

FACULDADE BAIANA DE DIREITO
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO PÚBLICO

RODRIGO ANDRADE DE MACEDO

**DA POSSIBILIDADE DE AMPLIAÇÃO DA PARAMETRICIDADE
CONSTITUCIONAL – BLOCO FORMAL DE CONSTITUCIONALIDADE:
Regra do Artigo 5º, § 3º, da Constituição Federal de 1988.**

Salvador

2017

RODRIGO ANDRADE DE MACEDO

**DA POSSIBILIDADE DE AMPLIAÇÃO DA PARAMETRICIDADE
CONSTITUCIONAL – BLOCO FORMAL DE CONSTITUCIONALIDADE:
Regra do Artigo 5º, § 3º, da Constituição Federal de 1988.**

**Monografia submetida ao Programa de Pós-Graduação em
Direito Público da Faculdade Baiana de Direito, como
requisito parcial à obtenção do título de Especialista em
Direito Público.**

Salvador

2017

FACULDADE BAIANA DE DIREITO

Presidente da Mantenedora: Francisco Leal Salles Neto

Diretor Geral: Valton Dória Pessoa

Diretor Acadêmico: Fredie Souza Didier Junior

Diretor Administrativo Financeiro: Tiago Cesar dos Santos

PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO PÚBLICO

Coordenador Científico: Dirley da Cunha Júnior

RODRIGO ANDRADE DE MACEDO

**DA POSSIBILIDADE DE AMPLIAÇÃO DA PARAMETRICIDADE
CONSTITUCIONAL – BLOCO FORMAL DE CONSTITUCIONALIDADE:
Regra do Artigo 5º, § 3º, da Constituição Federal de 1988.**

**Esta monografia foi analisada e julgada adequada para a
obtenção do título de Especialista em Direito Público e
aprovado em sua forma final pela Banca Examinadora
designada pelo Programa de Pós-Graduação em Direito
Público da Faculdade Baiana de Direito.**

Dirley da Cunha Júnior – Coordenador Científico

BANCA EXAMINADORA:

Professor (a): _____;

Instituição: _____;

Professor (a): _____;

Instituição: _____;

Professor (a): _____;

Instituição: _____;

Dedico este trabalho à minha amada esposa, Renata Andrade. Pelo amor, carinho, apoio, fé e por me fazer acreditar também.

AGRADECIMENTOS

Agradeço a Deus, pela constante proteção e iluminação no caminhar.

À Renata, esposa amada.

Ao Celso, pai extraordinário.

À Katia, mãe maravilhosa.

A todos que se dedicam para a construção do maior legado humano: a difusão do conhecimento.

Humildemente, obrigado!

EPIGRAFE

Abramos a história, veremos que as leis, que deveriam ser convenções feitas livremente entre homens livres, não foram, o mais das vezes, senão o instrumento das paixões da minoria, ou o produto do acaso e do momento, e nunca uma obra de um prudente observador da natureza humana, que tenha sabido dirigir todas as ações da sociedade com este único fim: todo o bem-estar possível para a maioria¹.

Beccaria

¹ BECCARIA, Cesare. **Dos Delitos e das Penas**. São Paulo: Martin Claret, 2005, p. 15.

RESUMO

A Constituição da República Federativa Brasileira, promulgada em 1988, norma de maior hierarquia no ordenamento jurídico brasileiro, emana as normas essenciais à formação do Estado Democrático de Direito: a estrutura de Poder e sua limitação, além de outras normas materialmente constitucionais e outras meramente formais.

O controle de constitucionalidade, instrumento de jurisdição constitucional hábil para proteger a Constituição, se destaca também no fim de garantir homogeneidade ao ordenamento jurídico. Desta forma, delimitar as normas contidas na Constituição, materialmente ou formalmente constitucionais, é fundamental para ao ordenamento jurídico que segue o parâmetro constitucional.

Este conjunto de normas inseridas no corpo da Constituição atua no controle de constitucionalidade como parâmetro às outras normas de hierarquia infraconstitucionais, sempre buscando a validade (constitucionalidade) destas. Ou seja, o objeto (Lei ou ato normativo) deve repousar no sentido do paradigma (Constituição). Assim se tem entendido na nossa jurisdição constitucional.

Ocorre que, há outro conjunto de normas que possuem status constitucional, incluindo não só a literalidade da Constituição, como também os princípios e outras normas consagradoras de direitos individuais e coletivos, ainda que não pertencentes ao texto constitucional, mas normas essencialmente de conteúdo constitucional. Este conjunto de normas é denominado de bloco constitucionalidade.

Resultante da necessidade de ampliação da parametricidade constitucional da Corte Constitucional Francesa, essa teoria surgiu com fim de suprir ausências declarativas da Constituição Francesa, permitindo a inclusão de normas que constavam no preâmbulo, ou seja, as normas contidas no corpo da Constituição Francesa não seriam mais as únicas capazes de servirem como parâmetro de controle daquela jurisdição constitucional.

No Brasil, com a inclusão do § 3º no art. 5º na Constituição, por meio da emenda constitucional nº 45 de 2004, que permite a inclusão de normas oriundas de tratados internacionais de direitos humanos, através do procedimento de emenda constitucional, aprovada pelas casas legislativas, passa a ter status de norma constitucional, possibilitando a concreta hipótese à ampliação da parametricidade constitucional no controle de constitucionalidade por meio da implantação do bloco de constitucionalidade.

Para tanto, se faz necessária análise de que forma as normas materialmente e formalmente constitucionais advindas da regra contida no § 3º, art. 5º, da CF/88, podem, ou não, ser consideradas parâmetro de controle constitucional e possam fundar o efetivo bloco formal de constitucionalidade brasileiro.

PALAVRAS CHAVE: CONSTITUIÇÃO; CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE; PARÂMETRO DE CONTROLE CONSTITUCIONAL; AMPLIAÇÃO DA PARAMETRICIDADE CONSTITUCIONAL; BLOCO FORMAL DE CONSTITUCIONALIDADE.

SUMÁRIO

1.	INTRODUÇÃO.....	11
2.	DA CONSTITUIÇÃO.....	16
2.1.	Do Absolutismo ao Constitucionalismo.....	17
2.2.	Da Constituição Brasileira de 1988.....	21
2.3.	Da Concepção Jurídica de Constituição.....	23
2.4.	Do Princípio da Supremacia Constitucional.....	24
2.4.1.	Da Supremacia Formal.....	25
2.4.2.	Da Supremacia Material.....	27
2.4.3.	Da Rigidez Constitucional.....	31
2.5.	Do Poder Constituinte de Reforma.....	33
2.5.1.	Da Revisão Constitucional.....	34
2.5.2.	Das Emendas Constitucionais.....	35
2.5.2.1.	Das Limitações Formais.....	35
2.5.2.2.	Das Limitações Circunstanciais.....	38
2.5.2.3.	Das Limitações Materiais.....	39
2.5.2.4.	Da Limitação a Proposta Rejeitada ou Prejudicada.....	41
2.6.	Dos Direitos Fundamentais.....	41
2.6.1.	Da Primeira Dimensão: Liberdade.....	44
2.6.2.	Da Segunda Dimensão: Igualdade.....	44
2.6.3.	Da Terceira Dimensão: Fraternidade.....	45
3.	DO CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE.....	47
3.1.	Do Fenômeno da Inconstitucionalidade.....	48
3.1.1.	Da Inconstitucionalidade Formal e Material.....	49
3.1.2.	Da Inconstitucionalidade por Ação e Omissão.....	50
3.1.4.	Da Inconstitucionalidade Originária e Superveniente.....	53
3.1.5.	Da Inconstitucionalidade Antecedente e Consequente.....	55
3.1.6.	Da Inconstitucionalidade Progressiva.....	55
3.2.	Do Controle Difuso de Constitucionalidade.....	56
3.3.	Do Controle Concentrado de Constitucionalidade.....	60
3.3.1.	Das Ações Diretas de Inconstitucionalidade.....	62
3.3.1.1.	Da Ação Direta de Inconstitucionalidade.....	62
3.3.1.2.	Da Ação Declaratória de Constitucionalidade.....	67
3.3.1.3.	Da Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão.....	69
3.3.1.4.	Da Arguição de Descumprimento Fundamental.....	71
4.	CONCLUSÃO.....	76
5.	BIBLIOGRAFIA.....	80

1. INTRODUÇÃO.

Sabemos que a doutrina dominante sempre teve o entendimento de que tratados e convenções internacionais são incorporados ao ordenamento jurídico interno com status de lei ordinária da seguinte forma:

No direito brasileiro, a celebração de tratados, convenções e atos internacionais é competência privativa do Presidente da República, sujeita a referendo do Congresso Nacional (art. 84, VIII, CF) ao qual incumbe resolver definitivamente sobre quaisquer acordos e atos internacionais que acarretem encargos ou compromissos gravosos ao patrimônio nacional (art. 49, I, CF). A aprovação pelo Congresso Nacional se dá mediante Decreto Legislativo, e a promulgação do tratado se dá por decreto presidencial².

O Supremo Tribunal Federal atribuiu aos tratados internacionais de direitos humanos hierarquia diferenciada de lei ordinária, reconhecendo-lhes natureza supralegal, porém infraconstitucional, ou seja, estariam abaixo da Constituição e acima das leis. Vejamos pequeno recorte da referida decisão:

Por conseguinte, parece mais consistente a interpretação que atribui a característica de supralegalidade aos tratados e convenções de direitos humanos. Essa tese pugna pelo argumento de que os tratados sobre direitos humanos seriam infraconstitucionais, porém, diante de seu caráter especial em relação aos demais atos normativos internacionais, também seriam dotados de um atributo de supralegalidade.

Em outros termos, os tratados sobre direitos humanos não poderiam afrontar a supremacia da Constituição, mas teriam lugar especial reservado no ordenamento jurídico. Equipará-los à legislação ordinária seria subestimar o seu valor especial no contexto do sistema de proteção dos direitos da pessoa humana³.

Contudo, ainda havia controvérsias doutrinárias com relação ao nível hierárquico dos tratados internacionais de direitos humanos incorporados ao nosso ordenamento jurídico.

² BARROSO, Luís Roberto. **O Controle de Constitucionalidade no Direito Brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 179.

³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **RE 466.343**. Recorrente: Banco Bradesco S/A, Recorrido: Luciano Cardoso Santos, Relator: Min. Cezar Peluzo, Brasília, DJE 05 jun. 2009. Disponível em <<http://www.stf.jus.br/imprensa/pdf/re466343.pdf>> acesso 17 em nov. de 2016.

O legislador, por meio do poder de reforma constitucional, inseriu o § 3º no art. 5º da Constituição, pela Emenda Constitucional nº 45, de 30 de dezembro de 2004⁴, denominada de Reforma do judiciário, que buscou acabar com a polêmica questão que envolvia a matéria, atribuindo, de vez, hierarquia formalmente constitucional aos tratados internacionais de direitos humanos que fossem incorporados ao nosso ordenamento pela regra do § 3º, vejamos:

§ 3º 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 constitucionais⁵.

O § 3º do art. 5º da Constituição cuida de questão formalmente constitucional, diferentemente do § 2º que prevê ordem materialmente constitucional. Este é o ponto de partida da interpretação que o § 3º, do art. 5º, fruto da Emenda Constitucional nº 45, exige. Ou seja, naquela condição do § 2º, havia a possibilidade de inserção aos direitos materialmente constitucionais que decorressem de tratados internacionais de direitos humanos, e agora, estes direitos humanos incorporados pela regra do § 3º, serão vistos e tidos, formalmente, como se fossem parte da constituição.

Esta alocação do texto no parágrafo ao art. 5º pode ser interpretada como uma porta de acesso aos direitos humanos no rol de direitos fundamentais previstos na Constituição por vias de equiparação à Emenda Constitucional.

A regra do § 3º do art. 5º adota certas características da regra de incorporação prevista no art. 84, inc. VIII, que prevê a competência do Presidente da República para celebrar tratados internacionais, e do art. 49, inc. I, que confere ao Congresso Nacional poder de referendar tais tratados, contudo por força da equiparação às Emendas Constitucionais, a regra do § 3º do art. 5º, excluirá outras

⁴ BRASIL. EC nº 45. **Emenda Constitucional nº 45**, de 30 de dezembro de 2004. Diário Oficial da União. Brasília, DF: Congresso Nacional, 31 de dez. de 2004, p. 09. Disponível em <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Emendas/Emc/emc45.htm> acesso em 12 de nov. de 2016.

⁵ BRASIL. Constituição de 1988. **Constituição da República Federativa do Brasil**, de 05 de outubro de 1988. Diário Oficial da União. Brasília, DF: Assembleia Nacional Constituinte, 05 de out. de 1988, ano CXXVI, nº 191-A, p. 01. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm> acesso 04 nov. 2016.

características daquelas regras, haja vista o rito necessário, quórum para aprovação e efeitos esperados pela equiparação.

Dentre os vários efeitos que a equiparação dos tratados de direitos humanos possa causar no ordenamento, o efeito principal é de que a regra do § 3º do art. 5º atribui eficácia formal de norma constitucional aos tratados internacionais de direitos humanos incorporados por esta regra, haja vista que seu conteúdo já o é materialmente constitucional por se tratar de direitos humanos e também por força do § 2º que o antecede.

