter de normas jurídicas das Constituições, mas dotada de uma força normativa peculiar.

Em função disso, esses princípios hermenêuticos assumem uma função instrumental de pressuposto lógico, metodológico ou finalísticos para aplicação das normas constitucionais: o princípio da presunção de constitucionalidade das normas e atos do Poder Público, o princípio da supremacia da constituição, o princípio da unidade

constitucional, o princípio da efetividade constitucional, ou máxima aplicabilidade, o princípio da razoabilidade, proporcionalidade, e o princípio da harmonização.[55]

Nesta celeuma, juntamente com a implantação e expansão das Cortes Constitucionais, procurando prevalecer o princípio da supremacia da constituição, os países vieram a adotar modelos de controle de constitucionalidade. O controle de constitucionalidade representa o meio através do qual a vontade da constituição sempre prevalecerá, retirando do ordenamento jurídico toda e qualquer norma jurídica que com ela esteja em desacordo.

Apresentando uma compilação dos motivos justificadores da inauguração do Estado Constitucional, Luigi Ferrajoli[56] sedimenta que este Estado está enrijecido na subordinação das leis às Constituições rígidas, que concedem legitimidade aquela, desde que apresentem adequação.

Dessa forma, para o reconhecimento do Estado Constitucional de Direito, o citado autor acrescenta que é necessário a verificação de quatro circunstâncias: a condição de validade das leis depende não apenas da sua forma de produção, mas também da sua coerência de conteúdo com os princípios constitucional; as constituições não apenas disciplinam a produção legislativa das leis, mas impõem a estas proibições e obrigações de conteúdo, correlacionadas aos direitos fundamentais; a aplicação das leis estão subordinadas a análise, pelo judiciário, da sua constitucionalidade, devendo, portanto, censurá-la quando constatar a sua inconstitucionalidade; e por fim, a transformação do

---

[55] Sobre a Hermenêutica Constitucional, conferir: Celso Ribeiro Bastos. *Hermenêutica e Interpretação Constitucional*. 2002; Carlos Maximiliano. *Hermenêutica e Aplicação do direito*. 1988; José Joaquim Gomes Canotilho. Direito Constitucional e a Teoria da Constituição. 7ª ed. 2003.

[56] Luigi Ferrajoli. *Op. cit*. 2005. p. 18-20.

produto de paradigma do constitucionalismo rígido, como forma de subordinação da lei aos princípios constitucionais, bem como a democracia como meio de limite dessas leis.

Em suma, podemos dizer que o Estado Constitucional de Direito está construído com características singulares que identificam uma nova era do pensamento jurídico, assumindo uma postura denominada de "neoconstitucionalismo", que impulsionado pelo fenômeno do pós-positivismo, da efetiva supremacia da Constituição, da expansão da jurisdição constitucional, da instalação das Cortes Constitucionais, da hermenêutica constitucional, da dimensão objetiva dos direitos fundamentais, bem como do exercício da democracia[57], consolidam a implantação da Constitucionalização do direito[58].

3.2. A CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO

A constitucionalização do direito não possui unicidade de significado, assim como qualquer outra palavra ou expressão dotada de uma semântica abstrata. Entretanto, a doutrina procura conciliar o termo a determinadas possibilidades de significados, sem que isso acarrete qualquer prejuízo a outros significados possíveis.

[57] Bruce Ackerman denomina de "constitucionalização do carisma", o modo pelo qual a Constituição funciona como um poderoso símbolo de identidade nacional e compromisso com a democracia. Sobre a relação entre democracia e a Constituição, conferir: Bruce Ackerman. A Ascensão do Constitucionalismo Mundial. p. 89-111.

[58] Riccardo Guastini leciona como sete as condições para a Constitucionalização, sendo as duas primeiras imprescindíveis e as demais apenas importantes: uma constituição rígida, a garantia jurisdicional da constituição, a força vinculante da Constituição, a sobre-interpretação da Constituição, a aplicação direta das normas constitucionais, a interpretação conforme as leis, a influência da Constituição sobre as relações políticas. (Riccardo Guastini. La Constitucionalización del ordenamiento jurídico: el caso italiano. p. 50-58).

Na mesma linha de raciocínio, a doutrina comumente conceitua a constitucionalização do direito como um fenômeno restrito a determinadas situações jurídicas, sem que uma implique na exclusão da outra. Assim, poder-se-ia associar o seu conceito ao efeito expansivo das normas constitucionais, irradiando-se por todo o ordenamento jurídico[59]; ou então, como uma forma de identificação de qualquer ordenamento jurídico no qual vigorasse uma Constituição dotada de supremacia; bem como, relacionar esse conceito ao processo de introdução de uma primeira constituição escrita em um ordenamento jurídico desprovido dessa normatização.

Confirmando essa polissemia de significados, Luís Roberto Barroso[60] alude a locução constitucionalização do direito como "um efeito expansivo das normas constitucionais, cujo conteúdo material e axiológico se irradia, com força normativa, por todo o sistema jurídico". Entretanto, o autor demonstra o não desconhecimento das outras possíveis acepções do termo, escolhendo esta apenas como uma forma de suporte para a explanação desenvolvida em sua obra.

Riccardo Guastini refere-se à constitucionalização do direito como:

> *Un proceso de transformación de un ordenamiento al término del qual el ordenamiento en cuestión resulta totalmente 'impregnado' por las normas constitucionales. Un ordenamiento jurídico constitucionalizado se caracteriza por una Constitución extremamente invasora, entrometida (pervasiva, invadente), capaz de condicionar tanto la legislación como la jurisprudencia y el estilo doctrinal, la acción de los actores políticos, así como las relaciones sociales.*[61]

---

[59] Apesar de não ser esta a proposta do trabalho, conferir: Virgilio Afonso da Silva. *Op. cit.* 2005; Daniel Sarmento. Direito fundamentais e relações privadas. 2004; Ingo Wolfgang Sarlet. Direitos Fundamentais e direito privado: algumas considerações em torno da vinculação dos particulares aos direitos fundamentais. 2000; Gustavo Tepedino. Premissas Metodológicas para a Constitucionalização do Direito Civil. 1999.
[60] Luís Roberto Barroso. *Op. cit.* 2007. p. 217.
[61] Riccardo Guastini. *La constitucionalización del ordenamiento jurídico.* p. 49.

Compartilhando desse entendimento Paolo Comanducci afirma que a constitucionalização do direito:

> *Se trata de un proceso al término del cual el Derecho es 'impregnado', 'saturado' o 'embebido' por la Constitución: un Derecho constitucionalizado se caracteriza por una Constitución invasiva, que condiciona a legislación, la jurisprudencia, la doctrina y los comportamientos de los actores políticos. Se trata además de um concepto graduado: un Derecho puede ser más o menos constitucionalizado.*[62]

3.2.1. Adequação da Constitucionalização do Direito ao propósito deste estudo

Em que pesem os diversos posicionamentos sobre o assunto encabeçado pela doutrina, é inegável uma outra forma de pensamento do fenômeno da constitucionalização do direito. Uma maneira diversa, porém, de possível assimilação da expressão e que será a agasalhada neste trabalho. É a compreensão da constitucionalização do direito como o fato de a Constituição formal incorporar em seu corpo legislativo inúmeros temas afetos aos ramos infraconstitucionais do direito.[63]

A justificativa do significado aqui explorado está associado, em verdade, ao nosso propósito, qual seja, a apresentação do bloco de constitucionalidade e a sua possível verificação no ordenamento jurídico brasileiro. Como a Constituição brasileira de 1988[64] é

---

[62] Paolo Comanducci. *Formas de (neo)constitucionalismo: un análisis metateórico*. p. 81.

[63] É necessário acrescentar que esse entendimento não fulmina a imprescindibilidade da leitura dos textos infraconstitucionais sob a ótica constitucional, tendo em vista que isso é da própria natureza do princípio da supremacia constitucional. Assim, a incorporação pela Constituição de tema alheio ao seu interesse intrínseco, ou seja, normas constitucionais que não são identificadas como normas materialmente constitucionais, não importa na independência de todo o segmento infraconstitucional de atentar para à ótica constitucional. A observância constitucional sempre existirá como uma conseqüência lógica e mantedora da essência constitucional.

[64] Importante acrescentar que esse fenômeno de incorporação nas Constituições de normas infraconstitucionais é adotado por diversos países, tendo o seu

um exemplo de documento legislativo incorporador de matérias estranhas aos assuntos peculiarmente constitucionais, abrangendo temas como direito civil, direito administrativo, direito ambiental, direito processual civil, direito processual penal e direito internacional, dada a inserção, com relação a este último, dos §§ 3º e 4º no art. 5º, nada mais proveitoso do que explorarmos esse sentido.[65]

Contudo, o fundamento não se resume apenas nisso. Com a Emenda Constitucional nº 45 de 2004, os parágrafos acima citados foram incorporados na Constituição Federal, atribuindo *status* equivalentes de emendas constitucionais aos tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos, que atendam aos requisitos formais de tal espécie legislativa.

Isso quer dizer que, através da constitucionalização do direito, e neste deve-se observar o sentido aqui proposto, o direito internacional passou a conquistar espaço constitucional com os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos. Isso não significa pregar pela sua inexistência pretérita, como leciona alguns doutrinadores, mas admitir que passou a reconhecê-la de maneira expressa e inequívoca, conforme debate que será enfrentado mais adiante.

---

desencadeamento com a Constituição portuguesa de 1976, em seguida, pela Constituição espanhola de 1978.

[65] É, por isso, que José Afonso da Silva atenta que a Constituição de 1988 "é a *Constituição Cidadã*, na expressão de Ulysses Guimarães, Presidente da Assembléia Nacional Constituinte que a produziu, porque teve ampla participação popular em sua elaboração e especialmente porque se volta decididamente para a plena realização da cidadania". (José Afonso da Silva. *Op. cit*. 21ª ed. 2002. p. 90). Flávia Piovesan, reconhecendo a evolução desenvolvida no direito brasileiro com a Constituição de 1988, principalmente sobre os direitos humanos, afirma que "a Carta de 1988 institucionaliza a instauração de um regime político democrático no Brasil. Introduz também indiscutível avanço na consolidação legislativa das garantias e direitos fundamentais e na proteção de setores vulneráveis da sociedade brasileira. A partir dela, os direitos humanos ganham relevo extraordinário, situando a Carta de 1988 como o documento mais abrangente e pormenorizado sobre os direitos humanos jamais adotado no Brasil". (Flávia Piovesan. *Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional*. p. 24).

Essa constitucionalização dos institutos do direito internacional, principalmente, dos tratados e convenções expressados no § 3º do art. 5º, da Constituição Federal, permite caminhar para o reconhecimento da ampliação do paradigma do conteúdo da Constituição, por conseqüência, do próprio conceito de bloco de constitucionalidade exarado no capítulo primeiro.

Como o parâmetro conceitual do bloco de constitucionalidade é verificar o conteúdo constitucional das normas jurídicas dispersas no ordenamento jurídico, reunindo-as e lhes atribuindo a qualidade de paradigma para o controle de constitucionalidade, conforme o bloco construído, passa a constitucionalização dos institutos do direito internacional a ser um fator que auxilia na construção dessa estrutura.

Conforme as lições de Flávia Piovesan os direitos humanos transcendem o campo normativo de qualquer Estado e, caso estiver dotado de natureza constitucional, como a escolha verificada pelo ordenamento pátrio, permitirá construir o bloco de constitucionalidade, criando um conjunto único de normas protetivas[66]. A autora afirma que:

> Note-se que a constitucionalização dos direitos humanos, no século XIX, inaugura uma segunda fase no desenvolvimento do sistema de proteção desses direitos. Nessa fase, os direitos constantes das Declarações de Direitos passam a ser inseridos nas Constituições dos Estados. A partir do século XIX, os Estados passam a acolher as Declarações em suas Constituições, e, desse modo, as Declarações de Direitos se incorporam à história do Constitucionalismo.[67]

---

[66] Nas palavras da autora "Ao constituir tema de legítimo interesse internacional, os direitos humanos transcendem e extrapolam o domínio reservado do Estado ou a competência nacional exclusiva. São criados parâmetros globais de ação estatal, que compõe um código comum de ação, ao qual os Estados devem se conformar, no que diz respeito à promoção e proteção dos direitos humanos". (Flávia Piovesan. *Op. cit*. 2006. p. 5).

[67] *Id. Ibid*. 2006. p. 16.

Com essas premissas, procurar-se-á identificar as relações entre a Constituição e o direito internacional, sem divagar pelos demais ramos do direito infraconstitucional como o direito civil[68], direito penal[69], direito processual civil[70], direito processual penal[71], direito administrativo[72], direito tributário[73], direito financeiro[74], dentre outros.

---

[68] Sobre a constitucionalização do direito civil: Gustavo Tepedino. *Temas de Direito Civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999; *Problemas de Direito Civil-Constitucional* (Coord.). Rio de Janeiro: Renovar, 2000; Luiz Edson Fachin. *Teoria Crítica do Direito Civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000; *Repensando os Fundamentos do Direito Civil Brasileiro Contemporâneo* (Coord.). Rio de Janeiro: Renovar, 2000; Maria Celina Bodin de Moraes. A Caminho de um Direito Civil-Constitucional. in: *Revista de Direito Civil*, n. 65, 1993. p. 21-32; Ingo Wolfgang Sarlet (org.). *Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003; Daniel Sarmento. *Direitos Fundamentais e Relações Privadas*. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2004.

[69] Sobre a constitucionalização do direito: Luciano Feldens. A conformação constitucional do Direito Penal: realidades e perspectivas. In: Cláudio Pereira de Souza Neto e Daniel Sarmento (orgs.). *A Constitucionalização do Direito: fundamentos teóricos e aplicações específicas*. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2007. p.831-856.

[70] Sobre a constitucionalização do direito processual civil: Marcelo Andrade Cattoni de Aliveira. Da constitucionalização do processo à procedimentalização da Constituição: uma reflexão no marco da teoria discursiva do direito. in: Cláudio Pereira de Souza Neto e Daniel Sarmento (orgs.). *A Constitucionalização do Direito: fundamentos teóricos e aplicações específicas*. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2007. p. 541-548. Luiz Guilherme Marinoni. Da teoria da relação jurídica processual ao processo civil do estado constitucional. in: Cláudio Pereira de Souza Neto e Daniel Sarmento (orgs.). *A Constitucionalização do Direito: fundamentos teóricos e aplicações específicas*. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2007. p. 509-540.

[71] Sobre a constitucionalização do direito processual penal: Rogério José Bento Soares do Nascimento. A constitucionalização do Processo Penal: Reinterpretando o processo penal a partir do princípio democrático. In: Cláudio Pereira de Souza Neto e Daniel Sarmento (orgs.). *A Constitucionalização do Direito: fundamentos teóricos e aplicações específicas*. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2007. p. 857-878.

[72] Sobre a constitucionalização do direito administrativo: Gustavo Binenbojm. A Constitucionalização do Direito Administrativo no Brasil: um inventário de avanços e retrocessos. In: Cláudio Pereira de Souza Neto e Daniel Sarmento (orgs.). *A Constitucionalização do Direito: fundamentos teóricos e aplicações específicas*. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2007. p. 743-781; Daniel Sarmento (org.). *Interesses Públicos vs. Interesses Privados: Desconstruindo o Princípio da Supremacia do Interesse Público*. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2005. Com uma visão diversa desta cultivada contemporaneamente, conferir: Fábio Medina Osório. Existe uma Supremacia do Interesse Público sobre o Interesse Privado no Direito Administrativo Brasileiro?. in: *Revista de Direito Administrativo*, n. 220, 2000. p. 69-107.

[73] Sobre a constitucionalização do direito tributário: Ricardo Lodi Ribeiro. A constitucionalização do direito tributário. In: Cláudio Pereira de Souza Neto e Daniel Sarmento (orgs.). *A Constitucionalização do Direito: fundamentos teóricos e aplicações específicas*. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2007. p. 987-1009.

[74] Sobre a constitucionalização do direito financeiro: Ricardo Lobo Torres. A constitucionalização do direito financeiro. In: Cláudio Pereira de Souza Neto e Daniel

É importante ressaltar que não ignoramos os efeitos desses outros ramos do direito infraconstitucional no processo de constitucionalização do direito, como muito bem tem desenvolvido a doutrina brasileira e a estrangeira, porém como forma de nos mantermos fiel ao propósito do trabalho teremos de direcionar o estudo apenas ao direito internacional, pois esse sim permite, através dos tratados humanos de direito internacional reconhecer com natureza constitucional normas distantes do texto constitucional de 1988.

3.2.2. A constitucionalização do direito internacional como fator de influência no reconhecimento do bloco de constitucionalidade

A consagração do Estado Constitucional de Direito serviu de arrimo para deflagrar a aquisição de espaço no corpo do texto constitucional pelos diversos ramos do direito, assumindo assim, a natureza normativa constitucional, no sentido de constitucionalização ora empregado, qual seja, aquela em que a Constituição incorpora em seu documento legislativo inúmeros temas afetos aos ramos infraconstitucionais do direito.

O direito internacional como forma de regular e estabelecer as relações entre Estados e meio através do qual proporciona a normativização e proteção dos direitos fundamentais, não destoa dessa realidade.[75]

Como fator encabeçador das relações estabelecidas entre Estados, logo, regulado pelo direito internacional, os direitos fundamentais acompanharam a evolução do

---

Sarmento (orgs.). *A Constitucionalização do Direito: fundamentos teóricos e aplicações específicas*. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2007. p. 961-986.

[75] Flávia Piovesan pretende em sua obra, como objetivo principal, avaliar o modo pelo qual a Constituição Federal de 1988 se abre à arena internacional de proteção dos direitos humanos e a forma como o aparato internacional pode reforçar o constitucionalismo de direito no País. (Flávia Piovesan. *Op. cit*. 2006. p. 14).

Estado, perpassando pelos períodos de exigência dos direitos individuais, dos direitos econômicos e sociais e dos direitos de solidariedade.

Norberto Bobbio[76], procurando situar o processo de formação e desenvolvimento da declaração dos direitos do homem, apresenta três fases elucidativas da evolução histórica desses direitos. A primeira, marcada pelos direitos naturais universais, é amparada no jusnaturalismo; a segunda, revela a concretude desses direitos através da positivação, porém perderam a universidade para a particularidade; e por fim, a positivação dos direitos fundamentais, mas em âmbito universais.

Essa transformação dos direitos humanos passou por um ciclo de identificação, primeiramente pelos direitos naturais universais, em que os direitos humanos eram universais, reconhecidos como estado da natureza, sendo os homens considerados livres e iguais. Com o acolhimento desses direitos pelo legislador, como ocorreu com as Declarações de Direitos dos Estados Norte-americanos e da Revolução Francesa, passam a versar uma natureza positivista, ganhando concretude, porém sofrem uma limitação de garantia ao serem aplicados apenas no Estado que os reconhecem. A Declaração Universal dos Direitos do Homem, de 1948, inaugura a terceira fase, que é a dos direitos positivos universais, alimentada pelo término da 2ª Guerra Mundial.

Em resumo, Norberto Bobbio assevera que “a Declaração Universal contém em germe a síntese de um movimento dialético, que começa com a universalidade abstrata dos direitos naturais, transfigura-se na particularidade concreta dos direitos positivos, e

[76] Norberto Bobbio. *A Era dos Direitos*. 1992. p. 25-47. Conferir também: Antonio Enrique Pérez Luño. *Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución*. p. 54-133.

termina na universalidade não mais abstrata, mas também ela concreta, dos direitos positivos universais".[77]

Sem a intenção de retomar a ideologia histórico-evolutiva, como realizado na concepção de Estado de direito, linhas atrás, mas sim abordar a realidade contemporânea, é inegável o caráter constitucionalizador que as normas reguladoras do direito internacional assumiram no decorrer do século XIX, XX e XXI, e principalmente, as normas veiculadoras de direitos humanos, como uma conseqüência própria e natural de um Estado Constitucional de Direito.