Justamente em razão da equiparação dos tratados às Emendas Constitucionais que o presente trabalho encontra sustentação da sua linha de pesquisa, pois, diante desta afirmação, o tratado internacional de direitos humanos, além de ter conteúdo materialmente constitucional, após aprovação pelo rito das emendas, será formalmente texto constitucional, ou seja, gozará de hierarquia de norma constitucional, conseqüentemente poderá servir como parâmetro no controle de constitucionalidade das normas infraconstitucionais.

Sobre a questão ventilada o mestre Ingo W. Sarlet comenta:

...com a adoção do procedimento previsto no art. 5º, § 3º, da CF, os tratados em matéria de direitos humanos passariam a integrar o bloco de constitucionalidade, que representa a reunião de diferentes diplomas normativos de cunho constitucional, que atuam, em seu conjunto, como parâmetro do controle de constitucionalidade⁶...

Até a presente data, o Brasil apresentou apenas dois atos decorrentes do disposto no § 3º, do art. 5º, da Constituição. O primeiro, em ordem cronológica, foi o Decreto Legislativo nº 186, de 09 de julho de 2008, que aprovou o texto da Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e de seu Protocolo Facultativo, assinados em Nova Iorque, em 30 de março de 2007.⁷ O segundo foi o Decreto 6.949, de 25 de agosto de 2009, que promulgou a Convenção Internacional

⁶ SARLET, Ingo Wolfgang. *Ibidem*, p. 235.

⁷ BRASIL. **Decreto Legislativo n. 186**, de 09 de julho de 2008. Diário Oficial da União. Brasília, DF: Poder Legislativo, 10 jul. 2008, Seção 1, Edição 131, p. 01. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Congresso/DLG/DLG-186-2008.htm> acesso em 03 de nov. de 2016.

sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e seu Protocolo Facultativo, assinados em Nova York, em 30 de março de 2007⁸.

Vemos então que há dois Decretos sobre o mesmo Tratado Internacional de Direitos Humanos, sendo o primeiro Legislativo que aprova nos termos do § 3º, do art. 5º, o texto, e o outro Presidencial que promulga, nos termos do art. 84, inc. IV, da CF, o mesmo tratado internacional de direitos humanos em consideração à aprovação deste pelo Congresso Nacional nos termos do § 3º, do art. 5º, da CF.

A Lei 13.146, publicada 06 de julho de 2015⁹, que instituiu a Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência (Estatuto da Pessoa com Deficiência), não pode ser nada menos que o resultado prático da incorporação da Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência em nosso ordenamento jurídico. Sobre esta Lei não há o que se discutir sobre sua hierarquia, é lei formalmente ordinária que trata de diversos direitos inerentes às pessoas com deficiência e modifica grande parte da nossa legislação para adequá-la aos padrões parametrizados pela convenção incorporada pelo Decreto Legislativo nº 186, de 09 de julho de 2008, ao nosso ordenamento jurídico.

Ocorre que, diante da inclusão do § 3º no art. 5º da Constituição pela Emenda Constitucional nº 45, que equiparou 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, às emendas constitucionais, e, diante do Decreto Legislativo nº 186, que aprovou a Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência nos termos alhures, mais o Decreto Presidencial nº 6.949, que promulgou a mesma convenção internacional considerando sua aprovação pelo Congresso Nacional, caso fosse, em alguma ação judicial, arguida, no todo ou em parte, a inconstitucionalidade da Lei nº 13.146 (Estatuto da Pessoa com Deficiência), poderia o parâmetro de controle desta ação, ou de outra qualquer, vir a ser o Decreto

⁸ BRASIL. **Decreto n. 6.949**, de 25 de agosto de 2009. Diário Oficial da União. Brasília, DF: Poder Executivo, 26 ago. 2009, p. 03. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2009/Decreto/D6949.htm> acesso em 03 de nov. de 2016.

⁹ BRASIL. **Estatuto da Pessoa com Deficiência**. Lei nº 13.146, de 06 de julho de 2015. Diário Oficial da União. Brasília, DF: Poder Legislativo, 07 jul. 2015, Seção 1, p. 02. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/Lei/L13146.htm> acesso em 03 de nov. de 2016

Legislativo nº 186 que incorporou a Convenção? Este Decreto Legislativo, por possuir hierarquia material e formal de norma constitucional, implicaria na existência de um bloco formal de constitucionalidade?

Para tentar responder este questionamento o presente trabalho busca diluir, primeiramente, o entendimento dos conceitos inerentes ao parâmetro clássico do controle de constitucionalidade, ou seja, a própria Constituição. De forma simultânea buscará elucidar semelhanças que convirjam ao entendimento de que os tratados internacionais podem se equipar as emendas constitucionais e, conseqüentemente, tornarem-se normas com força hierárquica constitucional mais parâmetro de controle das leis infraconstitucionais.

A metodologia escolhida para a sistematização dos argumentos construídos nesta monografia foi estabelecida da seguinte forma: a fonte primária de pesquisa resume-se principalmente ao campo literário doutrinário, legal, jurisprudencial e outras fontes secundárias como endereços eletrônicos confiáveis disponíveis na internet. Diversas leituras foram feitas a respeito do tema para uma formulação lógica dos conteúdos que se conectavam com o assunto em questão e sua devida filtragem.

Em seguida, arquitetou-se uma espinha dorsal que deu sustentação ao corpo da monografia – quase um sumário ou um sumário provisório – que constavam os elementos básicos para o início da produção textual. Ato contínuo foi dado corpo e forma ao texto à medida que o conteúdo doutrinário era exposto juntamente com as legislações pertinentes e com jurisprudência cabível. Além, é claro, de cadeira, mesa, visita a biblioteca, livros, teclado, mouse, monitor etc., me acompanharam ao desfecho deste trabalho.

2. DA CONSTITUIÇÃO.

A Constituição é uma ficção jurídica-política-social da humanidade que tenta servir de instrumento de estabilização aos conflitos de mesma natureza (jurídica, política e social) em escala local e, muitas vezes, global. Até hoje, a Constituição *lato sensu*, foi o único modelo que a humanidade encontrou para tentar preservar a convivência pacífica dentro da coletividade humana.

A Constituição já teve inúmeras roupagens durante a história, divina, tirânica, democrática, e assim por diante, mas é sempre dela que se origina ou se confirma as vertentes do poder estabelecido.

Com o transcorrer do tempo a Constituição se adequa aos anseios populares por ela regida e por estes existente. Em recente entendimento, através dos ensinamentos de brilhante mestre José Afonso da Silva, a Constituição é:

Um sistema de normas jurídicas, escritas ou costumeiras que regula a forma do Estado, a forma do seu governo, modo de aquisição e o exercício do poder, o estabelecimento de seus órgãos, os limites de sua ação, os direitos fundamentais do homem e as respectivas garantias¹⁰.

No tempo das civilizações gregas clássicas, se encontrava o termo *politeia* que remetia ao entendimento do modo de ser da *polis*. Em Roma já se utilizava a Expressão *constitutiones principum* que eram atos normativos elaborados pelo Imperador que tinham força de lei, contudo não era uma forma de organização do Estado nem de limitação dos poderes dos governantes¹¹.

Com a queda do Império Romano e ascensão do Cristianismo, deu-se lugar a teoria do direito divino providencial, que admitia o Estado ser de origem divina, afirmando que o poder derivava de Deus através do povo¹². Assim, o texto bíblico era utilizado pela Igreja para concentrar poderes e legitimar monarcas como escolhidos de Deus para reinarem durante período medieval.

¹⁰ DA SILVA, José Afonso. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 38.

¹¹ TAVARES, André Ramos. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 162.

¹² MALUF, Sahid. **Teoria Geral do Estado**. São Paulo. Saraiva, 2007, p. 62.

2.1. Do Absolutismo ao Constitucionalismo.

O Estado na forma que hoje conhecemos nasceu absolutista, ou seja, uma pessoa era o representante de Deus tornando-o legitimado para exercer poderes de governança com total irresponsabilidade pelos seus atos, não havendo sequer distinção entre a pessoa do rei com o do próprio estado absolutista.

Em razão dos constantes e perpétuos abusos de poder nos atos do rei contra aquela sociedade ainda medieval e oprimida pela forma de composição do estado em estamentos – nobreza, clero e burguesia – uma ideia de limitação do poder foi surgindo de tempos em tempos para efetivação das liberdades individuais.

Resultado destes movimentos pela conquista das liberdades temos alguns documentos históricos como a *Magna Charta Libertatum*, datada de 1215, na qual os barões ingleses forçaram o Rei João Sem Terram assiná-la durante a revolta das baronias¹³.

Apesar de este documento conferir aos nobres ingleses privilégios feudais, verificamos nele também a incidência de alguns direitos clássicos como o devido processo legal, o direito a propriedade, acesso à justiça, entre outros. Vejamos, por exemplo, os artigos 39 e 40:

39. No freemen shall be taken or imprisoned or disseised or exiled or in any way destroyed, nor will we go upon him nor send upon him, except by the lawful judgment of his peers or by the law of the land.¹⁴

(Nenhum homem livre será detido ou sujeito à prisão, ou privado dos seus bens, ou colocado fora da lei, ou exilado, ou de qualquer modo molestado, e nós não procederemos nem mandaremos proceder contra ele senão mediante um julgamento regular pelos seus pares ou de harmonia com a lei do país).

40. To no one will we sell, to no one will we refuse or delay, right or justice.¹⁵

(Não venderemos, nem recusaremos, nem protelaremos o direito de qualquer pessoa a obter justiça).

¹³ MALUF, Sahid. Op. cit., p. 123.

¹⁴ INGLATERRA. **Magna Charta Libertatum**, 1215. Disponível em <<http://www.constitution.org/eng/magnacar.htm>> acesso 01 nov. 2016.

¹⁵ Ibidem.

Pouco mais de 400 anos após a *Magna Charta Libertatum* tivemos outros documentos históricos elaborados para tutelarem os direitos individuais, tratam-se do *Pettition of Rights* de 1628, do *Habeas Corpus Act* de 1679 e do *Bill of Rights* de 1689, esta última produto da Revolução Gloriosa de 1688 que estabeleceu a soberania do Parlamento Inglês¹⁶, e juntas funcionaram como verdadeiras constituições não escritas e estabeleceram a pedra angular do constitucionalismo moderno.

Depois de assentada a ideia de limitação de poder ao estado monárquico pelos diplomas ingleses escritos, esta política de combate a repressões arbitrárias sobre um grupo de pessoas adquire contornos globais, ultrapassando o continente europeu e influenciando as treze colônias britânicas.

O primeiro documento escrito norte-americano foi o Pacto do Mayflower, de 1620, que declarou total liberdade daqueles que se encontravam dentro da embarcação. Isto se deu em razão do desvio de rota ao Rio Hudson – terras originariamente destinadas à colonização pelo governo britânico – para *Provincetown Harbor*, por consequência de complicações durante a viagem.

Em virtude da alteração do destino alguns tripulantes alegaram que poderiam gozar da sua liberdade como lhes aprouvesse por não se encontrarem no local ao qual se destinavam. Então, diante da própria liberdade autodeclarada e fundação de uma nova sociedade o documento possui contornos constitucionais.

Em 1776, sobre forte influência das ideias liberais irradiadas da metrópole inglesa, inserido no contexto do movimento de independência norte-americano, e de nítida inspiração iluminista e contratualista, o bom povo da Virgínia emite a Declaração de Direitos da Virgínia, que expressamente proclamava o direito de se rebelar contra um governo inadequado e os inerentes aos seres humanos.

Thomas Jefferson, com o auxílio de John Adams, elaborou a Declaração de Independência dos Estados Unidos da América no mesmo ano de 1776, que declarava o fim do vínculo colônia das treze unidades administradas pela metrópole inglesa, acarretando assim na criação dos Estados Unidos da América na forma de

¹⁶ MALUF, Sahid. Op. cit. p. 124.

confederação entre os treze estados soberanos conforme *The Articles of Confederation and Perpetual Union between the States* (Os Artigos da Confederação e União Perpétua entre os Estados) publicado em 1777.

Após 10 anos da forma confederativa dos Estados Unidos da América, em 1787, com fim de formar uma União mais perfeita, estabelecer a justiça, assegurar a tranquilidade interna, promover a defesa comum, promover o bem-estar geral, e garantir para os americanos e seus descendentes os benefícios da Liberdade, foi promulgada e estabelecida a primeira Constituição moderna formalmente escrita do mundo, constituindo também o primeiro Estado sob a forma federativa.¹⁷

É neste cenário de constante ruptura aos antigos padrões políticos que a o Reino Francês está inserido. Governado pelo monarca Luís XVI - neto do símbolo máximo do absolutismo monárquico o Rei Luís XIV, pela célebre frase “*L'état c'est moi*” (o Estado sou eu) – o reino encontrava-se em profunda crise econômica e política por apoiar financeiramente os colonos norte-americanos no processo de independência.

Visto como símbolo da tirania, com popularidade extremamente baixa, e com a maior parte da população em condições de miserabilidade absoluta a revolução eclodiu em 1789 com a queda da Bastilha (prisão e de depósito de armas) e com a produção da Declaração Universal dos Direitos do Homem e do Cidadão, que dizia em seu art. 16 que *a sociedade em que não esteja assegurada a garantia dos direitos nem estabelecida a separação dos poderes não tem Constituição*¹⁸, prevendo normas materiais elementares para existência de Constituição de um Estado.

O abade francês Sieyès, em obra intitulada *Que'est-ceque le Tiers État?* (O que é o Terceiro Estado?), referindo-se ao terceiro estamento social burguês da França, faz uma profunda análise das funções desta casta e chega a conclusão que este grupo de pessoas são a grande maioria da população, produzem bens e

¹⁷ USA. Constituição de 1787. **Constituição dos Estados Unidos da América**, de 17 de setembro de 1787. Pensilvânia: Convenção Constitucional da Filadélfia. Disponível em: <<http://www.direitobrasil.adv.br/arquivospdf/constituicoes/CUSAT.pdf>> acesso 01 nov. de 2016.

¹⁸ FRANÇA. Declaração de Direitos de 1789. **Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão**, de 26 de agosto de 1789. Paris: Assembleia Nacional Constituinte. Disponível em <<http://www.ambafrance-br.org/A-Declaracao-dos-Direitos-do-Homem>> acesso 01 nov. 2016.

serviços, pagam impostos e são execrados nos campos político, econômico e social, sobrando apenas para estes o desamparo, a fome e os infortúnios.

Assim, Sieyès percebeu que o Terceiro Estado era tudo – uma nação completa que não precisava dos outros estamentos – e que sem sua contribuição o Reino não poderia existir. Por isso, o Terceiro Estado seria o titular do poder constituinte, que de forma incondicionada e ilimitada, poderia inserir uma nova ordem por meio de uma Constituição.

Concluiu nestes termos o grande doutrinador Dirley da Cunha a respeito do pensamento do abade Sieyès sobre o poder constituinte:

Portanto, defende a existência de um poder legítimo, cujo titular seria a nação, para a criação da Constituição. Esse poder, para ele, é um poder de direito, que não encontra limites em direito positivo anterior, mas apenas no direito natural, existente antes da nação e acima dela. Ademais, esse poder é permanente e incondicionado. Ele distingue, outrossim, o Poder Constituinte dos poderes constituídos. Aquele, ilimitado, autônomo e incondicionado, é que cria a Constituição. Este, limitado e condicionado, desempenha apenas as funções e atribuições que o poder originário lhe concede¹⁹.

O Terceiro Estado, de acordo com o entendimento do abade de que este seria o titular do Poder Constituinte, reuniu-se em Assembleia Nacional e derrubou a monarquia e a nobreza reivindicando e impondo a todos os ideais burgueses de liberdade, igualdade e fraternidade²⁰.

Este movimento em direção autodeterminação dos povos denominado constitucionalismo, segundo J.J. Gomes Canotilho, pode ser definido como:

Uma teoria (ou ideologia) que ergue o princípio do governo limitado indispensável à garantia dos direitos em dimensão estruturante da organização político-social de uma comunidade. Nesse sentido, o constitucionalismo moderno representará uma técnica específica de limitação de poder com fins garantísticos²¹.

¹⁹ CUNHA JÚNIOR, Dirley da. **Curso de Direito Constitucional**. Salvador: JusPODIVM, 2016, p. 208.

²⁰ TAVARES, André Ramos. Op. cit., p. 32.

²¹ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional: teoria do Estado e da Constituição**. Coimbra: Almedina, 1993, p. 211.

Com a revolução francesa adotando o constitucionalismo e a soberania popular, seguindo o exemplo dos Estados Unidos da América, admitindo a ideia de Constituição como fruto de um poder constituinte nos anseios populares, foi assim elaborada, em 1791, a primeira Constituição escrita moderna no continente europeu ou segunda Constituição moderna do mundo: a Constituição Francesa.

Logo, verifica-se que foi através do constitucionalismo moderno que os valores e direitos convencionados passaram a serem positivados em um documento escrito e solene dotado de valor supremo limitador do poder e estruturador do estado.

2.2. Da Constituição Brasileira de 1988.

A atual Constituição Brasileira, também conhecida por Constituição Cidadã, é a oitava desde a independência do Brasil colônia. Tivemos então a Constituição Imperial de 1824, a Constituição Republicana de 1891, a Constituição Social de 1934 inspirada na Constituição Alemã de Weimar, a Constituição Fascista de 1937, a Constituição Democrática de 1946, a Constituição Ditatorial de 1967, a Constituição Ditatorial de 1969 e, finalmente, a nossa Constituição Cidadã vigente de 1988.

Como se sabe, o Brasil sofreu uma brusca ruptura democrática na década de sessenta em virtude do golpe militar de 1964. Fruto deste, temos as duas Constituições brasileiras que antecedem a atual, ambas de cunho extremamente autoritário com muito enfoque na segurança nacional e sem previsão de eleições diretas. Dentro deste cenário repressivo, o Brasil virou palco de vários movimentos político-sociais que exigiam a redemocratização do país, principalmente no início dos anos 80 com as “diretas já”.

Tancredo Neves foi, em 1985, eleito indiretamente com promessas de convocar Assembleia Constituinte para elaborar nova Constituição ao Brasil e devolver a normalidade democrática e o governo aos civis, contudo este falece antes de tomar posse assumindo seu vice José Sarney, mantendo o planejamento de retorno ao regime democrático.

Em 1986 ocorreram eleições para que o povo escolhesse seus deputados federais e senadores e estes eleitos reuniram-se, em 1987, em Assembleia Nacional Constituinte para elaborar a Constituição Cidadã, promulgada em 1988, de retorno ao regime democrático brasileiro.

Em termos estruturais, a Constituição do Brasil hoje se apresenta em três partes: o preâmbulo, a permanente e a parte transitória.

Para o STF, que adota a teoria da irrelevância jurídica, o preâmbulo está no âmbito da política, não possuindo relevância jurídica, seu papel é meramente auxiliar interpretativo das normas constitucionais, vejamos:

Preâmbulo da Constituição: não constitui norma central. Invocação da proteção de Deus: não se trata de norma de reprodução obrigatória da Constituição estadual, não tendo força normativa²².

Logo, o preambulo, apesar de fazer parte do Livro constitucional, não tem papel de norma constitucional.

Na parte permanente encontramos nove títulos, são eles: I – Dos Princípios Fundamentais (arts. 1º a 4º); II – Dos Direitos e Garantias Fundamentais (arts. 5º a 17); III – Da Organização do Estado (arts. 18 a 43); IV – Da Organização dos Poderes (arts. 44 a 135); V – Da Defesa do Estado e das Instituições Democráticas (arts. 136 a 144); VI – Da Tributação e do Orçamento (arts. 145 a 169); VII – Da Ordem Econômica e Financeira (arts. 170 a 192); VIII – Da Ordem Social (arts. 193 a 232); IX – Das Disposições Constitucionais Gerais (arts. 233 a 250). Após temos a parte transitória com os 100 artigos até o momento²³.

A Constituição de 1988 pode ser classificada da seguinte forma: com relação à origem ela é promulgada; quanto à forma ela é escrita (instrumental); quanto à sua extensão ela é analítica, ampla, extensa, larga, prolixa, longa, volumosa ou inchada; quanto ao conteúdo ela é formal com tendência ao critério

²² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADI nº 2.076**. Requerentes: Partido Social Liberal - PSL, Requerido: Assembleia Legislativa do Estado do Acre, Relator: Min. Carlos Velloso, Brasília, DJ 08 ago. 2003. Disponível em <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=375324>> acesso 09 nov. 2016.

²³ BRASIL. Constituição de 1988. Op. Cit.

misto (formal mais material); quanto ao modo de elaboração ela é dogmática; quanto à possibilidade de alteração ela é rígida.

Nossa Constituição possui, dentre outras funções, o papel de norma jurídica, ou seja, ela é a Lei maior dentro do Ordenamento Jurídico. Todas as outras leis e atos normativos, produzidos posteriormente ou anteriormente a esta, serão por ela regulamentados e por ela validados. Logo, por força maior de expressão do Poder Constituinte Originário a Constituição é a Lei de maior hierarquia.

2.3. Da Concepção Jurídica de Constituição.

Na doutrina clássica, a Constituição pode ser vista por diversas concepções, como a sociológica como apresenta Ferdinand Lassale ao afirmar que a Constituição de um país é, em essência, *a soma dos fatores reais do poder que regem nesse país*, não passando a Constituição escrita de uma “folha de papel”.

Outra concepção é a política, como defende Carl Schmitt ao considerá-la como *decisão política fundamental, decisão concreta de conjunto sobre o modo e a forma de existência da unidade política*.

Enfim, temos a concepção jurídica da Constituição liderada Hans Kelsen que a considera *norma pura*, puro *dever ser*, sem qualquer pretensão sociológica ou política.²⁴

No entendimento de Hans Kelsen a Constituição em concepção jurídica da Constituição divide-se em duas vertentes: em sentido jurídico-positivo quando a Constituição serve de fundamento para o ordenamento jurídico, representando norma jurídica posta de hierarquia mais elevada, e, em sentido lógico-jurídico como norma hipotética pressuposta fundamental que confere validade à própria Constituição.

Neste sentido, Kelsen inaugurou uma forma de hierarquização das normas para que as mais elevadas confirmem validade às normas inferiores. Deste

²⁴ DA SILVA, José Afonso. Op. cit., p. 39.

pensamento vislumbra-se a famosa pirâmide de Kelsen, onde no topo se encontra a Constituição que confere validade as outras leis infraconstitucionais. Neste ponto verifica-se a ideia de Constituição em sentido jurídico positivo.

A validade da Constituição como norma posta em maior escala hierárquica de um sistema jurídico seria, segundo Kelsen, uma norma hipotética fundamental pressuposta acima da Constituição, não sendo possível questionar a validade da própria norma hipotética em virtude desta assemelhar-se a postulados científicos que deduzem outras proposições, mas que não são dedutíveis de nenhuma outra²⁵.

Desta forma, para Tércio Sampaio Ferraz, a concepção jurídica encara a Constituição como normas básicas postas, revestidas de conteúdo eminentemente técnico, independentemente de se ela corresponde às aspirações sociais ou se ela é estabelecida por uma vontade política²⁶, além de encontrar-se no ápice hierárquico normativo do ordenamento jurídico.

2.4. Do Princípio da Supremacia Constitucional.

As normas constitucionais, por serem verdadeiras normas jurídicas, são dotadas de imperatividade como as demais são, ocorre que, pelo fato de ocuparem a posição máxima dentro do ordenamento jurídico, as normas constitucionais possuem mais do que imperatividade, são soberanas ao passo que regem o sistema escalonado de normas infraconstitucionais, que adquirem fundamento de validade naquelas²⁷, velicando-se assim o princípio da supremacia constitucional.

Segundo as lições de Canotilho, a Constituição é atualmente uma verdadeira ordenação normativa fundamental dotada de supremacia:

Lei constitucional não é apenas – como sugeria a teoria tradicional do Estado de direito – uma simples lei incluída no sistema ou no complexo normativo-estatal. Trata-se de uma verdadeira ordenação

²⁵ CUNHA JÚNIOR, Dirley da. Op. cit., p. 83.

²⁶ FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio, 1986, p. 18, apud MORAES, Guilherme Peña de. **Curso de Direito Constitucional**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2008, p. 62.

²⁷ CUNHA JÚNIOR, Dirley da. 2016, Op. cit., p. 97.

normativa fundamental dotada de supremacia – supremacia da Constituição²⁸.

Desta forma, a força normativa da Constituição está assentada no princípio da supremacia constitucional, que, em dimensão formal, é entendido que a Constituição é norma hierarquicamente superior de um ordenamento jurídico, devendo as demais normas estarem conforme seus parâmetros e, em dimensão material, na qual os valores de uma nação são descritos, em simetria ao seu conteúdo.

Esta força normativa de hierarquia maior é a maneira de se garantir a observância dos preceitos constitucionais pelo controle de constitucionalidade, instrumento necessário para eliminar do ordenamento jurídico normas que vão de encontro à Constituição, ou seja, mecanismo de defesa da Constituição e de adequação do ordenamento a mesma. Neste contexto ensina Dirley da Cunha:

Em razão da supremacia constitucional, todas as normas jurídicas devem compatibilizar-se, formal e materialmente, com a Constituição. Caso contrário, a norma lesiva a preceito constitucional, através do controle de constitucionalidade, é invalidada e afastada do sistema jurídico positivado, como meio de assegurar a supremacia do texto magno²⁹.

É justamente nesta vertente que a força normativa da Constituição foi assentada no princípio da supremacia constitucional, de forma que, em dimensão formal a Constituição é norma hierarquicamente superior dentro do ordenamento jurídico, e, em dimensão material a Constituição declara valores fundamentais de uma coletividade e de organização do estado.