Os enunciados prescritivos das Constituições no direito comparado revelam e permitem afirmar, de maneira incisiva, esse cenário constitucionalizador dos direitos humanos e do próprio direito internacional. Gerson de Britto Mello Boson[78], em estudo realizado sobre o assunto, sedimenta que a iniciativa dessa perspectiva parece encontrar-se com a Inglaterra, no estabelecimento da regra internacional *law is a part of the law of the land*, nascida no Tribunal do Almirantado, nos idos do século XVI[79]. O autor realiza ainda como forma de ratificar essa tradição, uma compilação das Constituições de diversos países de normas simétricas a esta, passando pela Constituição dos Estados Unidos, da Alemanha, da Áustria, da Estônia, da Espanha, da França e da Itália.

Na Constituição dos Estados Unidos da América, na cláusula segunda do art. 6º, estipula que:

---

[77] Norberto Bobbio. *Op. cit.* 1992. p. 30.
[78] Gerson de Britto Mello Boson. *Constitucionalização do Direito Internacional.* p. 167 e segs.
[79] Nota-se que o direito inglês não possui uma Constituição, mas a identificação contemplada pelo autor está em demonstra a integração do direito internacional com o direito interno.

> Esta Constituição e as leis dos Estados Unidos que se estabelecem em seu cumprimento, e todos os tratados concluídos ou que se concluam sob a autoridade dos Estados Unidos serão suprema lei do País, e os juízes em cada Estado estarão a elas obrigados, sendo nulas as leis dos Estados ou a sua Constituição se a ela forem contrárias.

A Constituição de Weimar preceitua no art. 4º que "as regras do Direito internacional, universalmente reconhecidas, valem como parte integrante do Direito alemão".

A Constituição Austríaca, no art. 9º, prescreve que "as regras do Direito das gentes, geralmente reconhecidas, se consideram parte integrante do Direito federal".

A Estônia, em sua Constituição, segue a mesma formalidade pregando que "as regras gerais do Direito internacional, universalmente reconhecidas, são aplicadas na Estônia formando parte integrante do Direito estoniano" (§4º).

A Constituição Espanhola de 1931 postulava que "o Estado espanhol respeitará as regras universais do Direito internacional, incorporando-as ao seu Direito positivo".

A Constituição Francesa, no art. 26, estabelece que os "tratados diplomáticos regularmente ratificados e publicados têm força de lei, ainda mesmo que sejam contrários a leis internas francesas".

Por fim, a Constituição Italiana, no art. 10, preceitua que "o Estado Italiano se conforma às normas do Direito internacional geralmente reconhecidas".

São importantes as transcrições acima relatadas para evidenciar a utilidade corriqueira, pelas Constituições do direito comparado, de algumas normas constitucionais que reportam ao direito internacional, como forma de sua constitucionalização.

O direito brasileiro segue a tradição permeada pelos longos anos, demonstrando a contemplação de normas de direito internacional na Constituição Federal de 1988.

De maneira preâmbular, a Constituição da República Federativa do Brasil prescreve em seu art. 4º que:

> A República Federativa do Brasil rege-se nas suas relações internacionais pelos seguintes princípios:
> I – independência nacional;
> II – prevalência dos direitos humanos;
> III – autodeterminação dos povos;
> IV – não-intervenção;
> V – igualdade entre os Estados;
> VI – defesa da paz;
> VII – solução pacífica dos conflitos;
> VIII – repúdio ao terrorismo e ao racismo;
> IX – cooperação entre os povos para o progresso da humanidade;
> X – concessão de asilo político.
> Parágrafo único. A República Federativa do Brasil buscará a integração econômica, política, social e cultural dos povos da América Latina, visando à formação de uma comunidade latino-americana de nações.

Esses enunciados revelam que os constituintes procuraram, logo de início, deixar claro os propósitos com relação à comunidade internacional, delimitando os princípios que deveriam pairar sobre a convivência do direito interno e internacional.

Entretanto, a prescrição que mais interessa e provoca calorosas discussões doutrinárias, bem como jurisprudenciais, haja vista o Supremo Tribunal Federal estar atualmente enfrentando o tema e tendente a alterar o remansoso posicionamento vigente, é a previsão do parágrafo 2º[80] do art. 5º.

---

[80] "Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte".

A Emenda Constitucional nº 45, de 8 de dezembro de 2004, acrescentou o parágrafo 3º[81], ao citado artigo, incrementando o debate acerca da natureza jurídica dos tratados e convenções internacionais recepcionados pelo Brasil.

Sem adentrar, neste momento, no confronto doutrinário uma vez que este será tema do próximo capítulo, é de se admitir que essas normas possuem influência direta na construção do bloco de constitucionalidade.

Pensando dessa maneira, a construção do bloco de constitucionalidade já existe para uma parte da doutrina desde a promulgação da Constituição Federal de 1988, bastando advogar a tese de que o parágrafo 2º do citado artigo concebeu natureza de norma constitucional aos tratados internacionais que o Brasil seja parte. Assim, o bloco de constitucionalidade estaria criado desde a promulgação da Constituição de 1988.

Em contrapartida, para os juristas que pregavam qualquer outra natureza jurídica aos tratados internacionais ratificados pelo Brasil, que não o *status* de norma constitucional, eles ignorariam a existência do bloco de constitucionalidade. Vale dizer, teriam uma maior dificuldade em defender a sua existência, pois poderiam reconhecê-lo através de outro argumento, como a natureza constitucional de determinados princípios veiculadores de normas materialmente constitucionais, não estampados expressamente na Constituição.

De qualquer maneira, com o advento do parágrafo 3º do art. 5º da Constituição Federal, essa divergência na doutrina não existirá mais, tendo em vista que o seu enunciado afirma expressa e claramente que os tratados internacionais poderão assumir

[81] "Os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada caso do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais".

natureza de emenda constitucional, portanto, poderão adquirir natureza de norma constitucional. Isso revela que existirão normas constitucionais em outros diplomas espalhados, caracterizando verdadeiramente a essência do bloco de constitucionalidade.

A intenção exarada neste capítulo é evidenciar a constitucionalização do direito internacional, prescrevendo a Constituição, normas de direito internacional, bem como a internacionalização do direito constitucional[82]. Nesse diapasão, estar-se-á a construir, a partir de então, um suporte para configurar o bloco de constitucionalidade com uma tônica expressa no ordenamento jurídico, sem divagar por outros meios mais penosos para reconhecê-lo.[83]

Assim, especificamente, o ordenamento jurídico constitucional brasileiro ao tratar das normas de direito internacional permitiu a sua constitucionalização. Ademais, ao fomentar a discussão da natureza jurídica dos tratados internacional, com o citado parágrafo 2º, bem como assentar, ainda que parcialmente[84] a sua natureza constitucional, com a Emenda Constitucional nº 45 de 2004, consagrou expressamente a internacionalização do direito constitucional, e conseqüentemente, a possibilidade de admitir a idéia de bloco de constitucionalidade.

---

[82] Confirmando a pretensão desenvolvida neste trabalho Canotilho assevera que "as fronteiras entre o direito constitucional e o direito internacional ter-se-iam estreitado a tal ponto que se torna possível tratar, hoje, conjuntamente, do direito constitucional internacional e do direito internacional constitucional. (José Joaquim Gomes Canotilho. *Brancosos e Interconstitucionalidade*. p. 285).

[83] Por isso, Flávia Piovesan contempla que "se no século XIX, com o constitucionalismo, as Declarações de Direitos passam a ser inseridas nas Constituições dos Estados, a partir do pós-guerra um segundo impacto se observa. Como será visto nesse trabalho, o pós-guerra impulsiona a emergência do movimento de internacionalização dos direitos humanos, mediante um sistema de monitoramento e fiscalização internacional desses direitos jamais visto, que acentua ser o tema dos direitos humanos de legítimo interesse da comunidade internacional". (Flávia Piovesan. *Op. cit*. 2006. p. 16).

[84] Lecionamos parcialmente em razão de que, dependendo da concepção do estudioso, apenas o §3º atribuiu a natureza de norma constitucional aos tratados internacionais, e mais, somente aqueles que versarem sobre direitos humanos e não a todos tratados internacionais.

Registra-se que é nesse ponto que reside à importância do direito internacional como padrão relevante para o reconhecimento do bloco de constitucionalidade.

Em derradeiro, neste capítulo, procurar-se-á identificar a interconstitucionalidade através da Constitucionalização do direito, tese essa defendida por Canotilho e explorada no capítulo primeiro.

3.3. A Constitucionalização do Direito como elemento de dissolução das fronteiras do Estado Constitucional

A preocupação dos Estados soberanos em regular as relações estabelecidas no cenário internacional está conjugado na instalação de mecanismos aptos a proporcionar uma segurança jurídica, conforme já se revela com a instalação do Tribunal Penal Internacional, do qual o Brasil se submeterá caso manifeste adesão, dado o parágrafo 4º do art. 5º da Constituição Federal[85].

Entretanto, essa realidade tem adquirido proporções maiores, mas ainda impedidas de se materializarem, como é o caso da solicitada Constituição da União Européia[86]. Essa propalada tendência é fruto da própria Constitucionalização do direito, visualizada neste ponto como a maneira pela qual, esses Estados soberanos vislumbram uma maior regulação nas suas condutas, bem como na aplicabilidade e efetividade dos acordos e tratados estabelecidos, uma vez que assumem natureza de norma constitucional, logo dogmatizada pela sua supremacia.

---

[85] Art. 5°, §4° da CF: "O Brasil se submete à jurisdição do Tribunal Penal Internacional a cuja criação tenha manifestado adesão".
[86] Sobre a constitucionalização da União Européia, conferir: Miguel Carbonell e Pedro Salazar (org.). *La constitucionalización de Europa*. 2004.

Esse cenário é a marca dos tempos globais, ou seja, da globalização relacionada com a constitucionalização e a internacionalização. Por isso, a doutrina tem-se recorrido aos termos como o direito constitucional integrado, direito constitucional internacional, estados nacionais supracionais, constitucionalismo pós-nacional, estado constitucional cooperativamente aberto, ou mesmo, estados constitucionais abertos.[87]

Canotilho atribui a esse fenômeno a denominação de interconstitucionalidade. Nos seus dizeres, essa teoria estuda as "relações interconstitucionais, ou seja, a concorrência, convergência, justaposição e conflito de várias constituições e dos vários poderes constituintes no mesmo espaço político (...). Sirva-nos de exemplo a articulação da constituição federal com as constituições estaduais".[88]

Em sendo assim, Canotilho apregoa a interconstitucionalidade, visualizada sob a matiz de uma forma de interorganização política e social, como "'a articulação entre constituições, a afirmação de poderes constituintes com fontes e legitimidades diversas', e a, 'compreensão da fenomenologia jurídica e política amiga do pluralismo de ordenamentos e de normatividades'".[89]

Nesse terreno de pensamento algumas reflexões tornam-se prementes como a existência de uma rede de constituições de estados soberanos; a turbulência produzida na organização constitucional dos estados soberanos pelas organizações políticas supranacionais; a recombinação das dimensões constitucionais clássicas através de sistemas organizativos de natureza superior; articulação da coerência constitucional estatal com a diversidade de constituições inseridas na rede da interconstitucionalidade; a criação

[87] José Joaquim Gomes Canotilho. *Op. cit*. 2006. p. 284.

de esquemas jurídico-políticos caracterizados por um grau suficiente de confiança condicionada entre as várias instituições imbricada na rede e entre essas constituições e a constituição revelada pela organização política de grandeza superior.[90]

Canotilho parece estar, aparentemente, afeito à modernização da teoria constitucional, todavia, não ignora as conseqüências dessa evolução, conforme palavras exaradas em sua obra.

> A rigidificação da ideia constitucional corre o risco de lançar o próprio constitucionalismo para o mundo desaparecido". (...). Em vez de uma idéia dinâmica capaz de emprestar a agilidade indispensável para compreender os desafios constitucionais da internacionalização, da globalização e da regionalização, insiste-se num modelo estático carecido de respostas à emergência do constitucionalismo da *good governance*. Hoje como ontem, as mutações e constâncias do constitucionalismo colocam todos os actores e autores perante a incontornável tarefa de registro das permanências constitucionais e de actualização das interacções regulatórias dinamizadas pelas leis constitucionalmente estruturantes. Se estas considerações preliminares estão certas, então poderemos desde já avançar para as rupturas paradigmáticas. São elas: (1) a indispensabilidade de superar o esquema referencial Constituição-Estado; (2) a necessidade de ultrapassar as teorias dos "momentos constitucionais' isolados e únicos e apreender o sentido e limites do chamado 'constitucionalismo evolutivo'; (3) a substituição do esquema hieráquico-normativo do direito constitucional por um sistema multipolar de *governance* constitucional.[91]

Nesse sentido, algumas dúvidas pairam e insistem em permanecerem latentes nas mentes dos estudiosos do direito, como, onde figuraria a posição do Estado nessa Constituição de nível global. Como adequar a legitimidade democrática dos países desenvolvidos com essa perspectiva globalizada. E o poder constituinte instituidor da nova

---

[88] *Id. Op. cit.* 7ª ed. 2003. p. 1425.
[89] *Id. Ibid.* p. 1425.
[90] *Id. Op. cit.* 2006. p. 267.
[91] *Id. Ibid.* 2006. p. 282-283.

ordem, retiraria o seu fundamento de validade, bem como da sua própria existência, de qual parâmetro.[92]

Em que pesem essas dúvidas registradas sobre a constitucionalização do direito, enquanto fenômeno internacional, principalmente sobre a União Européia, Peter Häberle[93] faz questão de afirmar que durante muitos anos existiu e continua a reinar o Estado constitucional europeu, porém apenas não estava, ainda, materializado em uma Constituição. Procurando fundamentar essa constatação ressalta alguns elementos confirmadores como o lugar da jurisdição constitucional e sua relação com o Parlamento, o papel integrador dos direitos fundamentais, o problema relativo à constitucionalização do pluralismo, o lugar das minorias etc.

Por essas e outras circunstâncias Luigi Ferrajoli[94] acena para a instituição de um quarto modelo de Estado, qual seja, "*el orden constitucional de Derecho ampliado al plano supranacional, que ya no tiene nada del viejo Estado y, sin embargo, conserva de el las formas y las garantias constitucionales*".

Dessa forma, resta apenas esclarecer que, sem qualquer pretensão de apresentar respostas para a tendência constitucional que se constitui como realidade viva no mundo contemporâneo, a proposta deste tópico é apenas fomentar reflexões com essas e

---

[92] Favorável à constitucionalização da União Européia, Jürgen Habermas procura responder algumas dessas indagações em seu texto, ressaltando que os padrões justificadores desse fenômeno encontram-se em três pontos: na tentativa de exterminar as guerras sangrentas entre as nações européias; na estabilidade crescente das instituições democráticas européias; e por fim, como argumento econômico, no fato de que a União Européia já possui um mercado comum e moeda única. (Jürgen Habermas. *Por qué la Unión Europea necesita un marco constitucional?*. p. 48-49).
[93] Peter Häberle. *El Estado constitucional europeo*. p. 23-44.
[94] Luigi Ferrajoli. *Op. cit*. 2005. p. 27.

outras indagações servindo de pano de fundo para demonstrar a problematicidade eminente e o desenvolvimento potencial de um futuro trabalho [95].

[95] Consubstanciado nas dificuldades de reconhecer essa realidade, Canotilho apregoa que "hoje o direito constitucional corre o risco não apenas perder a dimensão nuclear de um direito do político e para o político, mas também o de ser relegado para o direito residual". (...) "o direito constitucional é um 'direito de restos'. 'Direito do resto do Estado', depois da transferência de competências e atribuições deste a favor de organizações supranacionais (União Européia, Mercosul). (...)'Direito dos restos das regionalizações' depois das várias manifestações dos 'estados complexos' (federais, regionais) exigirem a inclusão de outros entes quase soberanos nos espaços unitarizantes da soberania estatal". (José Joaquim Gomes Canotilho. *Op. cit*. 2006. p. 185).

CAPÍTULO 4 – O SISTEMA CONSTITUCIONAL BRASILEIRO

4.1. A IDÉIA DE SISTEMA INCORPORADO NA DOUTRINA CONSTITUCIONAL BRASILEIRA

O ordenamento jurídico brasileiro amparado no princípio da supremacia constitucional, no princípio da unidade constitucional, na prevalência dos direitos fundamentais, no comprometimento com os direitos sociais, direitos políticos, com a ordem econômica e financeira e com a ordem social, tratou de imprimir, logo de maneira preambular, na Constituição Federal de 1988, a importância do povo em sua elaboração, para a instauração de um Estado Democrático.

Revelou o seu compromisso em 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 a conduzir a ordem interna e internacional.

Registrou como fundamentos para a implementação de seu Estado Democrático de Direito, a soberania, a cidadania, a dignidade da pessoa humana, os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa e o pluralismo político, conforme prescreve o art. 1º.

Acrescentou como objetivos, a construção de uma sociedade livre, justa e solidária; a garantia pelo desenvolvimento nacional; a erradicação da pobreza, da marginalização, a redução das desigualdades

regionais; e a promoção do bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação, dado o art. 3º.

Ademais, a Constituição Federal inova ao realçar uma orientação internacionalista determinando que suas relações internacionais sejam reguladas pelos princípios da independência nacional, prevalência dos direitos humanos, autodeterminação dos povos, não-intervenção, igualdade entre os Estados, defesa da paz, solução pacífica dos conflitos, repúdio ao terrorismo e ao racismo, cooperação entre os povos para o progresso da humanidade, e a concessão de asilo político.

Na verdade, a Constituição Federal de 1988 introduz uma perspectiva de avanço democrático na sistemática jurídica brasileira, capitaneada por uma consolidação das garantias e direitos fundamentais e nas demais searas vulneráveis da sociedade brasileira, haja vista a atenção voltada aos arts. 5º a art. 11, aos direitos e garantias fundamentais, bem como ao art. 193 e seguintes, estes, relativo à seguridade social, educação, cultura, desporto, meio ambiente, criança, adolescente e idoso.

Não esconde a expressa intenção de promover o encontro entre o princípio do Estado Democrático de direito e dos direitos fundamentais, ao conjugar a cidadania e a dignidade da pessoa humana como fundamentos da República Federativa do Brasil.

Assim, ela dispensa uma atenção extraordinária aos direitos fundamentais, consagrando-se como o documento mais abrangente e

pormenorizado sobre direitos humanos jamais adotado no Brasil. A prevalência dos direitos humanos, como princípio a reger a relação internacional, não implica apenas no engajamento do País no processo de elaboração das normas jurídicas vinculadas ao direito internacional de direitos humanos, mas também a buscar a plena integração de tais regras na ordem jurídica brasileira.[1]

A Constituição de 1988 deixa assente a sua intenção de proteger os direitos fundamentais ressaltando a sua imprescindibilidade na ordem jurídica brasileira como norma constitucional, e mais, impede, inclusive, a sua alteração por meio de emenda constitucional, ao elevá-la a patamar de cláusula pétrea, como preceitua o art. 60, § 4º, IV.

Em complemento, a Carta de 1988 não ignora outros direitos e garantias decorrentes dos regimes e princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte. Vale dizer, demonstra a atenção que uma Constituição, tendo o princípio da dignidade da pessoa humana como baliza, deve atribuir aos direitos e garantias fundamentais, promovendo-os ao *status* de norma constitucional.

Isso implica dizer que, a própria Constituição Federal, procurando amparar os indivíduos através da proteção dos direitos humanos, reconhece a existência de normas veiculadoras de direitos humanos que não se encontram no texto da Constituição e ainda assim possuem natureza de normas constitucionais. Essa realidade jurídica

[1] Flávia Piovesan. *Op. cit.* 2006. p. 40.

tornou-se assente com a Emenda Constitucional nº 45 de 2004, ao inserir o § 3º no art. 5º da Constituição Brasileira, estabelecendo que “os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada caso do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais”.

Dessa forma, pode-se extrair que o sistema constitucional brasileiro contemporâneo, é construído diariamente através de um conjunto de normas constitucionais, previsto, em regra, no texto constitucional, como forma de organização e estruturação do Estado. Entretanto, não relega ao esquecimento matérias de direitos e garantias fundamentais. Ao contrário, utiliza-se das normas principiológicas para evidenciar a sua verdadeira identidade e unidade, seja expressa ou implicitamente.

Em outras palavras, os princípios constitucionais servem de sustentáculo para promover a proteção dos direitos humanos, revelando a essencialidade no sistema constitucional brasileiro, seja através das normas constitucionais estanques no texto constitucional, ou pelas normas jurídicas constitucionais dispersas no ordenamento jurídico.

Dessa concepção de sistema constitucional brasileiro acaba-se por inferir que a respectiva ordem jurídica se abre para a ótica internacional como uma forma de conjunção das energias para proteção dos direitos e garantias fundamentais, sempre atento ao fato de que os direitos humanos são as suas lentes. Assim, uma Constituição que prima por um

Estado Democrático e pela dignidade da pessoa humana, não poderia ter objetivos diversos.

Destaca-se, em compartilhamento com este posicionamento, a opinião de Flávia Piovesan ao sustentar que:

> Ao romper com a sistemática das Cartas anteriores, a Constituição de 1988, ineditamente, consagra o primado do respeito aos direitos humanos como o paradigma propugnado para a ordem internacional. **Esse princípio invoca a abertura da ordem jurídica interna ao sistema internacional de proteção dos direitos humanos**. (...) Estes são os novos valores incorporados no texto de 1988, e que compõem a tônica do constitucionalismo contemporâneo. Se para o Estado brasileiro a prevalência dos direitos humanos é princípio a reger o Brasil no cenário internacional, está-se conseqüentemente admitindo a concepção de que os direitos humanos constituem tema de legítima preocupação e interesse da comunidade internacional. **Os direitos humanos, nessa concepção, surgem para a Constituição como tema global**.[2] (grifo nosso)

O que se pretende com isso é demonstrar que a Constituição de 1988, preocupada em prever os direitos e garantias fundamentais, acaba orientando-se por princípios fundamentais que são verdadeiros alicerces axiológico dispersos na sistemática constitucional. Assim, as conseqüências em admitir a existência de normas com natureza constitucional dentro do sistema constitucional, porém distante do texto constitucional, são várias e proporcionam reconhecimento da natureza do bloco de constitucionalidade.

Em outras palavras, o bloco de constitucionalidade compreende normas constitucionais não necessariamente contidas apenas na Constituição, mas também aquelas que se encontram dispersas no sistema

constitucional, que quando reunidas, ou melhor, catalogadas, formam o citado bloco de constitucionalidade.

E essa realidade é presente na sistemática constitucional brasileira contemporânea, seja através dos tratados internacionais, tendo em vista o parágrafo 2º do art. 5º, seja por meio dos direitos humanos, conforme enunciado no seu parágrafo 3º, ou mesmo, pelos princípios constitucionais implícitos. Estes princípios constitucionais implícitos são aqueles evocados pelo Supremo Tribunal Federal, de maneira constante, que apesar de não materializados expressamente na Constituição, possuem natureza de norma constitucional, servindo assim, de paradigma para declaração de inconstitucionalidade, como os princípios da razoabilidade, princípio da proporcionalidade, princípio da intervenção mínima do Estado, princípio da reserva do possível, dentre outros.

Portanto, como forma de compilar as conseqüências em lecionar pela existência do bloco de constitucionalidade na sistemática constitucional brasileira, assunto que será retomado no capítulo seguinte, é premente o aprofundamento nos direitos e garantias fundamentais, tema este que resume toda a vontade constitucional brasileira.

4.2. O CONTEÚDO CONSTITUCIONAL FUNDADO NOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

---

[2] *Id. Ibid*. 2006. p. 40-41.

Não exige qualquer esforço para o interprete verificar a merecida relevância que o Constituinte brasileiro dispensou à seara dos direitos e garantias fundamentais, bastando abrir a Constituição e logo nas primeiras páginas essa constatação tornar-se real.

Essa surpresa é ainda mais vibrante quando traçado um paralelo entre a Constituição de 1988 e o direito constitucional positivo anterior, pois, pela primeira vez na história do constitucionalismo pátrio os direitos e garantias fundamentais obtiveram o *status* jurídico que lhes são devidos.

Essa evolução é fruto de um processo de transformação mundial e representa um dos elementos impulsionadores da constitucionalização do direito. Os direitos e garantias fundamentais estão demonstrando a maneira pela qual o documento de maior poder hierárquico-normativo conquista as admirações da sociedade, com uma forma atuante e positiva.

Diversos são os casos emblemáticos que fortalecem os direitos e garantias fundamentais pelo mundo afora, como o caso *Lüth*, na Alemanha; o caso *Shelley v. Kraemer*, nos Estados Unidos, e a decisão de liberdade de associação, na França, episódios estes comentados no capítulo anterior.

Mas é por meio dessa relação entre Constituição e direitos fundamentais que a dignidade constitucional e o espírito democrático conseguem ser implementados. Nessa constatação, poder-se-ia dizer que os direitos e garantias fundamentais apenas alcançam a sua aplicação e

eficácia quando postos diante de um verdadeiro Estado Constitucional de Direito. Klaus Stern comenta que:

> As idéias de Constituição e direitos fundamentais são, no âmbito do pensamento da segunda metade do século XVIII, manifestações paralelas e unidirecionadas da mesma esfera espiritual. Ambas se compreendem como limites normativos ao poder estatal. Somente a síntese de ambas outorgou à Constituição a sua definitiva e autêntica dignidade fundamental.[3]

É possível extrair de início que os direitos fundamentais integram o núcleo intangível e imutável da Constituição. Identifica-se como a essência constitucional, em que o texto constitucional de 1988 não mede esforços para revelá-los. Por conseguinte, inexiste qualquer compromisso com o rigor terminológico, pois ora são empregados como direitos humanos, art. 4º, II, ora como direitos e garantias fundamentais, epígrafe do Título II e o art. 5º, § 1º, ou como direitos e liberdades constitucionais, art. 5º, LXXI, ou então, como direitos e garantias individuais, art. 60, § 4º, IV.

Dentre as inovações mais significativas registradas na Constituição, pode-se dizer como sendo o art. 5º, § 1º, de acordo com o qual as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais possuem aplicabilidade imediata, reforçando o *status* jurídico peculiar conquistado; o art. 5º, §§ 2º e 3º; e o art. 60, § 4º, sendo que este último enunciado atribuiu-lhes uma garantia de inalterabilidade, conhecido como “cláusulas pétreas”.

O que se pode notar, sem adentrar de maneira específica e exaustiva nos direitos fundamentais ventilados pela Constituição Federal, é que o Constituinte não se reservou o poder de enrijecer a materialidade dos direitos fundamentais, ou seja, não demonstrou quais seriam ou não os direitos fundamentais. Apenas deixou ao alvedrio do interprete procurar, diante de uma interpretação sistemática e teleológica, onde e quais seriam esses núcleos essenciais da Constituição. Até porque não é função do Constituinte esmiuçar todos os enunciados que devem constar na Constituição, senão estaria a implementar um "livro de receita culinária" ou mesmo uma "lista de identificação telefônica", onde a inexistência de alguma identificação necessária implica na inutilidade da relação elaborada. Um bom exemplo é a Constituição dos Estados Unidos, pois, com singelos enunciados, porém essenciais, regula a estabilidade do país.

A justificativa da real intenção da Constituição está registrada no art. 5º, § 2º, ao determinar que ela não exclui outros direitos e garantias fundamentais decorrentes dos regimes e princípios por ela adotada. Essa intenção é reforçada com a Emenda Constitucional nº 45 de 2004, através da inserção do § 3º, no art. 5º, prevendo a possibilidade de aprovação de tratados internacionais em matéria de direitos humanos, com natureza de emenda constitucional.

Com isso, existe uma pretensão pretérita e ao mesmo tempo presente, tendo em vista que o parágrafo 2º é norma constitucional

---

[3] Klaus Stern *apud* Ingo Wolfgang Sarlet. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 7ª ed. 2007. p. 69.

originária, logo de 1988, e o parágrafo 3º, é objeto da emenda constitucional nº 45 de 2004, em fomentar a ampliação dos direitos e garantias fundamentais constituindo, assim, um sistema de direitos fundamentais. Mas registre-se que esse sistema de direitos fundamentais nada mais reflete do que o conteúdo da constituição, isto é, as normas constitucionais.

4.2.1. O sistema de direitos fundamentais implementados pela Constituição de 1988

Os direitos fundamentais através da sua identidade constitucional auxiliam na construção do sistema constitucional, uma vez que o art. 5º, § 2º, da Constituição Federal, aponta para a sua existência positivada em outras partes do texto constitucional, inclusive em tratados internacionais, além da possibilidade de sua aparição implícita nas normas constitucionais, ou naqueles decorrentes do regime ou dos princípios por ela adotados.

Esses direitos fundamentais no momento em que auxiliam na construção do sistema constitucional estão criando o seu próprio sistema de direitos fundamentais, sendo coletados da ordem jurídica brasileira. A concepção de sistema de direitos fundamentais surge do enunciado do art. 5º, § 2º, da Constituição, permitindo ao exegeta verificar, diante do sistema constitucional, onde se encontram os direitos fundamentais, uma vez que o Constituinte não os cimentou no texto constitucional. Assim, pode-se dizer

que eles consagram um conteúdo materialmente aberto, permitindo ser localizados em diversos segmentos normativos constitucionais, como nos tratados internacionais de direitos humanos, inclusive, de maneira implícita.

Eles representam um conteúdo heterogêneo, ou seja, não permitem a elaboração taxativa de uma relação dos direitos fundamentais, pois a diversidade de conteúdo dos direitos fundamentais reina, mas em proveito dos indivíduos, como o direito à liberdade, à igualdade, à anterioridade tributária[4], à moradia, à saúde, aos direitos políticos e garantias fundamentais, e vários outros.

Assim, os direitos fundamentais, enquanto figura reveladora da matriz constitucional, identificam-se como os próprios princípios constitucionalmente estruturantes defendido por Canotilho, ou seja, eles "designam os princípios constitutivos do 'núcleo essencial da constituição', garantindo a esta uma determinada identidade e estrutura".[5] Esses direitos fundamentais sendo tratados como princípios constitucionalmente estruturantes servem como "dimensões paramétricos"[6], haja vista apresentarem-se como fonte de reconhecimento da legitimidade de uma ordem constitucional positiva.

---

[4] Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 939-7, publicada no Diário de Justiça da União em 18 de março de 1994, Rel. Min. Sidney Sanches, ação em que foi discutida a constitucionalidade da EC 3/93 e da LC 77/93, e que reconheceu expressamente o princípio da anterioridade como um direito fundamental.
[5] José Joaquim Gomes Canotilho. *Op. cit.* 6ª ed. 1993. p. 345.
[6] Expressão empregada por José Joaquim Gomes Canotilho. *Op. cit.* 6ª ed. 1993. p. 346.

Portanto, dotado de materialidade constitucional, os direitos fundamentais proporcionam o reconhecimento do sistema constitucional, compreendido por normas material e formalmente constitucionais.

De outro modo, o sistema constitucional visualizado como um conjunto normativo aberto de regras e princípios[7] funda-se em argumentos para construir e justificar a adoção do sistema dos direitos fundamentais. Os direitos fundamentais apresentam o caráter normativo pela própria natureza que possuem, conforme dispõe a Constituição, e encontram-se aberto, por força do dispositivo do art. 5º, § 2º, permitindo a ampliação do seu espectro.

Compartilhando desse posicionamento Ingo Wolfgang Sarlet assevera que:

> Em se **reconhecendo a existência de um sistema dos direitos fundamentais, este necessariamente será**, não propriamente um sistema lógico-dedutivo (autônomo e auto-suficiente), mas, sim, **um sistema aberto e flexível, receptivo de novos conteúdos e desenvolvimento**, integrado ao restante da ordem constitucional, além de sujeitos aos influxos do mundo circundante.[8] (grifo nosso)

Dessa forma, os direitos fundamentais ao buscarem a construção do seu sistema, na verdade, eles estão implementando a criação do sistema constitucional, tendo em vista que a relação estabelecida entre direitos fundamentais e Constituição é inevitável. Vale dizer, no Estado Constitucional de Direito é possível assentar que o relacionamento entre a

---

[7] José Joaquim Gomes Canotilho. *Op. cit.* 7ª ed. 2003. p. 1159.
[8] Ingo Wolfgang Sarlet. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 7ª ed. 2007. p. 85-86.

Constituição e os direitos fundamentais é recíproco e imperativo, pois um não pode ser construído sem o outro, sob pena da existência de ambos estarem fadadas ao insucesso.

Diante dessas afirmações podemos concluir que os direitos fundamentais conjugam esforços para a constituição e permanência do sistema constitucional, expressado no capítulo segundo, qual seja, como um conjunto de normas constitucionais que atuam de maneira simétrica, demonstrando uma coordenação e correlação precisa, com o desiderato de atingir a observância do princípio da constitucionalidade, da unidade, bem como da supremacia constitucional.

4.2.2. A fundamentalidade formal e material dos direitos fundamentais na Constituição de 1988

Dentre as concepções de Constituição adotadas pela doutrina pátria e estrangeira, a que melhor se amolda à ideologia desenvolvida neste estudo, conforme reconhecido no capítulo segundo, é aquela que prima pela distinção entre os elementos materiais e formalmente constitucionais. Essas características identificadoras da Constituição material e formal permitem aclarar as normas que se apresentam essencialmente constitucionais daquelas que alcançam tal *status* pelo atendimento de determinado procedimento.

Os conceitos materiais e formais de Constituição são de extrema importância, principalmente quando pretendemos apontar quais são

os direitos fundamentais. A Constituição material é formada por elementos identificadores da essência constitucional, do verdadeiro propósito, ou melhor, seriam as normas que veiculam a vontade constitucional. Enquanto que a Constituição formal, apesar da sua relevância na sistemática constitucional, elas apenas são dotadas dessa natureza pelo cumprimento da observância procedimental de introdução das normas constitucionais, ou mesmo, por que a Constituição assim entendeu por enquadrá-la como tal, mas não veiculam qualquer matéria que seria imprescindível para compor o conteúdo constitucional.

Em razão dessa distinção, Canotilho[9] apregoa que a compreensão material da Constituição concilia duas exigências fundamentais: a legitimidade material, que é a necessidade da Constituição transportar os princípios materiais informadores do Estado e da sociedade; e a abertura constitucional, que determina o esforço constitucional para a concretização dos fins constitucionais.

Os direitos fundamentais também utilizam dessa distinção formal e material para buscar fundamento na Constituição Federal. Através do fundamento formal os direitos fundamentais seriam aqueles que se encontram na Constituição, no espaço destinado aos direitos fundamentais.[10] Já a fundamentalidade material dos direitos fundamentais

---

[9] José Joaquim Gomes Canotilho. *Op. cit.* 7ª ed. 2003. p. 1338.

[10] Importante registrar que advogamos pela impossibilidade da existência dos direitos formalmente fundamentais expressos na Constituição, tendo em vista que todos os direitos fundamentais carregam no seu núcleo uma materialidade constitucional, pela própria essência em ser direito fundamental. Assim, poderíamos lecionar apenas pela existência dos direitos material e formalmente constitucionais e os direitos materialmente constitucionais.

decorre do conteúdo registrado pelos direitos fundamentais, representativo do núcleo protetor, como estrutura basilar da Constituição. Assim, todo e qualquer direito fundamental que reflita o conteúdo material da Constituição integra a norma constitucional, independentemente de onde se encontra alojado no sistema constitucional, seja dentro da Constituição, seja nos tratados internacionais de direitos humanos, seja nos regimes e princípios decorrentes da Constituição.

É nesta fundamentalidade material dos direitos fundamentais que o conteúdo constitucional acaba expandindo-se, pois as normas constitucionais podem encontrar-se em qualquer documento legislativo registrado pelo art. 5º, § 2º, e ainda assim exteriorizará a sua imperatividade constitucional. Com a fundamentalidade material dos direitos fundamentais o bloco de constitucionalidade acaba por ser construído e permanecer em constante extensão, em eterna ampliação do campo material das normas constitucionais.

4.2.3. Os direitos fundamentais na Constituição de 1988

Tarefa extremamente complexa é verificar o que a Constituição de 1988 estabelece como sendo os direitos fundamentais. De qualquer forma, a doutrina ao menos conseguiu chegar ao consenso nas diversas terminologias empregadas para identificá-lo.

Canotilho, por uma melhor cientificidade, separa as expressões direito do homem e direitos fundamentais.

> Direitos do homem são direitos válidos para todos os povos e em todos os tempos (dimensão jusnaturalista-universalista); direitos fundamentais são os direitos do homem, jurídico-institucionalmente garantidos e limitados espacio-temporalmente. Os direito do homem arrancariam da própria natureza humana e daí o seu carácter inviolável, intemporal e universal; os direitos fundamentais seriam os direitos objectivamente vigentes numa ordem jurídica concreta.[11]

Ingo Wolfgang Sarlet, compartilhando da necessidade em diferenciar os termos a serem empregados, sustenta que:

> "Direitos fundamentais" se aplica para aqueles direitos do ser humano reconhecidos e positivados na esfera do direito constitucional positivo de determinado Estado, ao passo que a expressão "direitos humanos" guardaria relação com os documentos de direito internacional, por referir-se àquelas posições jurídicas que se reconhecem ao ser humano como tal, independentemente de sua vinculação com determinada ordem constitucional, e que, portanto, aspiram à validade universal, para todos os povos e tempos, de tal sorte que revelam um inequívoco caráter supranacional (internacional).[12]

Em que pese a excelente cientificidade empregada pelos autores, acreditamos que a melhor doutrina não se encontra em distinguir os institutos de direitos humanos e direitos fundamentais, principalmente para uma realidade brasileira em que os aplicadores da lei atuam como autômatos da lei. Urge ressaltar, que a Constituição de 1988 encontra-se descompromissada com qualquer rigor terminológico no que concerne aos direitos fundamentais, direitos humanos, direitos e garantias fundamentais, ou direitos individuais.

---

[11] José Joaquim Gomes Canotilho. *Op. cit*. 7ª ed. 2003. p. 393.
[12] Ingo Wolfgang Sarlet.. *Op. cit*. 7ª ed. 2007. p. 35-36.

O que se pretende é demonstrar que os direitos fundamentais existem para privilegiar os indivíduos, fruto de uma conquista popular. No instante em que restringimos esse meio de proteção, através de uma separação conceitual, conseqüências negativas advirão.

Portanto, a proteção dos direitos humanos deve estar acima de qualquer discussão didática. Em sendo assim, defendemos que esses direitos devem ser concedidos independentemente de estarem sendo reconhecidos como direitos humanos ou direitos fundamentais, uma vez que são direitos, independentemente da expressão categorial.[13]

Mas, o que importa neste momento é o conceito de direitos fundamentais. Com isso, Robert Alexy conceitua como sendo "*posiciones que, desde el punto de vista del derecho constitucional, son tan importantes que su otorgamiento o denegación no pueden quedar librados a la simple mayoría parlamentar*".[14]

Antonio Enrique Pérez Luño, desconsiderando a necessidade de distinção entre direitos humanos e direitos fundamentais, conceitua os direitos humanos como "*un conjunto de facultades e instituciones que, en cada momento histórico, concretan las exigências de la dignidad, la libertad y la igualdad humanas, las cuales deben ser reconocidas positivamente por los ordenamientos jurídicos nacional e internacional*".[15]

Ingo Wolfgang Sarlet apresenta os direitos fundamentais como:

---

[13] Por isso que não realizamos essa apresentação terminológica nas páginas anteriores, e inclusive, a empregamos no decorrer do estudo de maneira alheatória.