2.4.1. Da Supremacia Formal.

A supremacia formal da Constituição estipula que a Constituição possui superioridade hierárquica no ordenamento jurídico e imutabilidade relativa das suas normas.

²⁸ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional**. Coimbra: Almedina, 1993, p. 360.

²⁹ CUNHA JÚNIOR, Dirley da. 2016, Op. cit., p. 232.

Com relação à superioridade hierárquica, a Constituição atua como *norma de normas (normae normarum)*, ou seja, é dela que emanam as normas de produção das demais normas infraconstitucionais afirmando-se como fonte de produção jurídica³⁰, ou seja, a produção normativa dentro do ordenamento jurídico é expressamente normatizada pela Constituição, estabelecendo ritos e procedimentos a serem obrigatoriamente observados, sob pena de não admitir validade constitucional.

Desta forma, para que a Constituição sirva de parâmetro, a mutabilidade de suas normas deve ser obrigatoriamente mais severa do que as demais leis. Este requisito deve ser preenchido, inicialmente, por Constituição escrita. Por Constituição escrita temos a forma que a Constituição é codificada.

Fruto das revoluções liberais do século XVIII, a Constituição escrita foi documento em texto solenemente positivado que reivindicou a consolidação de seus objetivos de liberdade e limitação do poder³¹, no mesmo sentido, a escrita é compreendida em documento único e solene, que sistematiza a estrutura fundamental do Estado e da sociedade³².

Assim, a Constituição possuirá de maior estabilidade, previsibilidade, racionalidade e publicidade de suas normas, acarretando na segurança jurídica desejada³³, por consequência a imutabilidade da Constituição será mais eficaz por se tratar de documento escrito, codificado e solene, e por isso nela se encontrarem o fundamento formal de validade dos outros textos legais.

Neste ponto se faz necessário abrir espaço para arguir que os tratados internacionais de direitos humanos aprovados no rito estabelecido pelo § 3º, do art. 5º, será formalmente Constituição, mesmo que de fato não sejam um único código (livro), pois própria Constituição permite esta interpretação quando, ao final do dispositivo, anuncia que serão equivalentes às emendas constitucionais.

³⁰ Idem. **Controle de Constitucionalidade Teoria e Prática**. Salvador: JusPODIVM, 2012, p. 35.

³¹ CUNHA JÚNIOR, Dirley da. 2016, Op. cit., p. 98.

³² MORAES, Guilherme Peña de. Op. cit., p. 66.

³³ NOVELINO, Marcelo. **Teoria da Constituição e Controle de Constitucionalidade**. Salvador: JusPODIVM, 2008, p. 37.

Ora, se a Constituição é a norma das normas, fonte de validade dos poderes construídos, e nela se vincula todos os aspectos todas as outras Leis, não poderia a Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, aprovada pelo Congresso Nacional através do DL nº 186 e da promulgação pelo Decreto nº 6.949, fazer nossa máquina legislativa produzir Lei Ordinária que desse cumprimento aos termos da Convenção, vejamos:

Art. 4º - Obrigações Gerais: 1. Os Estados Partes se comprometem a assegurar e promover o pleno exercício de todos os direitos humanos e liberdades fundamentais por todas as pessoas com deficiência, sem qualquer tipo de discriminação por causa de sua deficiência. Para tanto, os Estados Partes se comprometem a:

b) Adotar todas as medidas necessárias, inclusive legislativas, para modificar ou revogar leis, regulamentos, costumes e práticas vigentes, que constituírem discriminação contra pessoas com deficiência³⁴;

O Estatuto da Pessoa com Deficiência é elaborado, editado e publicado justamente para se cumprir o disposto do art. 4, 1, b, da Convenção quando o Poder Legislativo trabalha se não observando estritamente o mandamento convencional. Esta força vinculante de estipular o funcionamento dos poderes constituídos é atribuição exclusiva das normas formalmente constitucionais e, como vimos, a Convenção aprovada pelo DL nº 186 e promulgada pelo Decreto 6.949 não teria força jurídica necessária para tanto se esta não possuísse Supremacia Formal Constitucional.

2.4.2. Da Supremacia Material.

Ao se mencionar a materialidade das normas constitucionais estamos nos referindo ao conteúdo, à substância, a ideia e os valores que estas carregam em seus significados. Deste modo, a supremacia material da Constituição, que representa a valorização substancial das normas fundamentais constitutivas de um estado.

Neste diapasão comenta o doutrinador Pedro Lenza:

³⁴ BRASIL. Decreto n. 6.949, Ibidem.

Do ponto de vista material, o que vai importar para definirmos se uma norma tem caráter constitucional ou não será o seu conteúdo, pouco importando a forma pela qual foi aquela norma introduzida no ordenamento jurídico. Assim, constitucional será aquela norma que defina e trate das regras estruturais da sociedade, de seus alicerces fundamentais (formas de Estado, governo, seus órgãos etc.)³⁵.

Ademais, não são apenas as normas inseridas no bojo do corpo da Constituição materialmente constitucionais, isto porque mesmo que outras normas não sejam formalmente constitucionais estas podem versar, em seu conteúdo, sobre matérias que são materialmente constitucionais.

Vemos o ilustre professor Paulo Gustavo Gonet Branco completar o assunto em debate, exemplificando:

Ocorre que nem todas as normas do ordenamento jurídico que tratam de tema que se possa considerar como tipicamente constitucional se acham contidas no texto da Constituição. Servem disso exemplo as tantas normas de direito eleitoral, que cuidam de tema central para a organização do Estado, definindo como se alcança a titularidade de cargos públicos³⁶.

De forma rápida e sucinta, nosso ordenamento jurídico está repleto de normas com conteúdo materialmente constitucional, além das regras das normas eleitorais trazidas acima como exemplo, temos:

No Código Civil Brasileiro, em seu art. 16, que trata do direito fundamental da pessoa humana de possuir nome, prenome e sobrenome, matéria que não está expressamente no bojo da Constituição, mas é flagrantemente de matéria constitucional, *in verbis*: *Art. 16. Toda pessoa tem direito ao nome, nele compreendidos o prenome e o sobrenome*³⁷.

No Código de Processo Civil, em seu art. 239, que, primeira parte, afirma ser indispensável a citação do ou do executado para que o processo seja válido, ou seja, trata diretamente do princípio do devido processo constitucional que prevê a

³⁵ LENZA, Pedro. **Direito Constitucional Esquematizado**. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 26.

³⁶ MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 60.

³⁷ BRASIL. **Código Civil de 2002**. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Diário Oficial da União. Brasília, DF: Poder Legislativo, 11 jan. 2002, p. 01. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406compilada.htm> acesso 03 nov. 2016.

necessidade de notificação da demandado para que este possa exercer o direito fundamental do contraditório e da ampla defesa, vejamos:

Art. 239. Para a validade do processo é indispensável a citação do réu ou do executado...³⁸.

Fora do direito civil e entrando na esfera penal, o Código Penal, em seu art. 150, trata sobre a inviolabilidade do domicílio, que também é norma de conteúdo constitucional nestes termos:

Art. 150. Entrar ou permanecer, clandestina ou astuciosamente, ou contra a vontade expressa ou tácita de quem de direito, em casa alheia ou em suas dependências³⁹.

No Código de Processo Penal não poderia ser diferente, em seu art. 283, quando este aduz que a regra é a liberdade de locomoção das pessoas e que estas apenas serão tolhidas deste direito fundamental nos casos flagrante delito ou por ordem escrita da autoridade judiciária competente, mais uma vez estamos diante de norma infraconstitucional nitidamente que versa sobre conteúdo constitucional, vejamos:

Art. 283. Ninguém poderá ser preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente, em decorrência de sentença condenatória transitada em julgado ou, no curso da investigação ou do processo, em virtude de prisão temporária ou prisão preventiva⁴⁰.

Não haveria razão do Código Tributário Nacional não conter também dispositivo imerso em conteúdo materialmente constitucional, em seu art. 9, ao tratar incisivamente da limitação ao poder de tributar do Estado, positivando os princípios da legalidade tributária, da anuidade tributária, da liberdade de tráfego, etc., nos apresenta normas formalmente ordinárias, porém materialmente constitucionais, nestes termos:

³⁸ BRASIL. **Código de Processo Civil de 2015**. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. Diário Oficial da União. Brasília, DF: Poder Legislativo, 17 mar. 2015, p. 01. Disponível em <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm> acesso 03 nov. 2016.

³⁹ BRASIL. **Código Penal de 1940**. Decreto-Lei n. 2.848, de 07 de dezembro de 1940. Diário Oficial. Rio de Janeiro: Poder Executivo, 31 dez. 1940, p. 2.391. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm> acesso 03 nov. 2016.

⁴⁰ BRASIL. **Código de Processo Penal de 1941**. Decreto-Lei n. 3.689, de 03 de outubro de 1941. Diário Oficial. Rio de Janeiro: Poder Executivo, 13 out. 1941, p. 19.699. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689Compilado.htm> acesso 03 nov. 2016.

Art. 9º É vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios:

I - instituir ou majorar tributos sem que a lei o estabeleça, ressalvado, quanto à majoração, o disposto nos artigos 21, 26 e 65;

II - cobrar imposto sobre o patrimônio e a renda com base em lei posterior à data inicial do exercício financeiro a que corresponda;

III - estabelecer limitações ao tráfego, no território nacional, de pessoas ou mercadorias, por meio de tributos interestaduais ou intermunicipais⁴¹;

Vemos então que nosso ordenamento jurídico está repleto de normas materialmente constitucionais que se encontram fora da Constituição, mas não podem ser parâmetro de controle haja vista lhes faltarem supremacia formal e material, apenas repousam seus conteúdos em matéria que, tradicionalmente, são tratados em Constituições.

Os tratados internacionais que versem sobre direitos humanos valem-se do mesmo conteúdo de matérias tipicamente constitucionais, pois ao tratarem de direitos humanos alcança a finalidade dos direitos fundamentais inseridos na ordem jurídica interna por meio da Constituição, a dignidade da pessoa humana. Além do mais, a própria Constituição já admite a própria supremacia material destes tratados pela regra do § 2º do art. 5º que desta forma dispõe:

§ 2º Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte⁴².

Porém, este artigo apenas não implica em atribuir força normativa constitucional aos tratados de direitos humanos, como o STF já havia se manifestado a respeito e atribuindo apenas hierarquia supralegal, ou seja, abaixo da Constituição, porém acima das Leis, segundo decisões do STF:

...É o caso da Convenção Contra o Tráfico Ilícito de Entorpecentes e de Substâncias Psicotrópicas, incorporada ao direito interno pelo

⁴¹ BRASIL. **Código Tributário Nacional de 1966**. Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1966. Diário Oficial. Brasília, DF: Poder Legislativo, 27 out. 1966, p. 12.567. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L5172Compilado.htm> acesso 03 nov. 2016.

⁴² BRASIL. Constituição de 1988. Op. Cit.

Decreto 154 de 26-6-1991. Norma supralegal de hierarquia intermediária, portanto, que autoriza cada Estado soberano a adotar norma comum interna que viabilize a aplicação da pena substitutiva (a restritiva de direitos) no aludido crime de tráfico ilícito de entorpecentes⁴³.

O status normativo supralegal dos tratados internacionais de direitos humanos subscritos pelo Brasil, dessa forma, torna inaplicável a legislação infraconstitucional com ele conflitante, seja anterior ou posterior ao ato de adesão⁴⁴.

Fato incontroverso que neste sentido os tratados internacionais gozem de supremacia material constitucional.

2.4.3. Da Rigidez Constitucional.

A rigidez constitucional está diretamente ligada quanto à possibilidade e método de alteração do texto constitucional. Este critério recebe diversas denominações pela doutrina. Fala-se em *estabilidade* ou *consistência* ou *mutabilidade*⁴⁵.

Constituições rígidas são aquelas que exigem um processo legislativo mais dificultoso, mais solene, mais árduo do que o processo de alteração das normas não constitucionais⁴⁶. Em sintonia temos os ensinamentos de Paulo G. G. Branco:

A estabilidade das normas constitucionais, em uma Constituição rígida, é garantida pela exigência de procedimento especial, solene, dificultoso, exigente de maiorias parlamentares elevadas, para que se vejam alteradas pelo poder constituinte de reforma⁴⁷.

⁴³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **HC 97.256**. Paciente: Alexandro Mariano da Silva, Impetrante: Defensoria Pública da União, Coautor: Superior Tribunal de Justiça, Relator: Min. Ayres Britto, Brasília, DJE 16 dez. 2010. Disponível em <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=617879>> acesso 17 nov. 2016.

⁴⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **RE 466.343**. Recorrente: Banco Bradesco S/A, Recorrido: Luciano Cardoso Santos, Relator: Min. Cezar Peluzo, Brasília, DJE 05 jun. 2009. Disponível em <<http://www.stf.jus.br/imprensa/pdf/re466343.pdf>> acesso 17 em nov. de 2016.

⁴⁵ CUNHA JÚNIOR, Dirley da. 2016, Op. cit., p. 106.

⁴⁶ LENZA, Pedro. Op. cit., p. 41.