> Todas aquelas posições jurídicas concernentes às pessoas, que, do ponto de vista do direito constitucional positivo, foram, por seu conteúdo e importância (fundamentalidade em sentido material), integradas ao texto da Constituição e, portanto, retiradas da esfera de disponibilidade dos poderes constituídos (fundamentalidade formal), bem como as que, por seu conteúdo e significado, possam lhes ser equiparados, agregando-se à Constituição material, tendo ou não, assento na Constituição formal (aqui considerada a abertura material do Catálogo).[16]

O que podemos extrair desses conceitos é que os direitos fundamentais representam a dimensão substancial da Constituição, o núcleo refletor da sua identidade e estrutura, a matriz fundamental, independentemente de estarem no catálogo constitucional ou não, isto é, seja quando encontradas na própria Constituição, ou quando dispersos no Sistema Constitucional, de maneira expressa ou implícita, auxiliando, nesse sentido, na construção do bloco de constitucionalidade.[17]

Entretanto, a dificuldade é demonstrar em que lugar na Constituição de 1988 esses direitos fundamentais estão dispostos. De outra maneira, seria dizer como identificar no texto constitucional os direitos que reúnem as qualidades de fundamentalidade no sistema constitucional. Um interprete apressado pode achar um pouco infrutífero o questionamento,

---

[14] Robert Alexy. *Teoria de los Derechos Fundamentales*. 2002. p. 432.
[15] Antonio Enrique Péres Luño. *Op. cit.* p. 50.
[16] Ingo Wolfgang Sarlet.. *Op. cit.* 7ªed. 2007. p. 91.
[17] Podemos lecionar, diante desse conceito, que os direitos fundamentais possuem duas espécies: direitos materialmente fundamentais, seria aqueles que apesar de apresentarem como direitos fundamentais não encontram assento na Constituição; e os direitos formal e materialmente constitucionais, aqueles previsto na Constituição formal. Posição semelhante é apresentada por Jorge Miranda. *Manual de Direito Constitucional*. vol. IV. 2ª ed. 1993. p. 9; Ingo Wolfgang Sarlet. *Op. cit.* 7ª ed. 2007. p. 95; Em sentido contrário, Vieira de Andrade leciona pela existência de direitos apenas formalmente fundamentais, que seriam aqueles previsto na Constituição, mas que por sua substância não se enquadram no conceito material de direitos fundamentais. (José

uma vez que a Constituição traça os “Princípios Fundamentais” (Título I), e os “Direitos e Garantias Fundamentais” (Título II). Contudo, é necessário lembrar ao interprete que o reconhecimento dos direitos fundamentais pode provocar conseqüências severas, como a sua aplicabilidade imediata, ou mesmo, a limitação material de reforma constitucional. Em face desses apontamentos é que se torna nebulosa a atividade de localizá-los.

De qualquer maneira alguns autores já se arriscaram em apresentar os seus pensamentos, como Maria Garcia e Ingo Wolfgang Sarlet.

Maria Garcia leciona que os direitos fundamentais são todos aqueles que de alguma forma encontram fundamento ou relação com os direitos prescritos no *caput* do art. 5º, da Constituição Federal[18]. Assim, fundamentais seriam os direitos que apresentam qualquer vínculo com a vida, liberdade, igualdade, segurança e a propriedade.

Diferentemente, Ingo Wolfgang Sarlet propõe que os direitos fundamentais seriam todos os que se encontram umbilicalmente vinculados aos “Princípios Fundamentais”, consagrados no título I, da Constituição Federal. O autor, como forma de demonstrar a aplicabilidade de sua proposta, aborda o princípio da dignidade da pessoa humana procurando relacioná-lo aos demais enunciados constitucionais para identificar os direitos materialmente fundamentais. De acordo com o autor:

Carlos Vieira de Andrade. *Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*. 1987. p. 78).

> **O fato é que tanto os direitos integrantes do catálogo, quanto os que lhe são estranhos (escritos, ou não) guardam alguma relação** – ainda que diversa no que tange ao seu conteúdo e intensidade – **com os princípios fundamentais de nossa Carta Magna**. Neste contexto, basta apontar para alguns exemplos para verificarmos esta estreita vinculação entre os direitos e os princípios fundamentais. Assim, não há como negar que os direitos à vida, bem como os direitos de liberdade e de igualdade correspondem diretamente às exigências mais elementares da dignidade da pessoa humana. (...) Mediante tal expediente, o Constituinte deixou transparecer de forma clara e inequívoca a sua intenção de outorgar aos princípios fundamentais a qualidade de normas embasadoras e informativas de toda a ordem constitucional, inclusive dos direitos fundamentais, que também integram aquilo que se pode denominar de núcleo essencial da Constituição material [19]. (grifo nosso)

Sem qualquer pretensão de estabelecer uma proposta de localização dos direitos fundamentais no campo constitucional de 1988, até mesmo por que esse não é o objetivo deste trabalho, apenas podemos aduzir que os direitos fundamentais são construídos diante do sistema constitucional, compondo, inclusive, o seu próprio sistema de direitos fundamentais, auxiliando no catálogo do bloco de constitucionalidade. Mas, a sua materialização está vertida em duas formas, os expressamente positivados, e os não expressamente positivados.

Com uma categoria expressa, os direitos fundamentais seriam todos aqueles expressamente previstos na Constituição Federal, bem como aqueles sediados em tratados internacionais. De outro lado, como direitos fundamentais não expressamente positivados, teríamos os direitos

---

[18] Aula proferida no dia 24 de maio de 2007, no programa de pós-graduação *strito sensu* da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo – PUC/SP, em Direito do Estado, na sub-área de Direito Constitucional, no crédito de Direito Constitucional II.
[19] Ingo Wolfgang Sarlet.. *Op. cit.* 7ª ed. 2007. p. 110; 113.

fundamentais implícitos que são extraídos dos próprios direitos fundamentais, como também aqueles direitos decorrentes do regime e dos princípios adotados pela Constituição.[20]

Por fim, é necessário aprofundarmos nos tratados internacionais para que torne possível justificar a sua inserção no bloco de constitucionalidade, bem como a revelação da sua adoção pela natureza jurídica constitucional.

4.3. TRATADOS INTERNACIONAIS NA ORDEM JURÍDICA BRASILEIRA

A sistemática constitucional brasileira prima por demonstrar a sua identidade ao evidenciar, logo nos primeiros dispositivos da Constituição da República Federativa do Brasil, uma preocupação com determinados segmentos e institutos jurídicos, como é o caso das relações internacionais.

A relação internacional está compreendida dentre as matérias essenciais da ordem jurídica brasileira. Essa afirmação faz-se possível em razão da Constituição prescrever, dentro do título I, “Dos Princípios Fundamentais”, aqueles princípios vigentes na relação internacional.

---

[20] Posição semelhante: Ingo Wolfgang Sarlet. *Op. cit* . 7ª ed. 2007. p. 102; Diversamente, José Afonso da Silva distingue em três grupos os direitos fundamentais: I - direitos individuais expresso (aqueles explicitamente enunciados nos incisos do art. 5º); II – direitos individuais implícito (aqueles que estão subentendidos nas regras de garantias); III – direitos individuais decorrentes (aqueles que não são nem explícita nem implicitamente enumerados, mas provêm ou podem vir a provir do regime adotado). (José Afonso da Silva. *Op. cit*. 21ª ed. 2002. p. 193).

Não obstante, a Constituição revelou-se incisiva ao estabelecer no art. 5º, § 2º, a reiteração da figura ímpar dos tratados internacionais de direitos humanos, consagrando-os como uma extensão dos direitos e garantias fundamentais relacionados na Constituição de 1988, prescrevendo que “os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte”.

Isso possibilita constatar que os tratados internacionais de direitos humanos são fontes criadoras de direitos e garantias fundamentais, instituto este que materializa o suporte da Constituição Federal. E mais, no exercício do poder reformador, a Emenda Constitucional nº 45 de 2004 acrescentou o § 3º, ao art. 5º, impondo a todos, de maneira expressa, a observância da natureza constitucional dos tratados internacionais sobre direito humanos, quando atendido o procedimento formal exigido.

Note-se que os tratados internacionais servem de instrumento para veicular os direitos e garantias fundamentais, o que exige por admiti-los como mecanismo de ampliação do campo constitucional, figura necessária para a admissão do bloco de constitucionalidade.

4.3.1. A natureza constitucional dos tratados internacionais de direitos humanos fundamentado no conteúdo material que veiculam

A Constituição Federal dispõe no art. 5º, § 2º, o caráter extensivo dos direitos e garantias fundamentais ao conceder aos tratados internacionais o *status* de fonte legitimadora desses direitos constitucionalmente protegidos. Assim, a Constituição está a exercer uma ampliação do catálogo de direitos e garantias fundamentais.

Ao revelar esse desiderato, atribuindo aos tratados internacionais uma natureza de fonte dos direitos fundamentais, a Constituição passa a consagrar aos tratados internacionais de direitos humanos uma qualidade de norma constitucional. Vale dizer, a Constituição estabelece que aos direitos fundamentais enunciados em tratados internacionais dos quais o Brasil é parte possuem natureza de norma constitucional[21], isto por que, os direitos fundamentais possuem uma materialidade constitucional pela própria maneira de existir enquanto um direito fundamental.

[21] Importante registrar que apesar do reconhecimento da natureza constitucional dos tratados internacionais de direitos humanos, advogamos que os tratados internacionais tradicionais, ou seja, não veiculadores de direitos humanos, apresentam força hierárquica infraconstitucional, mas supralegal. Essa conclusão é extraída do art. 102, III, b, da Constituição Federal, coadunando, inclusive com o art. 27 da Convenção de Viena, que não permite aos Estados invocar disposição de seu direito interno como justificativa para o não-cumprimento do tratado. Ademais, o Código Tributário Nacional, no art. 98, também prescreve nesse sentido: "os tratados e convenções internacionais revogam ou modificam a legislação tributária e serão observados pela que lhe sobrevenha". Este, porém, não é o posicionamento prevalecente na ordem jurídica brasileira. Na verdade, são quatro as correntes de pensamento existentes, com predominância para a terceira corrente. A primeira corrente reconhece a natureza supraconstitucional dos tratados e convenções em matéria de direitos humanos, liderada por Celso Duvivier de Albuquerque Mello. A segunda corrente atribui o caráter constitucional a esses diplomas internacionais de direitos humanos, defendida por Antônio Augusto Cançado Trindade e Flávia Piovesan. A terceira corrente reconhece o *status* de lei ordinária a esse tipo de documento internacional, conforme RE n. 80004/SE, Rel. Min. Xavier de Albuquerque, DJ 29/12/1977. E, por fim, a quarta corrente consagra o caráter supralegal aos tratados e convenções sobre direitos humanos, posição exposta por Gilmar Mendes no RE n. 466343.

Em outras palavras, os direitos fundamentais constantes dos tratados internacionais integram o catálogo de direitos materialmente constitucionais, o que justifica estender a esses direitos veiculados através dos tratados internacionais o regime constitucional conferido aos demais direitos fundamentais.[22]

Essa idéia é fomentada através da sistemática empregada pela Constituição, ou seja, primeiramente ela prescreve os direitos e garantias constitucionalmente fundamentais para, em seguida, estender a mesma natureza desses direitos constitucionais àqueles veiculados por meio dos tratados internacionais.

Com isso, a Constituição está tornando notória a dimensão material das normas constitucionais que esses direitos fundamentais possuem. Imprime um parâmetro material de reconhecimento das normas constitucionais.

Flávia Piovesan, defensora da natureza constitucional dos tratados internacionais de direitos humanos, advoga que:

> Os direitos enunciados nos tratados de direitos humanos de que o Brasil é parte integram, portanto, o elenco dos direitos constitucionalmente consagrados. Essa conclusão advém ainda de interpretação sistemática e teleológica do Texto, especialmente em face da força expansiva dos valores da dignidade humana e dos direitos fundamentais, como parâmetros axiológicos a orientar a compreensão do fenômeno constitucional.[23]

---

[22] Flávia Piovesan. *Op. cit*. 7ª ed. 2006. p. 58.
[23] *Id. Ibid*. p. 52.

Dessa forma, a atividade interpretativa da Constituição deve pautar sempre em alicerces que priorize a força normativa da Constituição, proporcionando o alcance da sua ótima concretização, para que o conteúdo material que ela comporta, assuma a máxima eficácia. Konrad Hesse, demonstrando a importância da atividade interpretativa na realização da vontade constitucional, defende que:

> A interpretação tem significado decisivo para a consolidação e preservação da força normativa da Constituição. A interpretação constitucional está submetida ao princípio da ótima concretização da norma. (...) A dinâmica existente na interpretação construtiva constitui condição fundamental da força normativa da Constituição e, por conseguinte, de sua estabilidade. Caso ela venha a faltar, tornar-se-á inevitável, cedo ou tarde, a ruptura da situação jurídica vigente.[24]

Flávia Piovesan arremata dizendo que "está-se assim a conferir máxima eficácia aos princípios constitucionais, em especial ao art. 5º, § 2º, ao entender que os direitos constantes dos tratados internacionais passam a integrar o catálogo dos direitos constitucionalmente previstos".[25]

Atento a essa dimensão material que a Constituição adota e exige observância, Canotilho sustenta que "a legitimidade material da Constituição não se basta com um 'dar forma' ou 'constituir' de órgãos, exige uma fundamentação substantiva. (...) A fundamentação material é hoje essencialmente fornecida pelo catalogo de direitos fundamentais".[26] Em seqüência, Canotilho expondo a Constituição portuguesa afirma que:

---

[24] Konrad Hesse. *A Força Normativa da Constituição*. p. 22-23.
[25] Flávia Piovesan. *Op. cit.* p. 59.
[26] José Joaquim Gomes Canotilho. *Op. cit.* 6ª ed. 1993. p. 74.

> A Constituição admite (cfr. art. 16), porém, outros direitos fundamentais constante das leis e das regras aplicáveis de direito internacional. **Em virtude de as normas que os reconhecem e protegem não terem a forma constitucional, *estes direitos são chamados de direitos materialmente constitucionais***. Por outro lado, trata-se de uma 'norma fattispecie aberta', de forma a abranger, para além das positivações concretas, todas as possibilidades de direitos que se propõem no horizonte da ação humana. Daí que os autores se refiram também aqui ao princípio da não identificação ou da cláusula aberta. Problema é o de saber como distinguir, entre os direitos sem assento constitucional, aqueles com dignidade suficiente para serem considerados fundamentais. A orientação tendencial de princípios é a de considerar como direitos extraconstitucionais materialmente fundamentais os direitos equiparáveis pelo seu objeto e importância aos diversos tipos de direitos fundamentais. Nesse sentido, o âmbito normativo do art. 16/1 alarga-se ou abre-se a todos os direitos fundamentais e não, como já pretendeu, a uma categoria deles.[27] (grifo nosso)

A admissão de natureza material às normas constitucionais, importa em reconhecer a expansão do conteúdo constitucional, pois a Constituição não estaria apenas enrijecidas nas normas formalmente constitucionais, que são aquelas estampadas expressamente no texto constitucional, mas também naquelas dotada de caráter materialmente constitucional.

Os direitos e garantias fundamentais permitem com que as normas constitucionais sejam reconhecidas no sistema, em razão do conteúdo material que veiculam, estando estruturadas por meio dos tratados internacionais de direitos humanos, ou mesmo, através de princípios implícitos.

---

[27] *Id. Ibid.* p. 528.

Dessa forma, os tratados internacionais de direitos humanos auxiliam na construção do conteúdo constitucional por prescreverem pactos de direitos e garantias fundamentais.

Entretanto, a edição da Emenda Constitucional nº 45 de 2004 solucionou a polêmica doutrinária acerca da natureza jurídica dos tratados internacionais de proteção dos direitos humanos dispondo que “os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas à Constituição”.

Com esses enunciados a Constituição apenas ratificou o que parte da doutrina já defendia, isto é, a natureza constitucional dos tratados internacionais por apresentarem como veículos dos direitos e garantias fundamentais. Porém, uma observação deve ser posta. Após a Emenda Constitucional nº 45 os tratados internacionais passaram a ser identificados como materialmente constitucionais e aqueles materialmente e formalmente constitucionais. Por força do art. 5º, § 2º, da Constituição, todos os tratados internacionais de direitos humanos, independentemente do *quorum* de aprovação, são materialmente constitucionais. Já, aqueles aprovados com *quorum* qualificado, conforme dispõe o art. 5º, § 3º, adquirem a natureza também de formalmente constitucional, pois a materialidade constitucional está arraigada na sua própria natureza, propiciando a constitucionalização formal dos tratados internacionais sobre direitos humanos no âmbito interno.

Celso Lafer ressalta que:

> O novo parágrafo 3º do art. 5º pode ser considerado como uma norma interpretativa destinada a encerrar as controvérsias jurisprudenciais e doutrinárias suscitadas pelo parágrafo 2º do art. 5º. De acordo com a opinião doutrinária tradicional, uma lei interpretativa nada mais faz do que declarar o que pré-existe, ao clarificar a lei existente.[28]

Nesse contexto, deve-se ter em mente que as normas constitucionais podem ser identificadas por intermédio do seu parâmetro material, auxiliando, com isso, uma ampliação das normas constitucionais existentes no sistema jurídico, conseqüentemente para a criação do catálogo do bloco de constitucionalidade. Todavia, apesar dos benefícios que advém desse reconhecimento de normas apenas materialmente constitucionais, proporcionando de alguma maneira a proteção necessária aos indivíduos detentores desses direitos, é inegável algumas conseqüências que os juristas não podem olvidar. Isso é tema que pretendemos abordar no próximo capítulo.

[28] Celso Lafer. *A internacionalização dos direitos humanos*: constituição, racismo e relações internacionais. p. 16.

CAPÍTULO 5 – O BLOCO DE CONSTITUCIONALIDADE E O SISTEMA CONSTITUCIONAL BRASILEIRO

5.1. O RECONHECIMENTO DO BLOCO DE CONSTITUCIONALIDADE NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

Os processos de globalização, da constitucionalização do direito, em especial do direito internacional, bem como da internacionalização do direito constitucional têm propiciado por uma conjunção de esforços entre os países em busca da plena proteção dos direitos fundamentais. O sistema constitucional brasileiro prescreve em diversos artigos essa realidade, demonstrando que os direitos fundamentais significam o alicerce do arquétipo constitucional.

Estabelecendo os direitos fundamentais, o ordenamento constitucional brasileiro revela um conceito material das normas constitucionais, informado por elementos que registram a dignidade constitucional, como uma dimensão de reconhecimento das normas que veiculam essa vontade constitucional, ou melhor, essa essência constitucional.

O fundamento de validade, no Brasil, para a admissão desse cenário expansivo das normas constitucionais é o art. 5º, §2º e §3º, do Texto Constitucional. Esses dispositivos concedem de maneira expressa a permissão para identificar o bloco de constitucionalidade, o que a doutrina francesa construiu por meio da decisão do Conselho Constitucional Francês, de 16 de julho de 1971, sobre a liberdade de associação. Servindo de arrimo, essa decisão francesa permitiu a doutrina e jurisprudência cultivarem uma maior

proteção aos direitos fundamentais, reconhecendo o caráter constitucional não apenas às normas expressas no texto constitucional, mas também aquelas regras e princípios com valor materialmente constitucional.

Portanto, a essência constitucional, o núcleo identificador da sua identidade e estrutura, representa uma cláusula aberta de receptividade de normas que enunciam uma materialidade constitucionalidade, auxiliando na construção do sistema constitucional, assim também, no reconhecimento do bloco de constitucionalidade.

Nesse sentido, o art. 5º, § 2º, ao prescrever que "os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte", expande de maneira incalculável a dimensão dos direitos fundamentais, e conseqüentemente, das normas constitucionais.

A inserção do § 3º, ao art. 5º, na Constituição Federal, serviu por assentar dois questionamentos: a discussão acerca da natureza constitucional dos tratados internacionais sobre direitos humanos, bem como o caráter de materialidade constitucional que os direitos fundamentais imprimem.

Em razão disso, o sistema constitucional brasileiro está registrando a sua identidade, constatando que os direitos fundamentais podem ser revelados como expressos ou não expressos. Os direitos fundamentais expressos seriam aqueles previstos na Constituição Federal, e os sediados nos tratados internacionais de direitos humanos. Enquanto que os direitos fundamentais não expressos seriam os direitos fundamentais implícitos, extraídos dos próprios direitos fundamentais, como também os direitos decorrentes do regime e dos princípios adotados pela Constituição Federal.

Essa classificação dos direitos fundamentais, delimitando aqueles que se encontram expressos e não expressos, é o fator primordial para reconhecer a existência do bloco de constitucionalidade no cenário jurídico brasileiro, pois, ao afirmar que os direitos fundamentais podem ser extraídos dos direitos fundamentais implícitos, ou mesmo do regime e dos princípios adotados pela Constituição Federal, identificamos normas constitucionais fora do texto constitucional, conseqüentemente, estamos a alargar o paradigma das normas constitucionais.

Procurando esclarecer a alteração no conceito constitucional através do reconhecimento do bloco de constitucionalidade, Pedro Lenza assinala que:

> **O reconhecimento do bloco de constitucionalidade no ordenamento jurídico brasileiro importa em estender o conceito atribuído à Constituição, por meio do qual o parâmetro seria constituído não apenas pela Constituição escrita e posta, como pelas leis com valor constitucional formal** (emendas à Constituição e, nos termos do art. 5º, § 3º (EC 45/2004), os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros); **pelo conjunto de preceitos e princípios decorrentes da Constituição, inclusive implícitos (não-escritos) e**, **ainda**, ampliativamente, segundo alguns, **pelos princípios integrantes** daquilo que a doutrina vem a denominar como de **"ordem constitucional global"**.[1] (grifo nosso)

O âmbito de validade e eficácia das normas constitucionais são estendidas no momento em que a sua própria dimensão é alterada, constituindo um emaranhado de normas constitucionais, integrantes do sistema constitucional. Reitera-se, essa possibilidade é verificada pela materialidade que essas normas veiculam.

O bloco de constitucionalidade expande as disposições constitucionais abrindo espaço para o crescimento e fortalecimento dos direitos fundamentais. Assim, o

[1] Pedro Lenza. *Direito Constitucional esquematizado*. p. 155.

bloco de constitucionalidade pode ser entendido como um conjunto normativo dotado de materialidade constitucional que se encontra distante do texto constitucional.

Como forma de reforçar a existência de normas que exprimem uma essência constitucional, Jorge Miranda, ao enfocar a cláusula aberta do art. 16 da Constituição portuguesa, sedimenta:

> O n. 1 do art. 16 da Constituição aponta para o **sentido material de direitos fundamentais: estes não são apenas os que as normas formalmente constitucionais enunciem**; são ou podem ser também direitos provenientes de outras fontes, na perspectiva mais ampla da Constituição material. Não se depara, pois, no texto constitucional um elenco taxativo de direitos fundamentais. Pelo contrário, a enumeração é uma enumeração aberta, sempre pronta a ser preenchida ou completada através de outro direitos ou, quanto a cada direito, através de novas faculdades para além daquelas que se encontram definidas ou especificadas em cada momento. Daí poder-se apelidar o art. 16, n. 1, de cláusula aberta ou de não tipicidade de direitos fundamentais.[2] (grifo nosso).

Note-se que a Constituição portuguesa, assim, como a Constituição Brasileira prescrevem uma abertura na identificação dos direitos fundamentais, revelando algo vivo, inacabado, em permanente alteração, integrante do ordenamento jurídico, dotado de unidade hierárquico-normativa e de coerência lógica.

Canotilho, em análise ao art. 16 da Constituição portuguesa que dispõe sobre os direitos fundamentais, assevera que:

> O problema dos **direitos fundamentais** como parâmetro ou norma de referência a ter em conta no juízo da legitimidade constitucional não oferece grandes dificuldades numa Constituição como a portuguesa, consagradora de um amplo catálogo de direitos, abrangendo direitos, liberdades e garantias e direitos econômicos, sociais e culturais. **Todos eles são**, sem qualquer dúvida, **normas de referência obrigatória em qualquer controle da constitucionalidade de actos normativos**. **Os únicos problemas que se podem suscitar dizem respeito aos direitos fundamentais não formalmente constitucionais**, isto é, os direitos

[2] Jorge Miranda. *Manual de Direito Constitucional*. v. IV. 2ª ed. 1993. p. 153.

> constantes de lei ordinárias ou de convenção internacional (cfr. art. 16). **Todavia, ou estes direitos são ainda densificações possíveis e legítimas do âmbito normativo-constitucional de outras normas e**, conseqüentemente, direitos positivo-constitucionais plasmados, e nesta hipótese, **formam parte do bloco de constitucionalidade, ou são direitos autônomos não-reentrantes nos esquemas normativos-constitucionais**, e, nessa medida, **entrarão no bloco da legalidade, mas não no da constitucionalidade**.[3] (grifo nosso)

Diante disso, podemos asseverar que os direitos fundamentais são os elementos necessários para o reconhecimento do bloco de constitucionalidade em qualquer ordenamento jurídico. Como o direito brasileiro não esconde a expressa intenção de promover o encontro entre o princípio do Estado Democrático de Direito e dos direitos fundamentais, ao conjugar a cidadania e a dignidade da pessoa humana como fundamentos da República Federativa do Brasil, é possível dizer que o bloco de constitucionalidade faz-se presente no ordenamento pátrio.

Dessa forma, o sistema constitucional brasileiro reconhece o bloco de constitucionalidade, de maneira expressa, ao estabelecer no art. 5º, os §2º e §3º, na Constituição Federal. Mas não ignora, como comentado acima, a possibilidade de elementos implícitos cultivarem a expansão do seu conteúdo constitucional, seja por meio dos direitos fundamentais implícitos, ou pelos direitos decorrentes do regime e dos princípios adotados pela Constituição. Em face dos inúmeros registros de julgados pelo Supremo Tribunal Federal em que os princípios constitucionais servem de paradigma para o controle de constitucionalidade, entendemos necessário dispensar uma maior atenção a eles, uma vez que os direitos fundamentais foram explorados no capítulo anterior.

---

[3] José Joaquim Gomes Canotilho. *Op. cit.* 6ª ed. 1993. p. 982.

5.2. OS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS QUE FUNDAMENTAM A EXISTÊNCIA DO BLOCO DE CONSTITUCIONALIDADE

A possibilidade de fundamentar a existência do bloco de constitucionalidade, seja no direito brasileiro ou no direito comparado, não se restringe à verificação do conjunto de enunciados prescritivos expressos no ordenamento jurídico. A Constituição deixa uma margem de liberdade para o interprete fomentar a ampliação das normas constitucionais por meio dos princípios. Na verdade, a própria conceituação atribuída aos princípios permitem atingir tal constatação.

Como analisado no capítulo segundo, o conceito de princípio influi sobremaneira na construção do sistema constitucional, podendo ele refletir uma força de fundamentalidade dentro desse sistema, de modo a influenciar as demais normas, ou apenas materializar-se como uma espécie de norma jurídica.

Para alcançar um alicerce justificante do bloco de constitucionalidade, o estudioso do direito deverá atentar para os princípios como padrões elementares influenciadores do ordenamento jurídico. Vale dizer, observará os princípios como proposições jurídicas que materializam uma função diretora de todo o sistema jurídico.

Canotilho reforça a funcionalidade dos princípios para a criação do bloco de constitucionalidade, constatando que:

> O programa normativo-constitucional não pode se reduzir, de forma positivística, ao 'texto' da Constituição. Há que densificar, em profundidade, as normas e princípios da constituição, **alargando o 'bloco de constitucionalidade' a princípios não escritos**, mas ainda reconduzíveis ao programa normativo-constitucional, como forma de densificação ou revelação específica de princípios ou regras constitucionais positivamente plamadas".[4] (grifo nosso)

[4] *Id. Ibid.* p. 982.

Os dizeres de Canotilho confirmam a função que os princípios devem versar no sistema constitucional para que lhes sejam consagrados uma natureza de constitucionalidade, isto é, sua importância deve refletir a própria essência das normas constitucionais, como um elemento imprescindível para a sua composição.

Nas lições de Paulo Bonavides os princípios são o "espírito da Constituição" que constroem um perfil, um caráter individual a ela. O autor assevera que a Constituição é:

> Basicamente unidade, unidade que repousa sobre princípios: os princípios constitucionais. Esses não só exprimem determinados valores essenciais – valores políticos e ideológicos – senão que informam e perpassam toda a ordem constitucional, imprimindo assim ao sistema sua feição particular, identificável, inconfundível, sem qual a Constituição seria um corpo sem vida, de reconhecimento duvidoso, se não impossível.[5]

O que se pretende extrair dessa passagem é que os princípios exercem uma função peculiar à Constituição, demonstrando a sua verdadeira identidade e estrutura. Recorrendo a Canotilho, podemos sustentar que apesar dos princípios servirem como diferencial para a construção do sistema constitucional, alguns desses princípios podem materializar-se como elementos ímpares com relação à outros, assumindo assim, condição essencial e imprescindível, ainda que não identificados de maneira expressa nos enunciados constitucionais prescritivos.

Esses princípios identificadores da ordem constitucional, ainda que não positivados, influenciam, ordenam e conduzem o sistema jurídico, servindo, inclusive, de

[5] Paulo Bonavides. *Curso de Direito Constitucional*. 18ª ed. 2006. p. 130.

paradigma para o controle de constitucionalidade. Na visão de Canotilho, esses princípios são os princípios estruturantes.

O Supremo Tribunal Federal, reconhecendo a funcionalidade dos princípios constitucionais para com o sistema constitucional, utiliza-os como paradigma para a declaração de inconstitucionalidade, como se verifica na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 937-7, a qual discute a inconstitucionalidade da Emenda Constitucional nº 03 de 1993 e da Lei Complementar nº 77 de 1993. Na oportunidade, este Tribunal declarou a inconstitucionalidade da referida emenda no tocante à cobrança no mesmo ano do Imposto Provisório sobre Movimentação Financeira – IPMF, por prejudicar o princípio da anterioridade tributária.

Ingo Wolfgang Sarlet, analisando o julgado do Supremo Tribunal Federal, sedimenta que "reconheceu-se expressamente que o princípio da anterioridade consagrado no art. 150, inc. III, alínea b, da Constituição brasileira constitui, por força do art. 5º, parágrafo 2º, da Lei Maior, autêntico direito e garantia fundamental do cidadão-contribuinte, consagrando, assim, o princípio da abertura material do catálogo de direitos fundamentais da nossa Constituição".[6]

Em oportunidades diversas, o Supremo Tribunal Federal registrou o reconhecimento de outros princípios como constitucionais, como é o caso do princípio da proporcionalidade[7], o princípio da razoabilidade[8], o princípio da "reserva do impossível"[9], princípio da continuidade do Estado[10], princípio da confiança[11], princípio da força

[6] Ingo Wolfgang Sarlet. *Op. cit.* 7ª. 2007. p. 85.
[7] RE-AgR 365368/SC, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, publicado no DJ 29/06/07, p. 49.
[8] AI-AgR 625617/DF, Rel. Min. Celso de Mello, publicado no DJ 03/08/07.
[9] ADIn 2.240/BA, Rel. Min. Eros Graus, informativo nº 427/STF.
[10] ADIn 2.240/BA, Rel. Min. Eros Graus, informativo nº 427/STF.
[11] ADIn 2.240/BA, Rel. Min. Eros Graus, informativo nº 427/STF.

normativa dos fatos[12], princípio da situação excepcional consolidada[13], princípio da transparência[14], e outros[15].

Essas decisões demonstram que a Constituição é detentora de uma legitimidade material que permite o reconhecimento, automático ou através do Supremo Tribunal Federal, de normas jurídicas com caráter materialmente constitucionais, o que basta para a admissão do bloco de constitucionalidade no ordenamento jurídico brasileiro.

Portanto, entendendo os princípios como elementos fundamentais que exprimem legitimidade ao sistema constitucional, eles não poderiam figurar nesse sistema senão como um padrão de dimensão axiológica determinante das matérias constitucionais.

Em que pese o reconhecimento do bloco de constitucionalidade na sistemática constitucional brasileira, algumas conseqüências advêm dessa afirmação.

5.3. CONSEQÜÊNCIAS DO RECONHECIMENTO DO BLOCO DE CONSTITUCIONALIDADE

5.3.1. Ampliação do paradigma para controle de constitucionalidade

O reconhecimento do bloco de constitucionalidade em um dado ordenamento jurídico tem por conseqüência a ampliação do âmbito constitucional para

[12] ADIn 2.240/BA, Rel. Min. Eros Graus, informativo nº 427/STF.
[13] ADIn 2.240/BA, Rel. Min. Eros Graus, informativo nº 427/STF.
[14] ADC – MC 12/DF, Rel. Min. Carlos Britto, publicado no Diário da Justiça da União em 01 de setembro de 2006, voto do Min. Celso de Mello.
[15] Com relação ao Supremo Tribunal Federal apregoar pela inexistência de um minimalismo conceitual, conferir: RTJ 71/289, 292; RTJ 77/657.

identificar quais normas veiculam a materialidade constitucional. Vale dizer, o bloco de constitucionalidade representa uma força de impulsão na identificação das normas constitucionais, uma vez que estenderá o *status* de constitucionalidade a normas que não pertencem ao texto constitucional.

Por causa dessa realidade, o sistema constitucional brasileiro acaba por ampliar o paradigma para o controle de constitucionalidade, permitindo que o órgão competente não se atenha apenas ao documento constitucional, mas também a toda e qualquer norma constitucional. Isso por que, o controle de constitucionalidade enseja a necessidade do exame da compatibilidade vertical entre as normas constitucionais e as leis ou atos normativos questionados, necessitando, por isso, da identificação do parâmetro de confronto, que são as normas constitucionais.

Celso de Mello analisando o assunto pondera que "a definição do significado de bloco de constitucionalidade (...) reveste-se de fundamental importância no processo de fiscalização normativa abstrata, pois a exata qualificação conceitual dessa categoria jurídica projeta-se como fator determinante do caráter constitucional, ou não, dos atos estatais contestados em face da Carta Política".[16]

Assim, o sistema constitucional brasileiro poderá servir-se da Constituição de 1988, como paradigma para o controle de constitucionalidade, bem como dos direitos fundamentais sediados em tratados internacionais, além dos direitos fundamentais implícitos que são extraídos dos próprios direitos fundamentais, como também aqueles direitos decorrentes do regime e dos princípios adotados pela Constituição.

---

[16] Informativo nº 258 do Supremo Tribunal Federal, correspondente a ADIn 595 – ES, Rel. Min. Celso de Mello.

Dessa forma, o espectro de análise para o controle de constitucionalidade no sistema constitucional brasileiro sofreu uma expansão, de modo que o fundamento justificante para essa declaração pode ser variado, e não se vincular apenas ao texto constitucional de 1988.

5.3.2. Alteração na Classificação Constitucional

A doutrina brasileira comumente classifica a Constituição tendo como critério o conteúdo constitucional, em Constituição em sentido formal e Constituição em sentido material. O sentido material da Constituição será aquele texto que contiver as normas fundamentais e estruturais do Estado, a organização dos seus órgãos, os direitos e garantias fundamentais. O sentido formal da Constituição, por seu turno, será aquela Constituição que elege como critério o processo de sua formação e não o conteúdo de suas normas. Assim, para o sentido formal, qualquer norma contida na Constituição terá o caráter constitucional.

Em função dessa distinção, a doutrina em geral reconhecia a Constituição de 1988 como sendo uma constituição formal[17]. Todavia, com a inserção do § 3º, no art. 5º da Constituição Federal esse tema passou a ser refletido sob a perspectiva de que, como os tratados internacionais de direitos humanos são normas materialmente constitucionais, no momento em que atenderem as formalidades de aprovação, assumirão também a natureza de normas formalmente constitucionais, logo estariam a representar uma classificação "mista" quanto ao conteúdo.

---

[17] José Afonso da Silva. *Op. cit.* 21ª ed. 2002; Alexandre de Moraes. *Direito Constitucional*. 18ª ed.; Luiz Alberto David Araújo, Vidal Serrano Nunes Júnior. *Curso de Direito Constitucional*. 8ª ed.

É contemplando esse pensamento que Pedro Lenza defende:

> Cabe observar (...) que, com a introdução do art. 5º, § 3º, pela EC n. 45/04, passamos a ter uma espécie de **conceito misto** já que a nova regra só confere a natureza de emenda constitucional (*norma formalmente constitucional*) aos tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos (*matéria*), desde que observadas as formalidades de aprovação (*forma*).[18] (original grifado)

No que tange ao critério da sistemática[19], a Constituição pode ser identificada como reduzida ou variada. A Constituição reduzida é aquela que suas normas são sistematizada em um único texto, em apenas um código. Enquanto que, a Constituição variada revela-se como sendo aquela em que as suas normas estão espalhadas em diversos diplomas legais.

Antes da Emenda Constitucional nº 45, a maioria da doutrina sustentava que a Constituição de 1988 apresentava-se como reduzida, ou seja, suas normas encontram-se em um único texto. Todavia, a partir do §3º no art. 5º, a Constituição Federal apenas admite a sua classificação como variada, quanto ao critério da sistemática, isto é, suas normas ficam enunciadas em diversos diplomas.

5.3.3. Tratados internacionais de direitos humanos no direito interno

Como os tratados internacionais de direitos humanos veiculam normas constitucionais, vislumbra-se a necessidade de evidenciar algumas conseqüências que podem advir para o direito interno, como o seu processo de formação, a sua incorporação no direito interno, bem como a possibilidade de conflito entre os tratados internacionais de direitos humanos e a Constituição Federal.

A Constituição Federal prescreve no art. 84, VIII, como competência do Presidente da República “celebrar tratados, convenções e atos internacionais, sujeitos a

[18] Pedro Lenza. *Op. cit.* p. 62.

referendo do Congresso Nacional". Essa regra deve ser associada ao art. 49, I, da Constituição Federal, que prevê como sendo da competência exclusiva do Congresso Nacional resolver, definitivamente, sobre tratados, acordos ou atos internacionais que acarretem encargos ou compromissos gravosos ao patrimônio nacional. Essa competência do Congresso Nacional é exercida por meio de decreto legislativo, conforme art. 59, VI, da Constituição Federal.

Conforme se depreende dos dispositivos constitucionais, consagra-se uma colaboração entre o Poder Legislativo e o Poder Executivo na conclusão dos tratados internacionais, representando um verdadeiro ato complexo, através da conjunção de força entre os dois poderes. Na verdade, essa simbiose materializa o princípio dos freios e contrapesos, ao atribuir a competência de celebração dos tratados ao Presidente da República, para, posteriormente e internamente, o parlamentar decidir sobre a sua viabilidade, conveniência e oportunidade.