⁴⁷ MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet., Op. cit. p. 62.

Para o professor Dirley da Cunha, esta rigidez acarreta no modelo ideal de Constituição porque nela se reúnem as duas necessidades das constituições contemporâneas: a evolução e a estabilidade⁴⁸.

Por evolução entende ser a necessidade das constituições acompanharem as mudanças advindas das forças sociais, passíveis então de mudanças. Por estabilidade alega ser a exigência de que reformas ocorram com moderação, equilíbrio e cautela⁴⁹.

Desta forma, verificamos que quanto a rigidez esta existe para conferir maior estabilidade ao texto constitucional e, conseqüentemente, ao próprio ordenamento jurídico por ela inaugurado. Vislumbra-se também que é um atributo que se liga muito proximamente ao princípio da supremacia da Constituição em decorrência da impossibilidade de o legislador ordinário modificar a Constituição.

Vemos que, mesmo o § 3º do art. 5º equiparando os tratados internacionais de direitos humanos a emenda constitucional, este não é capaz de modificar o texto constitucional adicionando novos direitos ao catálogo constitucional. O que vimos é um texto constitucional em separado, ou seja, um novo corpo legal que é formalmente constitucional em virtude da equivalência dada pelo § 3º, art. 5º, da CF.

Neste ponto vislumbra-se que a rigidez da norma constitucional é elevada ao ponto de apenas permitir sua alteração de fato, apenas e unicamente, por meio do Poder Constituinte de Reforma propriamente dito nos termos do art. 60 da Constituição, mas nada impede de que o texto equiparado a norma constitucional seja igualmente dotado de rigidez em razão da matéria de direitos fundamentais tratada.

Ou seja, o tratado internacional de direitos humanos equivalente a emenda constitucional não pode alterar formalmente a Constituição por não ser de fato emenda constitucional, mas pode se valer da rigidez constitucional ao seu texto.

⁴⁸ CUNHA JÚNIOR, Dirley da. 2016, Op. cit., p. 107.

⁴⁹ Idem.

2.5. Do Poder Constituinte de Reforma.

O poder de reformar a Constituição pode receber denominações diversas, conforme o doutrinador que dele cuida, já havendo sido chamado de poder constituinte constituído, poder constituinte derivado, poder constituinte instituído ou poder constituinte de segundo grau⁵⁰.

O poder constituinte de reforma é um mecanismo criado pelo poder constituinte originário que prevê a possibilidade, bem como o procedimento adequado, para que seja modificado o texto constitucional.

Diferente do poder constituinte originário, o de reforma não é ilimitado nem incondicionado, mas sim limitado a outorga de poderes pela Constituição, ou seja, pode alterar apenas aquilo que lhe é permitido, e condicionado os aspectos fundamentais da Constituição que pretende reforma, assim não há ruptura da ordem jurídica e por consequência a implementação de uma nova apenas pela simples reforma.

Neste sentido o STF entende que:

Emenda ou revisão, como processos de mudança na Constituição, são manifestações do poder constituinte instituído e, por sua natureza, limitado. Está a 'revisão' prevista no art. 3º do ADCT de 1988 sujeita aos limites estabelecidos no § 4º e seus incisos do art. 60 da Constituição. O resultado do plebiscito de 21 de abril de 1933 não tornou sem objeto a revisão a que se refere o art. 3º do ADCT. Após 5 de outubro de 1993, cabia ao Congresso Nacional deliberar no sentido da oportunidade ou necessidade de proceder à aludida revisão constitucional, a ser feita 'uma só vez'. As mudanças na Constituição, decorrentes da 'revisão' do art. 3º do ADCT, estão sujeitas ao controle judicial, diante das 'cláusulas pétreas' consignadas no art. 60, § 4º e seus incisos, da Lei Magna de 1988⁵¹.

O STF mantém este entendimento:

A eficácia das regras jurídicas produzidas pelo poder constituinte (redundantemente chamado de "originário") não está sujeita a

⁵⁰ MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet., Op. cit. p. 117.

⁵¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADI MC nº 981**. Requerentes: Partido dos Trabalhadores e outros, Requerido: Congresso Nacional, Relator: Min. Néri da Silveira, Brasília, DJ 05 ago. 1994. Disponível em <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=346733>> acesso 04 nov. 2016.

nenhuma limitação normativa, seja de ordem material, seja formal, porque provém do exercício de um poder de fato ou suprapositivo. Já as normas produzidas pelo poder reformador, essas têm sua validade e eficácia condicionadas à legitimação que recebam da ordem constitucional. Daí a necessária obediência das emendas constitucionais às chamadas cláusulas pétreas⁵².

Assim, reforma ao texto constitucional busca a manutenção da ordem jurídica por aquela instituída. Em outras palavras, busca-se evitar que o poder constituinte originário tenha que se manifestar apenas para que ocorram mudanças meramente pontuais, prevenindo o engessamento do texto constitucional e evitando-se os efeitos negativos da ruptura da ordem constitucional⁵³.

Temos então que, na Constituição brasileira de 1988, há apenas duas espécies do poder de reforma a Constituição no tocante a alteração literal do seu texto: a revisão constitucional e as emendas constitucionais.

2.5.1. Da Revisão Constitucional.

A revisão constitucional está prevista no art. 3º, do ADCT, que prevê, após cinco anos da promulgação da Constituição, uma revisão da mesma, por meio da maioria absoluta dos votos do Congresso Nacional, em sessão unicameral. Segue abaixo a sua literalidade:

Art. 3º. A revisão constitucional será realizada após cinco anos, contados da promulgação da Constituição, pelo voto da maioria absoluta dos membros do Congresso Nacional, em sessão unicameral⁵⁴,

Esta reforma ocorreu em 1993 e, resumidamente, durou 237 dias, durante os quais foram apresentadas cerca de 30 mil propostas, sendo que apenas

⁵² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADI MC nº 2.356**. Requerentes: Confederação Nacional da Indústria, Requerido: Congresso Nacional, Relator: Min. Ayres Brito, Brasília, DJE 15 mai. 2011. Disponível em <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=623127>> acesso 04 nov. 2016.

⁵³ MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet., Op. cit. p. 116.

⁵⁴ BRASIL. Constituição de 1988. Op. Cit.

seis dos 74 projetos de Emenda de Revisão elaborados no período foram aprovados⁵⁵.

Foi realizado, no mesmo ano de 1993, plebiscito que demandava escolher monarquia ou república e parlamentarismo ou presidencialismo. Essa consulta consolidou a forma e o sistema de governo atuais⁵⁶.

2.5.2. Das Emendas Constitucionais.

As emendas constitucionais são fruto do trabalho do poder constituinte derivado reformador, através do qual se altera o trabalho do poder constituinte originário, pelo acréscimo, modificação ou supressão do texto constitucional⁵⁷.

Uma vez aprovada proposta de emenda constitucional, ela se transforma em norma constitucional, ou seja, adquire a mesma natureza, o mesmo *status* das demais normas da Constituição. Em outras palavras, adquire hierarquia constitucional⁵⁸.

Qualquer mudança formal na atual Constituição brasileira só deve ser feita legitimamente com base no seu art. 60, ou seja, pelo procedimento das emendas com os limites dali decorrentes⁵⁹.

2.5.2.1. Das Limitações Formais.

Os três primeiros incisos do art. 60 estabelecem limitações formais ou procedimentais ao poder constituinte derivado reformador, estabelecendo que,

⁵⁵ SENADO. Revisão constitucional começou em 93. **Jornal do Senado**. Brasília, DF: Poder Legislativo, edição de 19 de setembro de 2005. Disponível em <<http://www12.senado.leg.br/jornal/edicoes/2005/09/19/revisao-constitucional-comecou-em-93>> acesso 04 nov. 2016.

⁵⁶ TSE. Plebiscito de 1993. **Sítio eletrônico do Tribunal Superior Eleitoral**. Brasília, DF: Poder Judiciário. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/ECR/ecr1.htm> acesso 04 nov. 2016.

⁵⁷ LENZA, Pedro. Op. cit., p. 411.

⁵⁸ TAVARES, André Ramos. Op. cit., p. 1024.

⁵⁹ DA SILVA, José Afonso. Op. cit., p. 62.

havendo proposta de emenda por qualquer pessoa diversa daquelas taxativamente enumeradas, haverá vício formal subjetivo⁶⁰, vejamos os legitimados:

Art. 60. A Constituição poderá ser emendada mediante proposta:

I - de um terço, no mínimo, dos membros da Câmara dos Deputados ou do Senado Federal;

II - do Presidente da República;

III - de mais da metade das Assembleias Legislativas das unidades da Federação, manifestando-se, cada uma delas, pela maioria relativa de seus membros⁶¹.

Assim, podem propor emenda a Constituição de no mínimo um terço dos membros da Câmara dos Deputados ou do Senado Federal, ou, o Presidente da República, ou, por mais da metade das Assembleias Legislativas das unidades da Federação, manifestando-se, cada uma delas, pela maioria relativa de seus membros.

A limitação formal encontrada no § 2º do mesmo artigo faz referência ao procedimento necessário para aprovação da proposta de alteração da Constituição, vejamos:

§ 2º A proposta será discutida e votada em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, considerando-se aprovada se obtiver, em ambos, três quintos dos votos dos respectivos membros⁶².

Nota-se que o trâmite é mais rigoroso que da elaboração das leis complementares e ordinárias, tanto no quórum necessário quanto na quantidade de turnos em cada casa legislativa.

Necessário esclarecer que o texto aprovado por uma Casa não pode ser modificado pela outra sem que a matéria volte para a apreciação da Casa iniciadora. A não observância de qualquer requisito formal caracterizará o vício de inconstitucionalidade, ao exemplo que nos aponta Pedro Lenza:

O Congresso Nacional tem utilizado a técnica da PEC Paralela, ou seja, a parte que não foi modificada é promulgada e a parte da PEC

⁶⁰ LENZA, Pedro. Op. cit., p. 412.

⁶¹ BRASIL. Constituição de 1988. Op. Cit.

⁶² Ibidem.

modificada volta para reanálise, e como se fosse uma nova Emenda Constitucional, para a casa iniciadora⁶³.

Em consequência desta prática o STF se manifestou em ADI:

Entendeu-se caracterizada a aparente violação ao § 2º do art. 60 da CF ("A proposta será discutida e votada em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, considerando-se aprovada se obtiver, em ambos, três quintos dos votos dos respectivos membros."), uma vez que o Plenário da Câmara dos Deputados mantivera, em primeiro turno, a redação original do caput do art. 39, e a comissão especial, incumbida de dar nova redação à proposta de emenda constitucional, suprimira o dispositivo, colocando, em seu lugar, a norma relativa ao § 2º, que havia sido aprovada em primeiro turno⁶⁴.

Questionado sobre o intervalo mínimo temporal mínimo entre os dois turnos de votação nas Casas Legislativas o STF assim se manifestou:

A Constituição Federal de 1988 não fixou um intervalo temporal mínimo entre os dois turnos de votação para fins de aprovação de emendas à Constituição (CF, art. 62, §2º), de sorte que inexistente parâmetro objetivo que oriente o exame judicial do grau de solidez da vontade política de reformar a Lei Maior. A interferência judicial no âmago do processo político, verdadeiro locus da atuação típica dos agentes do Poder Legislativo, tem de gozar de lastro forte e categórico no que prevê o texto da Constituição Federal. Inexistência de ofensa formal à Constituição brasileira⁶⁵.

Desta forma, verifica-se que a limitação formal quanto ao quórum restringe-se apenas a três quintos dos votos em cada Casa em dois turnos de votação em cada uma delas, não podendo a proposta ser aprovada em parte por uma Casa e o restante não aprovado retornar à outra Casa como se nova proposta fosse e não podendo sofrer restrição temporal de intervalo mínimo entre os turnos de votação.

⁶³ LENZA, Pedro. Op. cit., p. 412.

⁶⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADI MC/DF nº 2.135**. Requerentes: Partido dos Trabalhadores e outros, Requerido: Congresso Nacional, Relator: Min. Ellen Gracie, Brasília, Informativo 474. Disponível em <<http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo474.htm>> acesso 05 nov. 2016.

⁶⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADI nº 4.425**. Requerentes: Confederação Nacional da Indústria, Requerido: Congresso Nacional, Relator: Min. Luiz Fux, Brasília, DJE 05 ago. 2013. Disponível em <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=5067184>> acesso 07 nov. 2016.

Vemos no § 3º, do art. 60, outra limitação formal ao poder de reforma do texto constitucional. Este afirma ser necessária que a promulgação da emenda constitucional seja feita pelas Mesas da Câmara dos Deputados e do Senado Federal, atribuindo-lhe uma numeração respectiva a quantidade de vezes que a Constituição foi emendada desde a sua promulgação em 1988, deste modo:

§ 3º A emenda à Constituição será promulgada pelas Mesas da Câmara dos Deputados e do Senado Federal, com o respectivo número de ordem⁶⁶.

Importante mencionar que a emenda constitucional que for devidamente aprovada nos termos do § 2º, do art. 60, será encaminhada diretamente para promulgação, inexistindo sanção ou veto presidencial do seu texto e, após promulgada, o Congresso Nacional publica a emenda constitucional.