Cumprida a atividade do Congresso Nacional, por meio do decreto legislativo, resta apenas ao Poder Executivo ratificar o tratado internacional, seguido da troca ou do depósito do instrumento de ratificação.[20]

---

[19] Critério defendido por: Pinto Ferreira. *Curso de Direito Constitucional*. 1999.

[20] Importante acrescentar que, no histórico das constituições brasileiras anteriores, a conjugação de vontades entre Executivo e Legislativo sempre se fez necessária para a conclusão dos tratados internacionais. Flávia Piovesan apresenta uma importante critica a esse procedimento de formação dos tratados internacionais incorporado pelo Brasil. A sistemática brasileira é falha e lacunosa, "não prevê, por exemplo, prazo para que o Presidente da República encaminhe ao Congresso Nacional o tratado por ele assinado. Não há ainda previsão de prazo para que o Congresso Nacional aprecie o tratado assinado, tampouco previsão de prazo para que o Presidente da República ratifique o tratado, se aprovado pelo Congresso Nacional. (...) A respeito, cabe mencionar o emblemático caso da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados, assinada pelo Estado brasileiro em 1969 e encaminhada a apreciação do Congresso Nacional apenas em 1992, estando ainda pendente na apreciação parlamentar". (Flávia Piovesan. *Op. cit.* 7ª ed. 2006. p. 50).

Dessa forma, é possível lecionar que o processo de formação dos tratados internacionais é composto por três fases: a assinatura, realizada pelo Poder Executivo; a apreciação e aprovação, materializada pelo Poder Legislativo; e, por fim, a ratificação do Poder Executivo.

Isso, porém, não significa, para parte da doutrina brasileira, que o tratado internacional estará apto a produzir os seus efeitos jurídicos no cenário interno. Duas são as correntes de pensamentos que conduzem a incorporação dos tratados internacionais de direitos humanos: a primeira, denominada como a incorporação não automática, ou legislativa; e a segunda como, incorporação automática.

Na primeira corrente, incorporação não automática, os tratados internacionais ratificados não são incorporados imediatamente no plano interno, dependem de legislação que os regule, ou seja, o Estado recusa a vigência imediata do direito internacional na ordem interna, sob a alegação de necessária legislação que o implemente. Assim, para que o conteúdo de uma norma internacional vigore na ordem interna, faz-se imprescindível a sua transformação por uma fonte interna. Por isso, nesse sistema de incorporação legislativa, o direito internacional e o direito interno são duas ordens jurídicas distintas.

Ao contrário, na segunda corrente, denominada de incorporação automática, o Estado reconhece a vigência da norma internacional no direito interno independentemente de qualquer norma regulamentadora. Com apenas o ato de ratificação do tratado internacional, este passa a vigorar imediatamente tanto na ordem internacional como na ordem interna.

Na ótica jurídica brasileira, em função do art. 5º, § 1º, da Constituição Federal, determinar a aplicabilidade imediata dos direitos e garantias fundamentais, e sendo os tratados internacionais de direitos humanos veiculadores de direitos e garantias fundamentais, apenas permite, em nossa visão, concluirmos que esses tratados internacionais também possuem aplicabilidade imediata.

Diferentemente, é o caso dos demais tratados internacionais que não abordem direitos e garantias fundamentais, pois para esses não existe aplicação do art. 5º, § 1º, da Constituição Federal, uma vez que este enunciado é enfático em restringir a sua aplicação apenas para os direitos e garantias fundamentais. Portanto, para esses tratados internacionais que abordem conteúdo outro, que não de direito fundamental, vigora a incorporação legislativa, ou não automática.

Antônio Augusto Cançado Trindade posiciona-se afirmando que:

> Se para os tratados internacionais em geral, se tem exigido a intermediação pelo Poder Legislativo de ato com força de lei de modo a outorgar as suas disposições, vigência ou obrigatoriedade no plano do ordenamento jurídico interno, distintamente no caso dos tratados de proteção internacional dos direitos humanos em que o Brasil é parte, os direitos fundamentais neles garantidos, consoante os arts. 5º (2) e 5º (1) da Constituição brasileira de 1988, passam a integrar o elenco dos direitos constitucionalmente consagrados e direta e imediatamente exigíveis no plano do ordenamento jurídico interno.[21]

Flávia Piovesan, pregando pela existência de um sistema misto de incorporação dos tratados internacionais, afirma que:

> O direito brasileiro faz opção por um sistema misto; no qual, os tratados internacionais de proteção dos direitos humanos – por força do art. 5º, § 1º -, aplica-se a sistemática de incorporação automática, enquanto aos demais tratados internacionais se aplica a sistemática de incorporação

[21] Antônio Augusto Cançado Trindade. A interação entre o direito internacional e o direito interno na proteção dos direitos humanos. 1993. p. 30-31.

> legislativa na medida em que se tem exigido a intermediação de um ato normativo para tornar o tratado obrigatório na ordem interna. (...) O §3º do art. 5º tão-somente veio a fortalecer o entendimento em prol da incorporação automática dos tratados de direitos humanos.[22]

Apesar do nosso posicionamento admitir um sistema misto de incorporação dos tratados internacionais, é importante registrar que a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal tem exigido a expedição do decreto como forma de garantir o princípio da publicidade e conferir executoriedade ao tratado ratificado.[23]

O ponto crucial de maior conseqüência em relação aos tratados internacionais para com o bloco de constitucionalidade é o impacto jurídico dessa incorporação. Vale dizer, com a incorporação do tratado internacional de direitos humanos, por versarem normas constitucionais, estas podem contrariar preceito na ordem interna, e mais, podem conflitar com a própria Constituição.

Existindo conflito entre os tratados internacionais de direitos humanos e a Constituição Federal, o caminho de maior eficácia é proteger a dignidade da pessoa humana, principalmente em face de que este é um dos fundamentos elencados pela República Federativa do Brasil, ou seja, aplicar o princípio da norma mais favorável à vitima.[24]

Compartilhando desse raciocínio, Flávia Piovesan sedimenta que "os direitos internacionais constantes dos tratados de direitos humanos apenas vêm a aprimorar

---

[22] Flávia Piovesan. *Op. cit.* 7ª ed. 2006. p. 86-87.
[23] ADIn 1480 – DF, rel. Min. Celso de Mello. Informativo STF. nº 109, DJU 13 de maio de 1998.
[24] Antônio Augusto Cançado Trindade afirma que "neste campo de proteção, não se trata de primazia do direito internacional ou do direito interno, aqui em constante interação: a primazia é, no presente domínio, da norma que melhor projeta, em cada caso, os direitos consagrados da pessoa humana, seja ela uma norma de direito internacional ou de direito interno". (Antônio Augusto Cançado Trindade. *A proteção dos direitos*

e fortalecer, nunca a restringir ou debilitar, o grau de proteção dos direitos consagrados no plano normativo constitucional".[25] Ainda, a autora arremata sustentando que "na hipótese de eventual conflito entre o Direito Internacional dos Direitos Humanos e o direito interno, adota-se o critério da prevalência da norma mais favorável à vítima".[26]

Ademais, procurando finalizar este tópico podemos lecionar que em caso de retirada do tratado internacional de direitos humanos do sistema constitucional brasileiro, dois devem ser as modalidades de tratados reconhecidos: aqueles materialmente constitucionais, bem como aqueles materiais e formalmente constitucionais.

Todo e qualquer tratado de direitos humanos é materialmente constitucional, por força do § 2º, art. 5º, da Constituição Federal. Entretanto, com o advento do § 3º, no art. 5º, da Constituição, os tratados internacionais de direitos humanos que observarem a formalidade procedimental podem assumir também uma natureza formalmente constitucional.

Com isso, uma diversidade de regime jurídico no que concerne à renúncia dos tratados internacionais de direitos humanos passou a prevalecer, devendo, portanto, admitir apenas a retirada de um Estado de determinado tratado internacional de direitos humanos, pelo Poder Executivo, quando este se caracterizar como materialmente constitucional[27]. Em contrapartida, sendo um tratado de direitos humanos, material e

---

humano nos planos nacional e internacional: perspectivas brasileiras. 1992. p. 317-318).

[25] Flávia Piovesan. *Op. cit*. 7ª ed. 2006. p. 99.

[26] *Id. Ibid*. p. 99-100.

[27] Importante acrescentar que, apesar de acolhermos a tese da impossibilidade de denúncia dos tratados internacionais de direitos humanos, material e formalmente constitucional, por força do art. 60, § 4º, da Constituição Federal, não ignoramos a possibilidade da sua declaração de inconstitucionalidade pelo Supremo Tribunal Federal e, consequentemente, a vinculação dessa decisão aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal, conforme art. 102, § 2º, do mesmo diploma normativo. Em sendo assim, a

formalmente constitucional, este não poderá ser denunciado em face do art. 60, § 4º, da Constituição Federal, consagrar pela existência de uma limitação material para reforma constitucional, ou seja, reconhecê-lo como "cláusula pétrea".[28]

Ao contrário, Pedro Lenza sintetiza que a diferença existente entre os tratados internacionais de direitos humanos que atenderem um procedimento formal e aqueles que não seguirem aludida formalidade, encontra-se:

> Enquanto aqueles que seguiram um procedimento mais solene dependem de prévia autorização do Congresso Nacional, também em dois turnos, por 3/5 dos votos dos respectivos membros, em cada uma de suas Casas, os outros (nos mesmos termos daqueles que não tratam sobre direitos humanos) poderão ser denunciados normalmente pelo Executivo, sem a prévia autorização do Congresso Nacional.[29]

Vale dizer, para o presente autor, diferentemente do posicionamento adotado neste estudo, o procedimento de denúncia dos tratados internacionais de direitos humanos, dependerá se está a enquadrar como tratados internacionais de direitos humanos materialmente constitucionais ou tratados internacionais de direitos humanos material e formalmente constitucionais. Sendo este, a denúncia dependerá de prévia autorização do

---

declaração de inconstitucionalidade vinculará os respectivos Poderes acima comentados, o que ocasionará o necessário descumprimento do tratado internacional, mas isso não implica na sua denúncia, exigindo para tanto um ato do chefe do Poder Executivo para efetivar essa natureza jurídica. Nesse sentido, o descumprimento do tratado internacional sujeitará as penas previstas, mas jamais estará a retirá-lo do ordenamento jurídico interno, exigindo para tanto, a manifestação do chefe do Poder Executivo.

[28] Flávia Piovesan, pioneira com relação a essa sistemática de retirada dos Estados dos tratados internacionais de direitos humanos, assevera que "enquanto os tratados materialmente constitucionais podem ser suscetíveis de denúncia, os tratados material e formalmente constitucionais, por sua vez, não podem ser denunciados. Ao admitir a natureza constitucional de todos os tratados de direitos humanos, há de ressaltar que os direitos constantes nos tratados internacionais, como os demais direitos e garantias individuais consagrados pela Constituição, constituem cláusula pétrea e não podem ser abolidos por meio de emenda à Constituição, nos termos do art. 60, § 4º, da Constituição. Atente-se que as cláusulas pétreas resguardam o núcleo material da Constituição, que compõe os valores fundamentais da ordem constitucional. Os direitos enunciados em tratados internacionais em que o Brasil seja parte ficam resguardados pela cláusula pétrea 'direitos e garantias individuais', prevista no art. 60, § 4º, IV, da Carta". (Flávia Piovesan. *Reforma do Judiciário e Direitos Humanos*. 2005. p. 73).

Congresso Nacional, nos termos procedimentais da emenda constitucional. Já aquele poderá ser denunciado pelo Executivo, sem prévia autorização do Congresso Nacional.

5.3.4. Compatibilização do conflito entre normas constitucionais

A imprescindibilidade em abordar este tópico está jungida ao próprio conceito de bloco de constitucionalidade, entendido este como um conjunto de regras e princípios constitucionais que ordenam um dado sistema normativo. Essa definição pode, talvez não expor de maneira evidente a celeuma que comporta, mas a sua demonstração é necessária pelas conseqüências que carregam.

Como o bloco de constitucionalidade é formado por regras e princípios constitucionais, independentemente de estarem expressos ou implícitos, em um único documento legislativo ou em vários, o fato é que essas regras e princípios podem prescrever enunciados contraditórios entre si, que causem um choque de conteúdo, uma incompatibilidade material. Isto é o que se pretende desenvolver neste momento, isto é, a solução do conflito de interesse entre regras e princípios do mesmo nível, enquanto normas constitucionais.

Antes, de desenvolver o tema, é conveniente ponderar alguns conceitos. O primeiro deles é o termo antinomia. Antinomia jurídica é a oposição entre duas normas contraditórias, sem desvendar qual delas deve ser aplicada ao caso apresentado. Essa antinomia jurídica poderá ser, quanto ao critério de solução, reais ou aparentes. Antinomia aparente é aquela em que os critérios de solução do conflito encontra-se no ordenamento jurídico, enquanto que a antinomia real, exige a edição de outras normas para solucionar o

---

[29] Pedro Lenza. *Op. cit.* p. 431.

conflito. Os critérios verificados dentro do ordenamento para solução de antinomias são o hierárquico, lei superior derroga lei inferior; o cronológico, lei posterior derroga lei anterior; e o da especialidade, lei especial derroga lei geral.[30]

Para que haja incompatibilidades entre duas normas será preciso algumas características como, ambas as normas serem jurídicas; vigentes e pertencentes a um mesmo ordenamento; devem emanar de autoridades competentes num mesmo âmbito normativo, prescrevendo ordens ao mesmo sujeito; devem ter operadores opostos e os seus conteúdos devem ser a negação interna um do outro; o sujeito, a quem se dirigem as normas conflitantes deve ficar numa posição insustentável.[31]

No capítulo segundo intentou-se aprofundar, na medida do necessário, na definição entre regras e princípios, sendo esta uma bipolaridade de norma. Ficou assente que em face da corrente de pensamento adotada as conclusões conduziriam a caminhos distintos, e essa afirmação é de extrema relevância para abordagem do presente tópico.

No que concerne à antinomia de normas do mesmo *status*, ou seja, entre regras e regras, ou então, princípios e princípios, a doutrina já procurou solucionar essa demanda, consoante posicionamento de Ronald Dworkin e Robert Alexy, ou por argumentos diversos, pela doutrina de José Joaquim Gomes Canotilho, Paulo Bonavides ou Celso Antonio Bandeira de Mello, detida em páginas anteriores.

Mas o que interessa neste instante é a antinomia entre regras e princípios constitucionais, repita-se, pelo mesmo nível hierárquico, apesar de que determinados conceitos de princípios ao menos permitem realizar essa indagação, pois estes seriam superiores em qualquer ocasião, dada a sua fundamentalidade.

---

[30] Maria Helena Diniz. *Conflito de Normas*. p. 25-40.

De qualquer maneira, utilizando como alicerce a discussão engendrada no capítulo segundo, atentaremos apenas para os conceitos de princípios levantados pela doutrina, uma vez que é esse o fator "problemático" para solucionar a questão posta.

Robert Alexy procurando inovar e aprimorar a teoria de Dworkin, apresenta os princípios como "mandamentos de otimização" e as regras como "determinações". Para esse autor, os princípios estariam relacionados a possibilidade de seu cumprimento em diferentes graus, mas esse cumprimento dependeria das possibilidades reais ou fáticas, e também das possibilidades jurídicas. Dependeriam das possibilidades reais, porque o conteúdo dos princípios como normas de condutas só pode ser determinado quando diante dos fatos; e as possibilidades jurídicas, porque a aplicação dos princípios *depende dos princípios e regras que a eles se contrapõem*. Já as regras vinculam ao seu cumprimento estrito ou não, sendo, portanto, válida quando realiza o que ela exige, nem mais nem menos.[32]

Consubstanciado nesse conceito de princípios, exarado por Alexy, é possível extrair que havendo choque entre princípios e regras constitucionais, o que prevalecerá são as regras, dada a necessidade, no momento da aplicação dos princípios, da verificação das possibilidades fáticas e jurídicas existentes. Observe-se que apenas será possível essa conclusão no caso concreto e desde que exista regra em sentido contrário aos princípios.

Em outras palavras, de acordo com Alexy, os princípios são normas que exigem que algo seja realizado na maior medida possível diante das *possibilidades fáticas e jurídicas*. Logo, no instante da aplicação de um princípio este ficará restrito a verificação das *possibilidades fáticas e jurídicas favoráveis*, pois, caso contrário, não será permitido

---

[31] *Id. Ibid*. p. 21-24.

aplicá-lo. Como as regras são normas, e em determinada situação pode estar em choque com os princípios, estes deverão atendê-las, portanto, não sendo aplicado e prevalecendo as regras.

Humberto Ávila, apesar de apregoar como subsistente apenas uma diferença de grau entre regras e princípios leciona como sendo os princípios as "normas imediatamente finalísticas, primariamente prospectivas e com pretensão de complementaridade e de parcialidade, para cuja aplicação se demanda uma avaliação de correlação entre o estado de coisas a ser promovido e os efeitos decorrentes da conduta havida como necessária à sua promoção".[33]

Em outra passagem de seu texto o autor, sem desviar da dificuldade real em solucionar a discussão, categoricamente afirma "se houver um conflito real entre um princípio e uma regra de mesmo nível hierárquico, deverá prevalecer a regra e, não, o princípio, dada a função decisiva que qualifica a primeira".[34]

O raciocínio desenvolvido pelo autor parte da premissa de que as regras exercem uma "função definidora de concretização" em relação as normas mais amplas, ou seja, com relação aos princípios, na medida em que delimitam o comportamento que deverá ser adotado para concretizar as finalidades estabelecidas pelos princípios.

Por isso, a conclusão fixa em sustentar que "descumprir uma regra é mais grave do que descumprir um princípio. No caso das regras, o grau de pretensão de decidibilidade é muito maior do que aquele presente no caso dos princípios, tendo em vista

---

[32] Robert Alexy. *Op. cit.* p. 86 e segs.
[33] Humberto Ávila. *Op. cit.* 2005. p. 70.
[34] *Id. Ibid.* p. 83.

ser a regra uma espécie de proposta de solução para um conflito de interesse conhecido ou antecipável pelo Poder Legislativo".[35]

Apesar do presente autor reconhecer, como verificado no capítulo segundo, como sendo a única diferença constatável entre regras e princípios o *grau de abstração anterior à interpretação*, dos princípios sobre as regras, isso não significa lecionar pela superioridade ou fundamentalidade daquela sobre esta, mas apenas uma abstração quanto situações específicas. Portanto, a afirmação de diferença quanto ao grau de abstração não impede sustentar pela prevalência das regras sobre os princípios constitucionais, em caso de antinomia entre ambos.

Dessa forma, a abstração para Ávila está significando que os princípios não se vinculam abstratamente a uma situação específica (p. ex. princípio democrático, Estado de Direito); enquanto que no caso das regras, as conseqüências são de pronto verificáveis, ainda que devam ser concretizadas por meio do processo de aplicação.[36]

Toda essa construção doutrinária de Humberto Ávila pode, inclusive, ser inferida do seu esforço concentrado em apresentar a "argumentação jurídica" como fator influenciador na tomada de decisão, vertida através da ponderação entre as normas jurídicas. Na visão do autor, a atividade interpretativa possibilita uma análise pela "argumentação institucional" ou pela "argumentação não-institucional". A argumentação institucional seria aquela materializada apenas sobre argumentos positivados juridicamente. Enquanto que, a argumentação não-institucional volta-se para argumentos

---

[35] *Id. Ibid.*. p. 84.
[36] Humberto Ávila. *Op. cit.* 1999. p. 161-162; Com relação ao conceito de princípio e regras adotado pelo autor conferir, p. 167; ou então: Humberto Ávila. *Teoria dos princípios*. 2005. p. 70.

de natureza prática, que dependem de um julgamento realizado pelo interprete amparado sob o ponto de vista econômico, político, ético ou social.

Vale dizer, a argumentação não-institucional desenvolve-se por meio de um debate subjetivo e individual, alheio ao ordenamento jurídico positivo. De acordo com autor, é afirmar que:

> É precisamente o ordenamento jurídico que permite uma argumentação intersubjetivamente controlável. **Os argumentos não institucionais**, ao invés de permitirem um debate objetivamente concebível, **apóiam-se exclusivamente em opiniões subjetivas e individuais**, contrapondo-se, portanto, às exigências de racionalidade e de determinabilidade da argumentação, ínsitas ao Estado Democrático de Direito.[37] (grifo nosso)

Essas reflexões realizadas por Ávila permitem compreender a sua justificativa em ponderar as regras como normas jurídicas prevalecentes sobre os princípios quando em conflito, ressalte-se, ambos em mesma hierarquia. Como os princípios são dotados de uma carga axiológica elevada, exigindo uma atividade mais subjetiva do interprete, contemplando os seus valores e subjetivismo para construí-los, isso importa em assumir uma argumentação destoante da argumentação institucional, na sua essência. Diferente das regras que se utilizam argumentos institucionais, em sentido estrito do termo, voltando rigidamente ao ordenamento jurídico positivado.

Assim, para o autor, as regras estariam a empreender uma materialidade positivista mais intensa, enquanto que os princípios exigiriam um esforço do interprete em considerar elementos subjetivos e axiológicos para a concretizá-lo, fugindo essencialmente

---

[37] Humberto Bergmann Ávila. Argumentação Jurídica e a Imunidade do Livro Eletrônico. 2003. p. 143.

da argumentação institucional, por ele pregada, voltando-se também para aspectos exteriores da norma jurídica.[38]

Repita-se, por isso acreditamos que esse é o fundamento para o autor defender que no caso das regras, o grau de pretensão de decidibilidade é muito maior do que aquele presente no caso dos princípios, tendo em vista ser a regra uma espécie de proposta de solução para um conflito de interesse conhecido ou antecipável pelo Poder Legislativo. [39]

Procurando ser mais cauteloso, Alexandre Santos de Aragão defende que a solução para o conflito entre regras e princípios constitucionais estaria com o próprio legislador ou com o constituinte, ponderando na atividade legislativa. Em suas palavras:

> Em um conflito entre regras e princípios da mesma hierarquia normativa, deve prevalecer aquela, que tem a natureza de uma prévia ponderação dos valores envolvidos feita pelo poder político *a priori* legitimado para tanto, o próprio Constituinte ou o Legislador. Apenas a ausência de regra constitucional e legal específica pode abrir ao Poder Judiciário ou à Administração a possibilidade de efetuar a *sua* ponderação dos valores envolvidos.[40]

Diferente é o posicionamento de José Joaquim Gomes Canotilho, Celso Antônio Bandeira de Mello, Paulo Bonavides, justamente pelo grau de fundamentalidade, importância e superioridade arraigada nos princípios.[41]

---

[38] Para Humberto Ávila, os argumentos não-institucional nunca serão conclusivos, porque manipulável conforme os interesse em jogo". (Humberto Ávila. Argumentação Jurídica e a Imunidade do Livro Eletrônico. 2003. p.133).

[39] Humberto Ávila. *Op. cit*. 2005. p. 84.

[40] Alexandre Santos de Aragão. A "Supremacia do Interesse Público" no Advento do Estado de Direito e na Hermenêutica de Direito Público Contemporâneo. p. 11.

[41] Compartilhando desse entendimento, Eros Roberto Graus sedimenta que "logo, como observei em uma outra oportunidade, não se manifesta jamais antinomia jurídica entre princípios e regras jurídicas. Estas operam como concreção daquelas. Em conseqüência, quando em confronto dois princípios, um prevalecendo sobre o outro, as regras que dão concreção ao que foi desprezado são afastadas: não se dá a sua aplicação a determinada hipótese, ainda que permaneçam integradas, validamente no ordenamento jurídico.

Celso Antônio Bandeira de Mello sintetiza com primazia a concepção de que a violação de um princípio é muito mais grave e prejudicial do que a transgressão de uma regra, pois, isso implicaria subverter os próprios valores fundamentais do sistema jurídico. O autor encampa a idéia que os princípios são:

> Mandamentos nucleares de um sistema, verdadeiro alicerce dele, disposição fundamental que se irradia sobre diferentes normas compondo-lhes o espírito e servindo de critério para a sua exata compreensão e inteligência exatamente por definir a lógica e a racionalidade do sistema normativo, no que lhe confere a tônica e lhe dá sentido harmônico.[42]

Em razão disso, o autor conclui que "a desatenção ao princípio implica ofensa não apenas a um específico mandamento obrigatório, mas a todo o sistema de comandos (...), isto porque, como ofendê-lo, abatem-se as vigas que o sustentam e alui-se toda a estrutura nelas esforçada".[43]

Consoante o conceito de princípio que exaramos no capítulo segundo, o compreendemos como vetores de condução do sistema que atribuem a este uma determinada identidade e estrutura, e permitem que os seus efeitos se irradiem por toda a esfera de atuação. Em razão disso, advogamos pela prevalência dos princípios sobre as regras, quando verificado um choque entre as respectivas normas do mesmo nível hierárquico.

Diante da definição de princípios constitucionais como instrumentos oxigenadores do sistema constitucional, incumbidos da tarefa de imprimir um significado a este, através da incorporação de valores fundamentais, resultando uma unidade

---

(Eros Roberto Graus. "Despesas públicas – conflito entre princípios e eficácia das regras jurídicas. p. 142).

[42] Celso Antônio Bandeira de Mello. *Op. cit*. 17ª ed. 2004. p. 841-842.

[43] *Id. Ibid*. p. 842.

constitucional harmoniosa e coesa, admitimos uma única e coerente solução com as premissas utilizadas, qual seja, sobreposição dos princípios acerca das regras em caso de choque entre ambas as normas, de mesmo nível hierárquico.

Não se pode olvidar que, ao contrário do que possa parecer, isso não implica em admitir pela possibilidade de existência de normas constitucionais inconstitucionais na Constituição, conforme preceitua Otto Bachof[44]. O pensamento equivocado poderia ser construído a partir da própria conclusão adotada neste trabalho, pois existindo uma predominância dos princípios às regras constitucionais, uma regra originariamente constitucional poderia ser declarada inconstitucional por contrariar um princípio constitucional. Ressalvas devem ser realizadas.

É inegável que a origem de um documento regulador do Estado, a Constituição, seja pela outorga, pela promulgação, ou qualquer outra origem que queira admitir, imprime no Poder Constituinte originário, o que Charles Burdeau denominou de características desse poder, uma inicialidade, incondicionalidade e ilimitabilidade. Com fundamento nessas características, a resposta para o pensamento equivocado de possível criação, é de maneira evidente rechaçado, pois sendo o Poder Constituinte originário dotado dessas características poderá criar determinada Constituição com os preceitos escolhidos e mais convenientes, o que implicará dizer que os princípios constitucionais serão interpretados de acordo com os objetivos e fundamentos traçados pelo constituinte. Assim, em razão da originalidade das regras e princípios constitucionais produzidos pelo Poder Constituinte originário não é possível sustentar pela existência de choque entre ambos, mas sim, em uma interpretação harmoniosa. Com isso, verifica-se um completo descompasso conduzir ao raciocínio truncado ora imaginado.

Em arremate, é possível dizer que independentemente da adoção de determinado posicionamento, a própria doutrina reconhece pela inexistência de corrente majoritária circundando o assunto, uma vez que se trata de matéria em evolução constante. De qualquer forma, são as premissas que delinearão as conclusões possíveis, mas jamais poderia lecionar como certa ou errada uma ou outra, mas sim, como sendo mais ou menos útil pelos propósitos e ideais construídos. Em suma, não existe absolutismo nas afirmações de qualquer dos lados, mas significa apenas uma forma de fomentar as discussões e estímulo para o estudo.

5.3.5. Atuação do Poder Reformador no Bloco de Constitucionalidade

Com o advento da Emenda Constitucional nº 45 de 2004, o poder reformador[45] assumiu um papel importante na constituição do bloco de

---

[44] Otto Bachof. Normas Constitucionais Inconstitucionais?. 1994.

[45] Entendemos mais conveniente empregar a expressão poder reformador, pois a terminologia "poder constituinte" é alvo de inúmeras críticas no instante em que procura referir-se ao instituto jurídico de reforma constitucional. Esta expressão, com a específica determinação funcional, é entendida como parcela de competência da função legislativo de um Estado, encarregada de proporcionar a própria mutação constitucional. Não se pode esquivar de evidenciar o cuidadoso respeito dispensado ao termo poder constituinte, pois quando adjetivado de originário, ou mesmo, genuíno, demonstra a finalidade de sustentáculo e fonte inaugural de uma Constituição, ou seja, como a aptidão para estabelecer uma Constituição. Nesse intento, iguala a uma "energia", uma "potência constituinte" (José Reinaldo Vanossi. *Uma visão atualizada do Poder Constituinte*. p. 15) de construir um ordenamento jurídico, sedimentado nas características de ser inicial, incondicionado, absoluto, autônomo e ilimitado. Entretanto, quando visualizado em sua acepção de reformador, subsume na constrangedora tarefa de admitir a sua imprecisão, e mais, a inconsistência em atribuir a determinada definição uma terminologia que carrega a essência de instituto diverso, o que prejudica o seu desiderato. Na verdade, a reforma constitucional está impregnada de limitações, haja vista uma força atuante pré-existente que manipula qualquer manifestação. Logo, o poder que se menciona não é passível de constituir nada, por isso, a insuficiência terminológica de poder constituinte derivado. Por esse raciocínio, Nelson Saldanha conclui que a expressão "poder constituinte derivado" é supérflua, imprópria e equivocada, ainda quando aplicada ao poder de reforma da constituição. Este, para o presente autor, não é poder constituinte no sentido real do termo, e poder constituinte não pode ser, senão "originário", apesar da redundância da expressão. Assim, apresenta a necessária distinção entre os momentos, ou então, graus do poder

constitucionalidade, pois passou a atuar como uma fonte de reprodução das normas constitucionais. Não estamos a tratar das normas enunciadas pela Constituição Federal, uma vez que essa sempre foi a função desse órgão, mas sim, da consagração dos tratados internacionais de direitos humanos como normas formalmente constitucionais.

Percebe-se, portanto, que as competências do poder reformador expandiram-se, possibilitando a construção do bloco de constitucionalidade através do § 3º, do art. 5º, da Constituição Federal que prescreve, "os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas à Constituição".

Sendo assim, o poder reformador está, juntamente com o Supremo Tribunal Federal[46], implementando a ampliação do paradigma para o controle de constitucionalidade no sistema constitucional brasileiro.

5.3.6. Dicotomia entre direito público e direito privado

A doutrina pretérita vislumbrava uma dicotomia rígida entre direito público e direito privado, cuja origem remonta ao direito romano, com base no famoso trecho de

---

constituinte, em que o "originário" está situado na formação de todo Estado constitucional; a partir de então, toda Constituição nova supõe a um poder constituinte condicionado pela anterior, ensejando o "poder instituído".(Nelson Saldanha. *O Poder Constituinte*. p. 71-80). Segue também esse pensamento: Michel Temer. *Poder Constituinte*. p. 85-86. Nelson de Souza Sampaio. *O Poder de Reforma Constitucional*. 1954. Em posicionamento contrário: Celso Antônio Bandeira de Mello. *Poder Constituinte*. p. 94-95.

[46] Referimos ao Supremo Tribunal Federal uma vez que é este órgão que no momento da declaração de inconstitucionalidade ventila a existência dos princípios constitucionais que servem de suporte para o controle de constitucionalidade.

Ulpiano: "*Publicum jus est quod ad statum rei romanae spectat, privatum, quod ad singulorum utilitatem*".[47]

Todavia, com o constitucionalismo moderno, principalmente com a constitucionalização do direito e com a admissão do bloco de constitucionalidade, essa realidade está tomando rumos diversos. Isso não significa que esses fenômenos estão promovendo a inexistência da dicotomia, ao contrário, está-se a visualizar uma minimização dos efeitos dessa dicotomia, ou seja, a divisão do direito em direito público e direito privado está sentindo a necessidade da observância da supremacia constitucional como fator condutor na ordem jurídica. Assim, "a principal manifestação de preeminência normativa da Constituição consiste em que toda a ordem jurídica deve ser *lida à luz dela* e passada ao seu crivo".[48]

André Ramos Tavares, percebendo essa alteração didática na ciência jurídica, afirma que:

> É inegável que o Direito Público tem assumido, nos últimos tempos, posição de destaque no mundo jurídico. A inicial preocupação privatística com o Direito encontra-se suplantada pela conscientização de que muitos dos institutos e direitos só podem ser desenvolvidos sob o novo enfoque. A afirmação é mais intensa no campo específico do Direito Constitucional. De fato, a doutrina em geral e a brasileira em particular despertaram para a real função e importância que assumem as normas constitucionais, não só para a regulamentação da vida em sociedade e relacionamentos com o 'Poder' como também para a correta compreensão de todos os demais ramos do Direito.[49]

Nesse sentido, a Constituição passa a ser a maneira de analisar e interpretar o ordenamento jurídico, de modo a realizar os valores e as vontades nela consagrada.

---

[47] "O direito público diz respeito ao estado da coisa romana, à *polis* ou a *civitas*, o privado à utilidade dos particulares". Tércio Sampaio Ferraz Júnior. *Op. cit.* 4ª ed. 2003. p. 133.

[48] José Joaquim Gomes Canotilho, Vital Moreira. *Op. cit.* 1991. p. 45.

Assim, a Constituição acaba por conjugar uma diminuição na distinção entre direito público e direito privado, permitindo ao estudioso do direito caminhar por esses ramos idealizando sempre o cumprimento da dignidade constitucional.

[49] André Ramos Tavares. *Op. cit.* p. XV.

CONCLUSÕES

1. O reconhecimento da existência de normas constitucionais não contidas em determinada Constituição aflora o que a doutrina denomina de bloco de constitucionalidade, instituto este que surgiu a partir da decisão do Conselho Constitucional Francês, proferida em 16 de julho de 1971, sobre a liberdade de associação. Nesta decisão, o Conselho Constitucional Francês registrou o caráter constitucional das normas prescritas na Constituição de 1958, na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789, no Preâmbulo da Constituição de 1946, e nos Princípios Fundamentais reconhecidos pelas Leis da República.

2. O ordenamento jurídico brasileiro encontra-se construído sob a forma sistêmica de constitucionalidade, entendido como um conjunto normativo aberto de regras e princípios que se articulam de modo a produzir uma unidade harmoniosa, primando sempre pela prevalência da força normativa da constituição. A cláusula aberta, ou de receptividade, do respectivo sistema constitucional permite que este construa, de maneira constante, um alargamento no padrão constitucional, passando a ter como parâmetro para a fixação do paradigma de controle de constitucionalidade um conjunto de atos normativos, não codificado em um único documento legislativo, mas em normas constitucionais dispersas pelo ordenamento jurídico.

3. Com a edição da Emenda Constitucional nº 45, a formatação do bloco de constitucionalidade na ordem jurídica brasileira tornou-se inevitável, apesar de que para parte da doutrina, como é o nosso pensamento, o bloco de constitucionalidade no cenário jurídico brasileiro já existia desde a própria promulgação da Constituição de 1988, seja em

razão do § 2º, do art. 5º, ou mesmo pelos princípios implícitos constantes na ótica constitucional. De qualquer forma, o §3º do art. 5º da Constituição Federal, pacifica o *status* constitucional do âmbito de validade das normas constitucionais. Está também a implementar uma "Constituição Total" formada por elementos que impulsionam o campo de atuação das normas constitucionais, ou seja, não entendida apenas como um documento único, mas dotada de um conjunto de normas constitucionais que compõe o sistema constitucional.

4. O sistema constitucional brasileiro constrói o seu bloco de constitucionalidade por meio da reunião da Constituição de 1988, dos direitos fundamentais sediados nos tratados internacionais, bem como dos direitos fundamentais implícitos que são extraídos dos próprios direitos fundamentais e dos direitos decorrentes do regime e dos princípios adotados pela Constituição. Vale dizer, como a materialidade constitucional é fator determinante da dignidade da Magna Carta, o sistema constitucional brasileiro acaba por exigir a reunião das suas normas para efetivar a ótima concretização de sua vontade, construindo, assim, o bloco de constitucionalidade brasileiro.

5. Apesar das conseqüências advindas do reconhecimento do bloco de constitucionalidade no Brasil, elas não obstaculizam a evolução do direito, mas sim, permitem que seja formado um sistema constitucional completo que possa impor a sua supremacia.

6. O bloco de constitucionalidade encontra-se em mutação constante, independentemente do ordenamento jurídico em observação, servindo a doutrina e a jurisprudência como fonte de estímulo para cristalizar esses valores sedimentados no passado e a construí-lo continuamente no presente. Assim, a compreensão desse tema requer reflexões permanentes e, sobretudo, um acompanhamento do desenrolar das decisões das cortes

constitucionais, pois, são elas que definem os parâmetros utilizados para o controle de constitucionalidade.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AARNIO, Aulius. *Taking Rules Seriously*. ARSP, Beiheift 42 (1989): 180-192.

ACKERMAN, Bruce. A Ascensão do Constitucionalismo Mundial. In: *A Constitucionalização do Direito*: fundamentos teóricos e aplicações específicas. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2007.

ALCHOURRON, Carlos E.; BULYGIN, Eugenio. *Introducción a la metodologia de las ciências jurídicas y sociales*. 2ª reimpresión. Buenos Aires: Editorial Astrea, 1993.

ARAÚJO, Luiz Alberto David; NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. *Curso de Direito Constitucional*. 8ª ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

ALESSI, Renato. *Principi di Diritto Amministrativo*. Milano: Dott A. Giujjré Editore, 1971.

ALEXY, Robert. *Teoria de los Derechos Fundamentales*. 2ª ed. 3ª reimp. Madrid: Centro de Estúdios Políticos y Constitucionales, 2002

AMARAL, Rafael Caiado. *Peter Häberle e a Hermenêutica Constitucional*: alcance doutrinário. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Editor, 2004.

ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*. Coimbra: Almedina, 1987.

_____. *Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*. Coimbra: Almedina, 1998.

ARAGÃO, Alexandre Santos de. A "Supremacia do Interesse Público" no Advento do Estado de Direito e na Hermenêutica de Direito Público Contemporâneo. In: *Interesses*

Públicos versus Interesses Privados: desconstruindo o Princípio de Supremacia do Interesse Público. 2ª tiragem. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2007.

ATALIBA, Geraldo. *Sistema constitucional tributário*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1968.

_____. *Hipótese de Incidência Tributária*. 6ª ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

ÁVILA, Humberto. A distinção entre princípios e regras e a redefinição do dever de proporcionalidade. *Revista de Direito Administrativo*. 215 (1999): 151-179.

_____. Argumentação Jurídica e a Imunidade do Livro Eletrônico. In: *Temas de interpretação de Direito Tributário*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

_____. *Teoria dos princípios*: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 4ª ed. 2ª tiragem. São Paulo: Malheiros, 2005.

BACHOF, Otto. *Normas Constitucionais Inconstitucionais?*. Trad. José Manuel M. Cardoso da Costa. Coimbra: Livraria Almedina, 1994.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. Poder Constituinte. *Revista de Direito Constitucional e Ciência Política*. Rio de Janeiro: Forense, 1985.