O § 3º, do art. 5º, adota uma das três limitações formais presentes no art. 60, apenas a limitação do quórum de 3/5 para aprovação em dois turnos em cada Casa Legislativa, ou seja, não se comunicam com o § 3º do art. 5º as regras das limitações formais de legitimidade, incisos do art. 60, e da limitação formal da promulgação, § 3º do art. 60, haja vista os tratados internacionais de direitos humanos serem aprovados pela regra do § 3º, art. 5º, por meio de decreto legislativo e posteriormente promulgada pelo Presidente da República através de Decreto, sem o respectivo número de ordem das emendas.

2.5.2.2. Das Limitações Circunstanciais.

O texto constitucional pode ser alterado apenas quando a República se encontra dentro nos padrões ordinários de funcionamento das instituições, ou seja, desde que não haja circunstâncias impeditivas para tanto.

No § 1º, art. 60, a Constituição elenca taxativamente três circunstâncias impeditivas, vigência de intervenção federal, de estado de defesa ou de estado de sítio. *In verbis*:

⁶⁶ BRASIL. Constituição de 1988. Op. Cit.

§ 1º A Constituição não poderá ser emendada na vigência de intervenção federal, de estado de defesa ou de estado de sítio⁶⁷.

As razões das limitações circunstanciais são óbvias, pois, caso a República se encontre em qualquer das três hipóteses acima, a vedação à alteração da Constituição funciona como modo de segurança, defesa e proteção à mesma em virtude de turbulências momentâneas.

Vemos assim que não será possível emendar a Constituição em meio a vigência de intervenção federal, de estado de defesa ou de estado de sítio, mas nada impede que tratados internacionais de direitos humanos sejam votados e aprovados nos termos da regra do § 3º do art. 5º durante a vigência destas três circunstâncias, pois o texto, caso aprovado, não se destina a mudar de fato a Constituição, apenas traz ao ordenamento jurídico novas declarações de direitos fundamentais com status de norma constitucional, o que, de certa forma, não oferece risco a existência e funcionamento das instituições.

2.5.2.3. Das Limitações Materiais.

O Poder Constituinte Originário vedou expressamente alterações na Constituição que implicasse em abolir determinadas regras constitucionais denominadas cláusulas pétreas. São estas:

§ 4º Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir:

- I - a forma federativa de Estado;
- II - o voto direto, secreto, universal e periódico;
- III - a separação dos Poderes;
- IV - os direitos e garantias individuais⁶⁸.

As cláusulas pétreas são núcleo intangível da Constituição, parte fundamental da natureza democrática do texto constitucional, regras que se alteradas desvirtuariam toda a razão de ser da Constituição.

⁶⁷ Ibidem.

⁶⁸ Ibidem.

A limitação material ao poder de reforma da Constituição é tão visceral a própria manutenção desta que o STF já admitiu ser possível ADI contra PEC quando nesta objetiva-se abolir cláusula pétrea, vejamos:

O STF já assentou o entendimento de que é admissível a ação direta de inconstitucionalidade de emenda constitucional, quando se alegam na inicial, que esta contraria princípios imitáveis ou as chamadas cláusulas pétreas da Constituição originária (art. 60, § 4º, da CF)⁶⁹.

Logo, proposta de emenda a Constituição que tender a abolir cláusula pétrea estaria de fato tentando abolir os pilares de sustentação da Constituição e, por consequência, a própria República na forma que hoje a conhecemos.

Os tratados internacionais recebem tratamento semelhante a esta limitação material sob o ponto de vista objetivo, pois uma vez incorporados estes não podem conflitar material ou formalmente contra a Constituição, pois a força normativa da Constituição é superior a qualquer tratado internacional, assim se manifestou o STF sobre o tema:

Os tratados celebrados pelo Brasil estão subordinados à autoridade normativa da CR. Nenhum valor jurídico terá o tratado internacional, que, incorporado ao sistema de direito positivo interno, transgredir, formal ou materialmente, o texto da Carta Política⁷⁰.

Ora, se um tratado internacional recebe este tratamento, não há que se pensar que um tratado de direitos humanos possa, mesmo que aprovado dentro da regra do § 3º do art. 5º, suprir qualquer matéria elencada como cláusula pétrea pelo art. 60.

Outro ponto de vista é enxergar o tratado de direitos humanos sob o prisma subjetivo após sua aprovação e identificar se nele farão presentes a limitação material que toca diretamente à vedação de subtração de direitos e garantias fundamentais previsto no inc. IV, do § 4º, do art. 60, da CF.

⁶⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADI nº 1.946-MC**. Requerentes: Governador do Estado do Rio Grande do Sul, Requerido: Congresso Nacional, Relator: Min. Sydney Sanches, Brasília, DJ 14 set. 2001. Disponível em <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=266547>> acesso 07 nov. 2016.

⁷⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **MI 772 - AgR**. Agravante: Ramiro Carlos Rocha Rebouças, Relator: Min. Celso de Mello, Brasília, DJE 20 mar. 2009. Disponível em <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=582646>> acesso 18 nov. 2016.

Como já vimos os tratados de direitos humanos incorporados, pela própria matéria, já eram considerados normas de hierarquia supralegal e infraconstitucional antes da EC 45, ou seja, possuíam supremacia material.

Após a inclusão do § 3º do art. 5º, os tratados de direitos humanos aprovados por este, serão considerados normas de hierarquia constitucional, ou seja, terão também supremacia formal, e, em razão disto, somado ao fato da matéria dos tratados de direitos humanos serem exclusivamente de direitos fundamentais, acredito que uma vez aprovados pela regra do § 3º do art. 5º, serão igualmente protegidos pela limitação material contida no inc. IV, do § 4º, do art. 60, da CF.

2.5.2.4. Da Limitação a Proposta Rejeitada ou Prejudicada.

Limitação prevista no § 5º, do art. 60. Norma constitucional que implica na impossibilidade de matéria constante em proposta de emenda rejeitada ou havido prejudicada ser objeto de nova apresentação na mesma sessão legislativa, vide abaixo:

§ 5º A matéria constante de proposta de emenda rejeitada ou havida por prejudicada não pode ser objeto de nova proposta na mesma sessão legislativa⁷¹.

Por esta regra, fica então impossibilitada a apresentação de nova proposta de emenda nos mesmo sentido daquela que já se entendeu ser rejeitada ou prejudicada dentro do período da mesma sessão legislativa.

2.6. Dos Direitos Fundamentais.

Os Direitos Fundamentais se abastecem originariamente nos Direitos Humanos de ordem externa. São declarações formais e solenes que preveem respeito à dignidade da pessoa humana formada por uma esfera de direitos elementares da própria existência da vida humana individualmente e coletivamente.

⁷¹ BRASIL. Constituição de 1988. Op. Cit.

Os Direitos Fundamentais representam um grupo de norma declaratória positivados no texto constitucional, requisito obrigatório na confecção das constituições modernas, pois, após a Declaração Universal dos Direitos do Homem e do Cidadão, *a sociedade em que não esteja assegurada a garantia dos direitos não tem Constituição.*

No nível do direito positivo, reservam-se a designar prerrogativas e instituições na qual garanta convivência digna, livre e igual a todas as pessoas. São fundamentais porque tratam de situações jurídicas sem as quais a pessoa humana não se realiza, não convive e, às vezes, nem mesmo sobrevive sem sua existência⁷².

Os Direitos Fundamentais são universais, pois se destinam a todas as pessoas humanas. São inalienáveis, pois não possuem conteúdo econômico. São irrenunciáveis, pois não se pode abdicar de tê-los. São imprescritíveis por se tratar de direitos de caráter personalíssimo e não patrimonial. São limitáveis, pois não possuem caráter absoluto. São concorrentes, pois um não pode excluir outro. Além de serem históricos, pois são frutos de conquistas adquiridas ao longo do tempo.

Os Direitos fundamentais cumprem, segundo a teoria dos quatro status de Jellinek, quatro funções básicas aos indivíduos:

- a) Status passivo ou *subjectiones* – nesta função o indivíduo se encontra em posição de subordinação aos poderes públicos, vinculando-se ao Estado por mandamentos e proibições, ou seja, o indivíduo aparece como detentor de deveres perante o Estado⁷³.
- b) Status negativo – o indivíduo, investido de personalidade, goza de um espaço de liberdade em frente às ingerências dos Poderes Públicos, ou seja, ao Estado se impõe limitações a sua atuação com os cidadãos⁷⁴.

⁷² DA SILVA, José Afonso. Op. cit., p. 179.

⁷³ LENZA, Pedro. Op. cit., p. 674.

⁷⁴ Idem.

- c) Status positivo ou *civitatis* – o indivíduo possui o direito de exigir que o Estado atue positivamente ao seu favor e da coletividade⁷⁵.
- d) Status ativo – o indivíduo possui competência para influenciar a formação da vontade do Estado através de mecanismos como sufrágio universal⁷⁶.

Desta forma, os Direitos Fundamentais são a inclusão dos Direitos Humanos previsto na ordem internacional postos dentro de uma Constituição na ordem interna de determinado ordenamento jurídico, com multifuncionalidade vinculativa ao Estado e indivíduos, possuindo características próprias, também podendo ser dividido em dimensões distintas conforme seu surgimento e matéria abordada, conforme veremos a seguir.

No curso da história, a evolução humana exigiu igualmente a evolução do relacionamento do direito com as pessoas e a sociedade. Isto porque as necessidades humanas são infinitas, inesgotáveis e em constante redefinição, por isso seria impossível e querer que o direito seja eterno e imutável, logo foi necessário que o direito evoluísse junto com a necessidade de acompanhar esses desejos da própria natureza humana para prover o fundamento máximo de qualquer direito, a dignidade da pessoa humana.

Muitos doutrinadores falam em gerações de direitos ao invés de dimensões, contudo a primeira terminologia encontra-se um tanto quanto equivocada, pois ao se referir em gerações induz a ideia que aquela geração de direitos existiu por determinado período de tempo e foi substituído por outra geração posterior, o que não é verídico haja vista que os direitos não se substituem, mas sim se completam e coexistem harmonicamente.

Com base na Constituição de 1988, podemos classificar os direitos fundamentais em cinco grupos: direitos individuais (art. 5º); direitos à nacionalidade

⁷⁵ Idem.

⁷⁶ Idem

(art. 12); direitos políticos (arts. 14 a 17); direitos sociais (arts. 6º e 193 e ss.); direitos coletivos (art. 5º); direitos solidários (arts. 3º e 225)⁷⁷.

2.6.1 Da Primeira Dimensão: Liberdade.

Os Direitos Fundamentais de Primeira Dimensão marcam a fase inaugural do constitucionalismo moderno ocidental na passagem do Estado Absolutista para o Estado Liberal em meados dos séculos XVII a XIX. Os direitos declarados nesta fase são os civis e políticos, liberdades negativas, igualdade formal perante a lei, uma obrigação negativa do Estado com os indivíduos.

Em outras palavras, mas no mesmo sentido, o professor Dirley nos ensina que:

Os direitos de primeira dimensão expressam poderes de agir, reconhecidos e protegidos pela ordem jurídica a todos os seres humanos, independentemente da ingerência do Estado, e correspondem ao *status negativus* da teoria de Jellinek, fazendo ressaltar na ordem dos valores políticos a nítida separação entre o Estado e a Sociedade⁷⁸.

Temos por exemplo os seguintes direitos conquistados na primeira dimensão: direito a vida, a liberdade de locomoção, liberdade de expressão, propriedade, voto, nacionalidade etc. Os principais exemplos de Constituições Liberais são as Norte Americana de 1787, a Francesa de 1789, as Brasileiras de 1824 (Imperial) e a de 1891 (Republicana).

2.6.2. Da Segunda Dimensão: Igualdade.

Os Direitos Fundamentais de Segunda Dimensão marcam a passagem do Estado Liberal para o Estado Social em meados dos séculos XX em decorrência da revolução industrial e da inesgotável exploração dos proletariados ao regime opressor burguês-capitalista. Os direitos declarados nesta fase são os sociais,

⁷⁷ DA SILVA, José Afonso. Op. cit., p. 184.

⁷⁸ BONAVIDES, Paulo, 2000, p. 571, apud CUNHA JÚNIOR, Dirley da. 2016, Op. cit., p. 521.

econômicos e culturais, igualdade em sentido material perante a lei, ou seja, prestações positivas do Estado para os indivíduos.

Sobre o tema vemos o professo Dirley apontar neste sentido:

Esses direitos, reconhecidos no século XX, sobretudo após a primeira Guerra Mundial, compreendem os direitos sociais, os direitos econômicos, e os direitos culturais. São denominados de direitos de igualdade, porque animados pelo propósito de reduzir material e concretamente as desigualdades sociais e econômicas até então existentes, que debilitavam a dignidade humana. Esses direitos, por sua vez, exigem atuações positivas do Estado, sob a forma de fornecimento de prestações⁷⁹.