_____. *Curso de Direito Administrativo*. 17ª ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

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

BARROSO, Luis Roberto. *O direito constitucional e a efetividade de suas normas*: limites e possibilidades da Constituição Brasileira. 8ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

_____. Neoconstitucionalismo e Constitucionalização do Direito: O Triunfo Tardio do Direito Constitucional do Brasil. In: *A Constitucionalização do Direito*: fundamentos teóricos e aplicações específicas. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2007.

BASTOS, Celso Ribeiro; BRITO, Carlos Ayres de. *Interpretação e Aplicação das Normas Constitucionais*. São Paulo: Saraiva, 1982.

_____. *Curso de direito constitucional*. 17ª ed. São Paulo: Saraiva, 1996.

_____. *Curso de Direito Constitucional*. 18ª ed. São Paulo: Saraiva, 1997.

_____. *Hermenêutica e interpretação constitucional*. 3ª ed. São Paulo: Celso Bastos editor, 2002.

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

BOBBIO, Norberto. *A Era dos Direitos*. Trad. Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

_____. *O positivismo jurídico*: Lições de filosofia do direito. trad. Márcio Pugliesi; Edson Bini; Carlos E. Rodrigues. São Paulo: Ícone, 1995.

BON, Pierre. La legitimité du Conseil Constitutionnel français. *Legitimidade e legitimação da justiça contitucional.* Colóquio do 10º Aniversário do Tribunal Constitucional, Coimbra, 1995.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional.* 15ª ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

_____. *Do Estado Liberal ao Estado Social*. 7ª ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

_____. *Curso de Direito Constitucional*. 18ª ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

BOSON, Gerson de Britto Mello. *Constitucionalização do Direito Internacional*: internacionalização do direito constitucional – direito constitucional internacional brasileiro. Belo Horizonte: Del Rey, 1996.

BRITO, Carlos Ayres de; BASTOS, Celso Ribeiro. *Interpretação e Aplicação das Normas Constitucionais*. São Paulo: Saraiva, 1982.

BULYGIN, Eugenio; ALCHOURRON, Carlos E. *Introducción a la metodologia de las ciências jurídicas y sociales*. 2ª reimpresión. Buenos Aires: Editorial Astrea, 1993.

CAMPOS, G. Bidart. *El Derecho de la Constituición y su Fuerza Normativa*. Buenos Aires: Ed. Ediar.

CANARIS, Claus-Wilhelm. *Pensamento Sistemático e Conceito de Sistema na Ciência do Direito*. 3ª ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2002.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Constituição dirigente e vinculação do legislador*: contribuição para a compreensão das normas constitucionais programáticas. Coimbra: Editora Coimbra, 1983.

_____; MOREIRA, Vital. *Fundamentos da Constituição*. Coimbra: Coimbra Editora, 1991.

_____. *Direito Constitucional*. 5ª ed. Coimbra: Almedina, 1992.

_____. *Direito Constitucional*. 6ª ed. Coimbra: Almedina, 1993.

_____. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. Coimbra: Almedina, 1998.

_____. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 6ª ed. Coimbra: Almedina, 2002.

_____. *Direito Constitucional*. 7ª ed. 2ª reimpressão. Coimbra: Almedina, 2003.

_____. *"Brancosos" e Interconstitucionalidade:* itinerários dos discursos sobre a historicidade constitucional. Coimbra: Almedina, 2006.

CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. *A proteção dos direitos humano nos planos nacional e internacional*: perspectivas brasileiras (Seminário de Brasília de 1991). Brasília/ San José da Costa Rica, IIDH/ F. Naummann-Stiftung, 1992.

_____. A interação entre o direito internacional e o direito interno na proteção dos direitos humanos. *Arquivos do Ministério da Justiça*. Brasília. vol. 46. nº 182. jul/dez 1993.

CARBONELL, Miguel; SALAZAR, Pedro. *La Constitucionalización de Europa*. México: Universidade Nacional Autónoma do México, 2004.

CARVALHO, J; PEIXOTO, Vicente. *Moderno Dicionário Enciclopédico da língua Portuguesa*. São Paulo: Editora Jacomo.

CASTRO, Carlos Roberto Siqueira. *A Constituição Aberta e os Direitos Fundamentais*. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria Geral do Processo.* 17ª ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

COMANDUCCI, Paolo. Formas de (neo)constitucionalismo: un análisis metateórico. In: *Neoconstitucionalismo(s)*. Madrid: Editorial Trotta, 2003.
COOLEY, Thomas M. *A Treatise on the Constitutional Limitations*. Boston: Little, Brown, and Company, 1890.

CRISAFULLI, Vezio. *La Costituzione e le sue Disposizioni di Principio*. Milano: Giuffrè, 1952.

DINIZ, Maria Helena. *As Lacunas no Direito*. 7ª ed. São Paulo: Saraiva, 2002.
_____. *Conflito de Normas*. 6ª ed. São Paulo: Saraiva, 2005.
_____. *Normas Constitucionais e seus efeitos*. 7ª ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

DWORKIN, Ronald. *O Império do Direito*. Trad. Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 1999.
_____. *Levando os direitos a sério*. Trad. Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

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

ENGELS, Friedrich; MARX, Karl. *Manifesto do Partido Comunista 1848*. Trad. Sueli Tomazini Barros Cassal. Porto Alegre: Editora L&PM, 2001.

FALLA, Fernando Garrido. *Tratado de Derecho Administrativo*. 12ª ed. v. I. Madrid: Editora tecnos, 1994.

FAVOREU, Louis Favoreu. *Cours Constitutionnelles Européennes et droits fondamentaux*. Paris: Editora Econômica – Presses Universitaires D'aix-Marseille, 1972.

_____; PHILIP, Loïc. *Les Grandes Décisions du Conseil Constitutionnel*. 3ª ed. Paris: Sirey, 1984.

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

_____. *As Cortes Constitucionais*. trad. Dunia Marinho Silva. São Paulo: Editora Landy, 2004.

FERRAJOLI, Luigi. *A Soberania no Mundo Moderno*: nascimento e crise do Estado Nacional. Trad. Carlo Coccioli; Márcio Lauria Filho. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

_____. *Pasado y Futuro del Estado de derecho*. In: *Neoconstitucionalismo(s)*. 2ª ed. Madrid: Editorial Trotta, 2005.

FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. *Direito, Retórica e Comunicação*. São Paulo: Saraiva, 1973.

_____. *Conceito de Sistema no Direito*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1976.

_____. *Introdução ao estudo do direito*. 4ª ed. São Paulo: Atlas, 2003.

_____. *Teoria da Norma Jurídica*. 4ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

FERREIRA, Luiz Pinto. *Princípios gerais do direito constitucional moderno*. t. I. 5ª ed. São Paulo: RT, 1971.

FERREIRA, Pinto. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 1999.

FERREIRA FILHO, Manuel Gonçalves. *Curso de Direito Constitucional*. 31ª ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

FIGUEROA. Alfonso García. La Teoria del Derecho en tiempos de Constitucionalismo. In: *Neoconstitucionalismo(s)*. 2ª ed. Madrid: Editora Trotta, 2005.

GARCIA, Maria. *Desobediência Civil*: Direito Fundamental. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1994.

GARCIA-PELAYO, Manuel. *Derecho constitucional comparado*. Madrid: Alianza Editorial, 1984.

_____. *Derecho constitucional comparado*. Madrid: Alianza Editorial, 1999.

GORDILLO, Agustín. *Tratado de Derecho Administrativo*. t. I. 5ª ed. Buenos Ayres: Fundación de Derecho Administrativo, 1998.

GRAUS, Eros Roberto. "Despesas públicas" – conflito entre princípios e eficácia das regras jurídicas – o princípio da sujeição da Administração às decisões do Poder Judiciário. *Revista Trimestral de Direito Público*, nº 2, ano 1993.

GUASTINI, Riccardo. La Constitucionalización del ordenamiento jurídico: el caso italiano. In: *Neoconstitucionalismo(s)*. Madrid: Editorial Trotta, 2003.

HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica Constitucional*. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Reimpressão. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2002.

_____. El Estado constitucional europeo. In: *La constitucionalización de Europa*. México: Universidade Nacional Autónoma do México, 2004.

HABERMAS, Jürgen. Por qué la Unión Europea necesita un marco constitucional?. In: *La constitucionalización de Europa*. México: Universidade Nacional Autónoma do México, 2004.

HART, Herbert L. A. *Essays in Jusrisprudence and Philosophy*. Clarendon Press: Oxford, 1985.

_____. *O Conceito de Direito*. trad. A. Ribeiro Mendes. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1996.

HAURIOU, Maurice. *Princípios de Direito Público e Constitucional*. trad. Carlos Ruiz Del Castillo. 2ª ed. Madrid: Instituto Editorial Reus, 1927.

HELLER, Hermann. *Teoria do Estado*. trad. Lycurgo Gomes da Motta. São Paulo: Editora Mestre Jou, 1968.

HESSE, Konrad. *A Força Normativa da Constituição*. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Fabris Editor, 1991.

HOUAISS. *Dicionário da Língua Portuguesa*. São Paulo: Editora Objetiva, 2001.

JOSINO NETO, Miguel. O bloco de constitucionalidade como fator determinante para a expansão dos direitos fundamentais da pessoa humana. *Jus Navegandi*, Teresina, ano 7, n. 61, jan. 2003.

KELSEN, Hans. *Teoria Geral do Direito e do Estado*. São Paulo: Martins Fontes, 1992.

_____. *Teoria Geral do Direito e do Estado*. 4ª ed. trad. Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

_____. *Teoria Pura do Direito*. Trad. João Baptista Machado. 7ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

LAFER, Celso. *A internacionalização dos direitos humanos*: constituição, racismo e relações internacionais. Barueri: Manole, 2005.

LASSALLE, Ferdinand. *A Essência da Constituição*. 6ª ed. Rio de Janeiro: Editora Lúmen Júris, 2001.

_____. *O que é uma constituição?*. Trad. Hiltomar Martins Oliveira. Belo Horizonte: Editora Líder, 2001.

LENZA, Pedro. *Direito Constitucional esquematizado*. 11ª ed. São Paulo: Editora Método, 2007.

LOEWENSTEIN, Karl. *Teoría de la Constitución*. Trad. Alfredo Gallego Anabitarte. 2ª ed. Barcelona: Ed. Ariel, 1970.

MARCONI, Marina de Andrade. *Metodologia Científica*: para o curso de direito. 2ª ed. São Paulo: Atlas, 2001.

MARTINS, Ricardo Marcondes. A natureza normativa dos princípios. *Revista Brasileira de Direito Constitucional*. São Paulo: ESDC, n. 6, jul-dez 2005.

MARX, Karl; ENGELS, Friedrich. *Manifesto do Partido Comunista 1848*. Trad. Sueli Tomazini Barros Cassal. Porto Alegre: Editora L&PM, 2001.

MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e Aplicação do direito*. Rio de Janeiro: Forense, 1988.

MENDES, Gilmar Ferreira. *Jurisdição Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 1996.

_____. *Direitos Fundamentais e Controle de Constitucionalidade*: Estudos de Direito Constitucional. São Paulo: Celso Bastos Editor/Instituto Brasileiro de Direito Constitucional, 1998.

MEIRELLES TEIXEIRA, José Horácio. *Curso de Direito Constitucional*. Revisto e atualizado por Maria Garcia. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1991.

MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional*. v. IV. 2ª ed. Coimbra: Coimbra, 1993.

_____. *Manual de Direito Constitucional*. v. II. 4ª ed. Coimbra: Coimbra editora, 2000.

_____. *Teoria do Estado e da Constituição*. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

MONTORO, André Franco Montoro. *Introdução à ciência do direito.* 22ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1994.

MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 18ª ed. São Paulo: Atlas, 2005.

MOREIRA, Vital; CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Fundamentos da Constituição*. Coimbra: Coimbra Editora, 1991.

MORRISON, Wayne. *Filosofia do Direito*: dos gregos ao pós-modernismo. Trad. Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

MOURA COELHO, Bernardo Leôncio. O Bloco de constitucionalidade e a proteção à criança. *Revista de informação legislativa*. Brasília, nº 123, jul/set. 1994.

_____. "Proteção Jurídico-Constitucional da Criança". *Dissertação de Mestrado*: Universidade Federal de Minas Gerais, junho de 1993.

NERY JÚNIOR, Nelson. *Princípios Fundamentais* – Teoria Geral dos Recursos. 4ª ed. São Paulo: RT, 1997.

NINO, Carlos Santiago. *Introducción al análisis del derecho*. Buenos Aires: Editorial Astrea, 1985.

NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano; ARAÚJO, Luiz Alberto David. *Curso de Direito Constitucional*. 8ª ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

ONAINDIA, José Miguel. Bloque de Constitucionalidad. *Revista Brasileira de Direito Constitucional*. São Paulo: ESDC. n. 6, 2005.

OTTO, Ignacio de. *Derecho constitucional. Sistema de Fuentes*. Barcelona: Ariel, 1987.

PEIXOTO, Vicente; CARVALHO, J. *Moderno Dicionário Enciclopédico da língua Portuguesa*. São Paulo: Editora Jacomo.

PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique. *Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución*. 9ª ed. Madrid: Editora Tecnos, 2005.

PHILIP, Loïc; FAVOREU, Louis. *Les Grandes Décisions du Conseil Constitutionnel*. 3ª ed. Paris: Sirey, 1984.

_____. Le Conseil constitutionnel. *L'écriture de la Constittution de 1958.* Paris: editora Economica – Presses Universitaires D'aix-Marseille, 1992.

PIOVESAN Flávia. Reforma do Judiciário e Direitos Humanos. In: *Reforma do Judiciário*: analisada e comentada. São Paulo: Editora Método, 2005.

_____. *Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional*. 7ª ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

RÁO, Vicente. *O direito e a vida dos direitos*. Anotada e atualizada por Ovídio Rocha Barros Sandoval. 5ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

RAZ, Joseph. *The Concept of a Legal System – an instroduction to the theory of Legal System*. Second Edition. Clarendon Press: Oxford.

REALE, Miguel. *Direito Natural/ Direito Positivo*. São Paulo: Saraiva, 1984.

RECASENS SICHES, Luiz. *"Tratado de Sociologia"*. vol. II. Trad. J. B. Coelho Aguiar. Porto Alegre: Editora Globo, 1965.

ROMANO, Santi. *Princípios de Direito Constitucional Geral*. Trad. Maria Helena Diniz. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1977.

ROSS, Alf. *Tû-Tû*. Trad. Edson L. M. Bini. São Paulo: Quartier Latin, 2004.

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

SALAZAR, Pedro; CARBONELL, Miguel. *La Constitucionalización de Europa*. México: Universidade Nacional Autónoma do México, 2004.

SALDANHA, Nelson. *O Poder Constituinte*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1986.

_____. Jusnaturalismo e Juspositivismo: por um reexame do problema. *Revista Brasileira de Filosofia* (Separata). v. 33, fasc. 131.

SAMPAIO, Nelson de Souza. *O Poder de Reforma Constitucional*. Bahia: Livraria Progresso, 1954.

SARLET, Ingo Wolfgang. Direitos Fundamentais e direito privado: algumas considerações em torno da vinculação dos particulares aos direitos fundamentais. In: *A constituição concretizada*: construindo pontes com o público e o privado. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000.

_____. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*. 5ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

_____. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*. 7ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

SARMENTO, Daniel. Dimensão Objetiva dos Direitos Fundamentais: Fragmentos de uma Teoria. In: *Arquivos de Direitos Humanos*, v. IV. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

_____. *Direito fundamentais e relações privadas*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2004.

_____. Ubiquidade Constitucional: Os Dois Lados da Moeda. In: *A Constitucionalização do Direito: Fundamentos Teóricos e Aplicações Específicas*. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2007.

SCHAUER, Frederick. *Playing by the Rules: A Philosophical Examination of Rule-Based Decision-Macking in Law and in Life*. Clarendon Press: Oxford.

SCHIER, Paulo Ricardo. *Filtragem Constitucional – construindo uma nova dogmática jurídica*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1999.

_____. Novos Desafios da Filtragem Constitucional no Momento do Neoconstitucionalismo. In: *A Constitucionalização do Direito*: Fundamentos Teóricos e Aplicações Específicas. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2007.

SCHMITT, Carl. *Teoria de la Constitución*. reimpressão. Madrid: Alianza Editorial, 1992.

SEGORBE, Beatriz; TRABUCO, Cláudia. *Conselho Constitucional Francês*: legitimidade e vias de legitimação da Justiça Constitucional. Coimbra: Quarteto, 2004.

SILVA, José Afonso da. *Ação popular constitucional*: doutrina e processo. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1968.

_____. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 21ª ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

_____. *Aplicabilidade das normas constitucionais*. 6ª ed. 2ª tiragem. São Paulo: Malheiros, 2003.

SILVA, Virgilio Afonso da. Princípio e Regras: mitos e equívocos acerca de uma distinção. *Revista Latino-Americana de Estudos Constitucionais 1*. 2003.

_____. *A Constitucionalização do Direito*: os direitos fundamentais nas relações entre particulares. São Paulo: Malheiros, 2005.

SUNDFELD, Carlos Ari. *Fundamentos de Direito Público*. 4ª ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

TAVARES, André Ramos. *Curso de Direito Constitucional*. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

TEMER, Michel. Poder Constituinte. *Revista de Direito Constitucional e Ciência Política*. Rio de Janeiro: Forense, 1985.

TEPEDINO, Gustavo. Premissas Metodológicas para a Constitucionalização do Direito Civil. In: *Temas de Direito Civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

TRABUCO, Cláudia; SEGORBE, Beatriz. *Conselho Constitucional Francês*: legitimidade e vias de legitimação da Justiça Constitucional. Coimbra: Quarteto, 2004.

VANOSSI, José Reinaldo. Uma visão atualizada do Poder Constituinte. *Revista de Direito Constitucional e Ciência Política.* Rio de Janeiro: Forense, 1983.

VON IHERING, Rudolf. *A finalidade do direito*. v. I. trad. Heder K. Hoffmann. Campinas: Bookseller editora. 2002.

ZAGREBELSKY, Gustavo. *Diritto Costituzionale*: Il Sistema delle Fonti Del Diritto. v. 1. Torino: Unione Tipográfico-Editrice Torinese, 1988.

Livros Grátis

(http://www.livrosgratis.com.br)

Milhares de Livros para Download:

Baixar livros de Administração
Baixar livros de Agronomia
Baixar livros de Arquitetura
Baixar livros de Artes
Baixar livros de Astronomia
Baixar livros de Biologia Geral
Baixar livros de Ciência da Computação
Baixar livros de Ciência da Informação
Baixar livros de Ciência Política
Baixar livros de Ciências da Saúde
Baixar livros de Comunicação
Baixar livros do Conselho Nacional de Educação - CNE
Baixar livros de Defesa civil
Baixar livros de Direito
Baixar livros de Direitos humanos
Baixar livros de Economia
Baixar livros de Economia Doméstica
Baixar livros de Educação
Baixar livros de Educação - Trânsito
Baixar livros de Educação Física
Baixar livros de Engenharia Aeroespacial
Baixar livros de Farmácia
Baixar livros de Filosofia
Baixar livros de Física
Baixar livros de Geociências
Baixar livros de Geografia
Baixar livros de História
Baixar livros de Línguas

Baixar livros de Literatura
Baixar livros de Literatura de Cordel
Baixar livros de Literatura Infantil
Baixar livros de Matemática
Baixar livros de Medicina
Baixar livros de Medicina Veterinária
Baixar livros de Meio Ambiente
Baixar livros de Meteorologia
Baixar Monografias e TCC
Baixar livros Multidisciplinar
Baixar livros de Música
Baixar livros de Psicologia
Baixar livros de Química
Baixar livros de Saúde Coletiva
Baixar livros de Serviço Social
Baixar livros de Sociologia
Baixar livros de Teologia
Baixar livros de Trabalho
Baixar livros de Turismo