Temos por exemplo os seguintes direitos de segunda dimensão: direito à saúde, à assistência social, ao trabalho, à educação, moradia, alimentação, etc. A primeira Constituição a prever os direitos de segunda dimensão foi a Mexicana de 1917 que sistematizou o conjunto de direitos sociais do homem e a Constituição Alemã de 1919, sendo que esta exerceu forte influencia na Constituição Brasileira de 1934 – nossa primeira Constituição a prever direitos sociais⁸⁰.

2.6.3. Da Terceira Dimensão: Fraternidade.

Os Direitos Fundamentais de Terceira Dimensão surgem em razão da Segunda Guerra Mundial, pois mesmo havendo todos os demais direitos previstos nas dimensões antecedentes a humanidade não conseguiu evitar as barbáries advindas daquela. Desta forma era necessário repensar o direito novamente para mais uma vez tentar garantir a dignidade da pessoa humana em sua plenitude, algo que os demais direitos preexistentes por si sós não conseguiram.

Os direitos declarados nesta fase são os relacionados aos princípios da fraternidade e da solidariedade, ou seja, são direitos substancialmente difusos que pertencem a todas as pessoas indistintamente, ou seja, o indivíduo na sua forma singular abre espaço para observância da proteção da espécie humana na forma de sociedade, coletiva ou difusa.

⁷⁹ CUNHA JÚNIOR, Dirley da. 2016, Op. cit., p. 524.

⁸⁰ DA SILVA, José Afonso. Op. cit., p. 160.

A obra do professor Dirley, fonte de conhecimento, nos ajuda a compreender o assunto mais uma vez:

Os direitos de terceira dimensão são recentes... caracterizam-se por destinarem-se à proteção, não do homem em sua individualidade, mas do homem em coletividade social... são denominados usualmente de direitos de solidariedade ou fraternidade, em razão do interesse comum que liga e une as pessoas e por exigirem esforços e responsabilidades em escala, até mesmo mundial, para sua efetivação. Não tem por fim a liberdade ou igualdade, e sim preservar a existência do grupo⁸¹.

O maior exemplo, sem sombra de dúvidas, de produção textual de direitos de terceira dimensão, mesmo não tendo obrigatoriedade legal, é a Declaração Universal dos Direitos Humanos das Nações Unidas de 1948 que, logo no seu primeiro artigo prevê que:

Todos os seres humanos nascem livres e iguais em dignidade e direitos. São dotados de razão e consciência e devem agir em relação uns aos outros com espírito de fraternidade⁸².

Inúmeros outros documentos possuem vinculação direta aos direitos de terceira dimensão, mas podemos citar as nossas Constituições Brasileiras de 1946 e atual de 1988, vejamos que no art. 4º, incs. II, III, VI, IX, etc. fazem apologia justamente ao espírito dos direitos desta dimensão, vejamos:

Art. 4º A República Federativa do Brasil rege-se nas suas relações internacionais pelos seguintes princípios: II - prevalência dos direitos humanos; III - autodeterminação dos povos; VI - defesa da paz; VII - solução pacífica dos conflitos; IX - cooperação entre os povos para o progresso da humanidade⁸³.

São exemplos os seguintes direitos de terceira dimensão: direito à paz, à segurança, a meio ambiente equilibrado, à comunicação ao patrimônio comum da humanidade, autodeterminação entre os povos, etc.

⁸¹ CUNHA JÚNIOR, Dirley da. 2016, Op. cit., p. 527.

⁸² Organização das Nações Unidas. **Declaração Universal dos Direitos Humanos**, de 10 de dezembro de 1948. Assembleia Geral das Nações Unidas. Disponível em: <<http://www.dudh.org.br/wp-content/uploads/2014/12/dudh.pdf>> acesso 11 nov. 2016.

⁸³ BRASIL. **Constituição de 1988**. Op. Cit.

3. DO CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE.

Sendo a Constituição verdadeira peça inaugural de nova ordem política, jurídica e social de determinada comunidade, destinadas à longevidade no tempo e no espaço territorial adotado, a própria Constituição adotou mecanismo de manutenção a esta nova ordem adotada. Ou seja, o Poder Constituinte Originário estipulou que a Constituição é suprema a todos os demais Poderes por ela constituídos.

Sobre a supremacia da Constituição, leciona Dirley da Cunha:

A supremacia da Constituição é a base de sustentação do próprio Estado Democrático de Direito, seja porque assegura o respeito à ordem jurídica, seja porque proporciona a efetivação de valores sociais. ...em razão da supremacia constitucional, todas as normas jurídicas devem compatibilizar-se, formal e materialmente, com a Constituição⁸⁴.

Mendes completa a ideia:

Toda via, não há de se confundir a Constituição com uma regulamentação precisa e completa. A Constituição não codifica, mas regula apenas aquilo que se figura relevante e carecedor de uma definição⁸⁵.

Não existe, pois, uma pretensão de completude do sistema constitucional. E é, exatamente, essa característica que empresta à Constituição a flexibilidade necessária ao contínuo desenvolvimento e permite que o seu conteúdo subsista aberto dentro do tempo⁸⁶.

Vemos assim, que a Constituição empresta-se como norte aos outros poderes constituídos, delimitando o poder de ingerência do Estado e obrigando o mesmo a agir frente às obrigações, tipicamente, estatais.

Nas palavras de Dirley da Cunha:

A supremacia da Constituição, sem dúvidas, é tributária da ideia de superioridade do poder constituinte sobre todas as instituições

⁸⁴ CUNHA JÚNIOR, Dirley da. 2016, Op. cit., p. 232.

⁸⁵ KONRAD HESSE, **Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland**, cit., p. 11; e **Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha**, cit., p. 39. apud MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 1074.

⁸⁶ Idem.

jurídicas e políticas vigentes no Estado, de sorte que uma Constituição haure o fundamento de sua supremacia na própria supremacia do poder que a originou. Isso faz com que o produto do exercício deste poder, a Constituição, esteja situado no topo do ordenamento jurídico, servindo de fundamento de validade a todas as demais normas, e de referência obrigatória à atuação do poder público, que ela se encontra vinculado. ...a supremacia da Constituição não só impõe que toda atuação do poder público se conforme, material e formalmente, com os preceitos e diretrizes por ela estabelecidas, como também determina que o público obrigatoriamente atue quando para tanto foi exigido⁸⁷.

Assim, vemos que o parâmetro a ser seguido pelos demais poderes será sempre a Constituição. Pois afinal, não respeitá-la como paradigma acarretaria na inconstitucionalidade de lei ou do ato normativo, e, não fazer aquilo que ela prevê estar-se-ia diante de omissão inconstitucional.

Tem-se a cada modelo próprio de controle de constitucionalidade uma forma específica que o constituinte julgou adequado à manutenção e à observação das normas constitucionais e da própria Constituição.

3.1. Do Fenômeno da Inconstitucionalidade.

A Constituição Federal é a base indispensável das demais normas jurídicas e por isso, o ordenamento jurídico oferece mecanismos de proteção à regularidade e estabilidade da Constituição quando ocorre o fenômeno da inconstitucionalidade. Verifica-se o fenômeno da inconstitucionalidade quando se faz o que a Constituição Federal proíbe e quando se deixa de fazer o que a Constituição Federal impõe.

Para Gilmar Ferreira Mendes e Paulo Gustavo Gonet Branco, os mecanismos de controle de constitucionalidade variam de acordo com os modelos e sistemas, embora todos tenham o mesmo propósito de subtrair do ordenamento jurídico as normas que são incompatíveis com a Constituição:

⁸⁷ CUNHA JÚNIOR, Dirley da. **Controle de Constitucionalidade Teoria e Prática**. Salvador: JusPODIVM, 2012, p. 36.

A ideia de controle de constitucionalidade advém do fato de a Constituição apresentar-se como a base indispensável das demais normas jurídicas, que, na lição de Kelsen, “regem” a conduta recíproca dos membros da coletividade estatal, assim como das que determinam os órgãos necessários para aplicá-las e impô-las, e a maneira como devem proceder, isto é, em suma, o fundamento da ordem estatal. Se do afazer legislativo resulta uma norma contrária ou incongruente com o texto constitucional, seja no plano da regularidade do processo legislativo, seja no plano do direito material regulado, o ordenamento jurídico oferece mecanismos de proteção à regularidade e estabilidade da Constituição. Os mecanismos de controle de constitucionalidade variam de acordo com os modelos e sistemas, mas todos têm o mesmo objetivo de expurgar do ordenamento jurídico as normas que são incompatíveis com a Constituição⁸⁸.

Os atos do poder público só estarão em conformidade com a Constituição quando não violarem o sistema formal da produção desses atos e quando não contrariarem os parâmetros materiais contidos nas regras e princípios constitucionais, caso contrário, eles serão inconstitucionais.

Existe inconstitucionalidade quando há violação de uma norma, com base em diferentes critérios, como por exemplo: o momento no qual ela ocorre, o tipo de atuação do poder público capaz de gerar a inconstitucionalidade, o procedimento de formação, o que está contido na norma etc.

3.1.1. Da Inconstitucionalidade Formal e Material.

A inconstitucionalidade formal pode ser dividida em inconstitucionalidade orgânica e inconstitucionalidade formal propriamente dita.

A inconstitucionalidade orgânica surge a partir do vício de incompetência do órgão de onde advém o ato normativo, como por exemplo, no caso de um senador apresentar um projeto de lei complementar com disposições acerca do Estatuto da Magistratura, uma vez que de acordo com o artigo 93 da Constituição Federal o Estatuto da Magistratura é de iniciativa do Supremo Tribunal Federal.

⁸⁸ MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Op. cit., ps. 1101 e 1102.

A inconstitucionalidade formal propriamente dita decorre do descumprimento do procedimento legislativo determinado na Constituição. Caso uma lei complementar seja aprovada com o quórum de maioria simples, teremos um caso de inconstitucionalidade formal propriamente dita, pois o artigo 69 da Constituição Federal de 1988 aduz que leis complementares serão aprovadas por maioria absoluta.

A inconstitucionalidade material está relacionada ao conteúdo do ato normativo, no qual qualquer ato normativo capaz de ofender algum preceito da Constituição Federal deverá ser declarado inconstitucional.

De acordo com Dirley da Cunha, é materialmente inconstitucional todo ato normativo que não se regula ao conteúdo da Constituição Federal:

É materialmente inconstitucional todo ato normativo que não se ajusta ao conteúdo dos princípios e regras da Constituição. Todas as normas da Constituição, por serem imperativas, servem de paradigma material para controle da constitucionalidade dos atos normativos, sejam elas expressas ou implícitas, desde que determinadas⁸⁹.

3.1.2. Da Inconstitucionalidade por Ação e Omissão.

De acordo com Luís Roberto Barroso, a Constituição é uma norma jurídica suscetível de violação por meio de uma ação ou omissão e tem como atributo a imperatividade:

A Constituição é uma norma jurídica. Atributo das normas jurídicas é a sua imperatividade. Não é próprio de uma norma constitucional, nem de qualquer norma jurídica, sugerir, recomendar, alvitrar. Normas jurídicas contém comandos. A maior parte dos comandos constitucionais se materializa em normas cogentes, que não podem ter sua incidência afastada pela vontade das partes, como ocorre no âmbito privado, com as normas dispositivas. As normas cogentes se apresentam nas versões proibitiva e perceptiva, vedando ou impondo determinados comportamentos, respectivamente. É possível, portanto, violar a Constituição praticando um ato que ela interditava

⁸⁹ CUNHA JÚNIOR, Dirley da. **Curso de Direito Constitucional**. Salvador: JusPODIVM. 2016, p. 297.

ou deixando de praticar um ato que ela exigia. Porque assim é, a Constituição é suscetível de violação por via de ação, uma conduta positiva, ou por via de uma de uma omissão, uma inércia ilegítima⁹⁰.

A inconstitucionalidade por ação pressupõe a existência de normas constitucionais e ocorre em virtude de ato comissivo que pode ser originado de órgãos integrantes dos três poderes: legislativo, executivo e judiciário.

Já a inconstitucionalidade por omissão pressupõe o silêncio legislativo devido à inércia legislativa na regulamentação das normas constitucionais de eficácia limitada, quando há uma determinação constitucional para que uma norma seja criada, e assim como ocorre na inconstitucionalidade por ação, a omissão capaz de violar a Constituição pode ser atribuível aos três poderes.

A Constituição Federal de 1988 idealizou dois remédios jurídicos para solucionar o problema da falta de norma regulamentadora: o mandado de injunção, conforme artigo 5º, LXXI e a ação de inconstitucionalidade por omissão, conforme artigo 103, § 2º.

3.1.3. Da Inconstitucionalidade Total e Parcial.

Quando o vício atingir todo o ato normativo, a inconstitucionalidade será total, conforme entendimento de Luís Roberto Barroso, que afirma que a inconstitucionalidade será total quando colher a íntegra do diploma legal impugnado⁹¹.

Via de regra, a inconstitucionalidade formal atinge todo ato, conforme aborda Dirley da Cunha:

Em regra, a inconstitucionalidade formal ataca todo o ato. Assim, se um determinado ato foi editado por órgão incompetente (inconstitucionalidade orgânica) ou com violação ao seu

⁹⁰ BARROSO, Luís Roberto. **O Controle de Constitucionalidade no Direito Brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 39

⁹¹ BARROSO, Luís Roberto. **O Controle de Constitucionalidade no Direito Brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 39.

procedimento de elaboração (inconstitucionalidade formal propriamente dita), ele é, em princípio, totalmente inconstitucional⁹².

Por outro lado, quando o vício atingir apenas em parte o ato normativo, como, por exemplo, um inciso do texto legal, a inconstitucionalidade será parcial. A inconstitucionalidade parcial pode ocorrer também quando uma lei ordinária dispõe acerca de uma matéria reservada a lei complementar em um de seus artigos. Caso isso ocorra, haverá inconstitucionalidade formal apenas no que tange ao artigo que feriu a reserva constitucional.

A doutrina e a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal admitem a existência de situações nas quais a inconstitucionalidade parcial implica nulidade total do ato, é o que alude Dirley da Cunha:

Ainda de referência à inconstitucionalidade parcial, tem admitido a doutrina e a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal a existência de situações em que a inconstitucionalidade parcial implica na nulidade total do ato. E isso ocorre quando: 1) em consequência da declaração de inconstitucionalidade de uma norma, se reconheça que as normas restantes, conformes à Constituição, deixam de ter qualquer significado autônomo ou 2) quando a norma inconstitucional fizer parte de uma regulamentação global à qual emprestava sentido e justificação⁹³.

Para Luís Roberto Barroso, a inconstitucionalidade poderá ser parcial se recair até mesmo sobre uma única palavra, sobretudo, a lei não perderia seu valor jurídico:

Será parcial quando recair sobre um ou vários dispositivos, ou sobre fração de um deles, inclusive uma única palavra. A lei não perde, contudo, sua valia jurídica, por subsistirem outros dispositivos que lhe dão razão para existir. Como regra, será total a inconstitucionalidade resultante de vício formal, seja por defeito de competência ou de procedimento. A inconstitucionalidade material, por sua vez, poderá macular a totalidade do ato normativo ou apenas parte dele⁹⁴.

⁹² CUNHA JÚNIOR, Dirley da. Op. cit., p. 297.

⁹³ Idem, p. 298.

⁹⁴ BARROSO, Luís Roberto. Op. cit., p. 39.

3.1.4. Da Inconstitucionalidade Originária e Superveniente.

A inconstitucionalidade é originária quando ela aparece desde a origem do ato, que por sua vez já nasce inconstitucional por ter violado a norma inconstitucional em vigor. Para Luís Roberto Barroso, a inconstitucionalidade é originária quando é fruto de um defeito natural da lei:

Por fim, diz-se a inconstitucionalidade originária quando resulta de defeito congênito da lei: no momento de seu ingresso no mundo jurídico ela era incompatível com a Constituição em vigor, quer do ponto de vista formal ou material⁹⁵.

Já a inconstitucionalidade superveniente ocorre quando o ato nasce constitucional à luz da Constituição em vigor, entretanto torna-se inconstitucional devido a não recepção pela nova Constituição ou em virtude de emenda à Constituição existente, manifestando-se posteriormente em face de uma nova interpretação da Constituição, de uma alteração constitucional ou devido alguma mudança nas circunstâncias fáticas.

Quando o ato normativo anterior e previsto como ideal na época, seguiu procedimento diferente ou foi editado por um órgão diverso em face da nova norma constitucional (antes era o órgão correto), a inconstitucionalidade será formal superveniente.

De acordo com Luís Roberto Barroso, a inconstitucionalidade será superveniente quando derivar da celeuma entre o texto constitucional e uma norma infraconstitucional:

A inconstitucionalidade será superveniente quando resultar do conflito entre uma norma infraconstitucional e o texto constitucional, decorrente de uma nova Constituição ou de uma emenda. Como já assinalado, não existe no direito brasileiro inconstitucionalidade formal superveniente: a lei anterior subsistirá validamente e passará a ter status da espécie normativa reservada pela nova norma constitucional para aquela matéria. Já a inconstitucionalidade material superveniente resolve-se em revogação da norma anterior, consoante orientação consolidada do Supremo Tribunal Federal⁹⁶.

⁹⁵ Idem. Op. cit., p. 40.

⁹⁶ Idem.

Assim como afirma Luís Roberto Barroso, segundo Dirley da Cunha, a inconstitucionalidade formal superveniente também não tem sido admitida:

Não se tem admitido, em princípio, a inconstitucionalidade formal superveniente. Ou seja, aceita-se a norma anterior que, inobstante formalmente em contradição com a nova norma constitucional, com esta se compatibiliza materialmente, a dizer, não haverá a chamada inconstitucionalidade formal superveniente (e.: O CTN, não obstante editado na ordenação constitucional anterior como lei ordinária, é considerado pela Constituição vigente como lei complementar; o Código Penal, que era um decreto-lei, foi recebido como lei ordinária etc)⁹⁷.

Quando o ato antecedente e materialmente constitucional na época, não se compatibiliza como novo conteúdo da norma constitucional, a inconstitucionalidade será material superveniente. Diferente do que ocorre nos casos de inconstitucionalidade formal superveniente, o ato normativo antecedente conflitante materialmente com a nova norma constitucional será imediatamente atingido pela inconstitucionalidade material superveniente, conforme o que argui Dirley da Cunha:

Em sentido inverso, o ato normativo anterior incompatível materialmente com a nova norma constitucional será automaticamente atingido pela inconstitucionalidade material superveniente. No caso do direito brasileiro, isso se resolve pela consequência prática da revogação tácita, não se falando, na hipótese, de controle abstrato da constitucionalidade daquele ato. Segundo entendimento do Supremo Tribunal Federal, a alteração da norma constitucional, decorrente de reforma constitucional ou de promulgação de nova Carta, implicará, não a inconstitucionalidade superveniente da lei (material ou formal), mas sim a sua revogação. Esse entendimento do Supremo, todavia, está fadado à superação, pelo menos no que diz respeito à arguição de descumprimento de preceito fundamental, em face do art. 1º, parágrafo único, da Lei nº 9.882/99⁹⁸.

Quando a inconstitucionalidade for material superveniente, a norma anterior será revogada de acordo com o entendimento do Supremo Tribunal Federal.

⁹⁷ CUNHA JÚNIOR, Dirley da. Op. cit., p. 298.

⁹⁸ Idem.

3.1.5. Da Inconstitucionalidade Antecedente e Consequente.

A inconstitucionalidade antecedente, também chamada de imediata, sucede da violação direta e instantânea de uma norma constitucional.

A inconstitucionalidade consequente, também chamada de derivada, transcorre após culminar um determinado ato pelo fato de atingir outro ato de que ele depende. Neste caso, haverá a chamada inconstitucionalidade por arrastamento ou por atração, em concordância com o exposto por Dirley da Cunha:

Já a consequente ou derivada decorre de um efeito reflexo da inconstitucionalidade imediata. Vale dizer, é a que atinge certo ato por atingir outro ato de que ele depende. Cuida-se, na hipótese, da chamada inconstitucionalidade por arrastamento ou por atração. Assim, como explica Clèmerson Merlin Clève, será inconstitucional a norma dependente de outra norma declarada inconstitucional e pertencente ao mesmo diploma legislativo. Haverá, igualmente, a inconstitucionalidade consequente quando houver uma norma que encontra o seu fundamento de validade em outra norma ou mantém relação de dependência com um terceiro ato já declarado inconstitucional⁹⁹.

Nota-se que quando a declaração de inconstitucionalidade atinge dispositivos ligados ao inicialmente impugnado, estes não devem ser mantidos no sistema jurídico, em razão da reconhecida inconstitucionalidade, sendo possível a extensão da declaração de inconstitucionalidade a dispositivos não impugnados expressamente na petição inicial da ação declaratória de inconstitucionalidade.

3.1.6. Da Inconstitucionalidade Progressiva.

Quando uma norma ou lei constitucional percorre gradativamente para o ramo da inconstitucionalidade, em virtude de posterior alteração de específico estado jurídico ou fático, teremos a inconstitucionalidade progressiva. Por ser uma técnica que autoriza que uma norma constitucional fique num estágio intermediário *entre os estados de plena constitucionalidade ou de absoluta inconstitucionalidade*, a inconstitucionalidade progressiva, denominada pelo Supremo Tribunal Federal de

⁹⁹ Idem. Op. cit., p. 299.

norma ainda constitucional, consiste em um método de decisão judicial sobreposto às situações constitucionais deficientes, no qual as circunstâncias vigentes no momento ainda explicam a sua conservação dentro do ordenamento jurídico.

Como exemplo de inconstitucionalidade progressiva, temos o julgamento do HC 70514, no qual o Supremo Tribunal Federal entendeu que a prerrogativa da Defensoria Pública de contar prazo em dobro para recorrer no processo penal, é constitucional, pelo menos até o momento em que a Defensoria Pública encontrar-se instalada e aparelhada em condições ideais para garantir de forma efetiva a defesa dos necessitados:

Não é de ser reconhecida a inconstitucionalidade do § 5 do art. 1 da Lei n 1.060, de 05.02.1950, acrescentado pela Lei n 7.871, de 08.11.1989, no ponto em que confere prazo em dobro, para recurso, às Defensorias Públicas, ao menos até que sua organização, nos Estados, alcance o nível de organização do respectivo Ministério Público, que é a parte adversa, como órgão de acusação, no processo da ação penal pública¹⁰⁰.

Dessa forma, caracterizando-se um estágio provisório intermediário entre a constitucionalidade e a inconstitucionalidade da norma, a maleabilidade de técnicas decisórias no juízo do controle de constitucionalidade é fundamental, tendo em vista que a insegurança jurídica deve ser evitada e por consequência, uma maior efetividade da supremacia da Constituição deve ser proporcionada através da inconstitucionalidade progressiva.

3.2. Do Controle Difuso de Constitucionalidade.

O controle difuso de constitucionalidade remete ao sistema Norte Americano da *Judicial Review of Legislation* e ao *Leading Case Willian Marburry vs James Madison*.

¹⁰⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **HC 70514-6 RS**. Pacientes: Marco Aurélio Rodrigues da Cruz e outro. Impetrante: Edson Brozoza. Coautor: Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Relator: Min. Sydney Sanches, Brasília, DJU 27 jun. 1997. Disponível em <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=72491>> acesso em 27 de fev. de 2017.

A *Judicial Review of Legislation* nada mais é que o próprio controle de constitucionalidade previsto pela Constituição Federal Norte Americana em seu artigo VI, dita expressamente a vinculação do Poder Judiciário à guarda e respeito aos ditames do direito supremo do país, mesmo que outras leis digam em sentido contrário, vejamos:

Esta Constituição, as leis dos Estados Unidos em sua execução e os tratados celebrados ou que houverem de ser celebrados em nome doas Estados Unidos constituirão o direito supremo do país. Os juízes de todos dos Estados dever-lhes-ão obediência, ainda que a Constituição ou as leis de algum Estado disponham em contrário¹⁰¹.

Foi através deste dispositivo que se invocou o sistema de controle de constitucionalidade no caso *Willian Marbury vs James Madison*, julgado em 1803, pelo Chefe de Justiça John Marshall, que segundo Dirley da Cunha:

...representou a consagração não só da supremacia da Constituição em face de todas as demais normas jurídicas, como também do poder e dever dos juízes de negar aplicação às leis contrárias à Constituição¹⁰².

E, perfeitamente, nos trás o conceito do controle difuso:

O modelo norte americano da *judicial review* define-se como um controle judicial de constitucionalidade das leis e atos do poder público que qualquer juiz e tribunal, ante um caso concreto, pode desempenhar. É um controle judicial, pois somente os órgãos do Poder Judiciário podem realizá-lo. É um controle difuso no sentido de que todos os órgãos do Poder Judiciário podem exercê-lo, pouco importando sua natureza e grau de jurisdição. E, finalmente, é um controle incidental ou indireto (provocado por via de exceção ou de defesa), no sentido de que somente no curso de uma demanda concreta, pressuposto controvérsia, pode ser efetivado, como condição para a solução da *vexata quaestio*. Neste último sentido, diz-se também que se cuida de um controle subjetivo, pois desenvolvido em razão de um conflito de interesses intersubjetivo, cuja finalidade principal é a defesa de um direito subjetivo ou um interesse legítimo juridicamente protegido de alguém¹⁰³.

Alinha-se ao exposto o Min. Gilmar Mendes em sua obra, vejamos:

¹⁰¹ USA. Constituição de 1787. Op. cit. apud CUNHA JÚNIOR, Dirley da. Op. cit., p. 63.

¹⁰² CUNHA JÚNIOR, Dirley da. Op. cit., p. 64.

¹⁰³ Idem.

O controle de constitucionalidade concreto ou incidental, tal como desenvolvido no Direito brasileiro, é exercido por qualquer órgão judicial, no curso de processo de sua competência. A decisão, que não é feita sobre o objeto principal da lide, mas sim sobre questão prévia, indispensável ao julgamento do mérito, tem condão, apenas, de afastar a incidência da norma viciada¹⁰⁴.

Assim, vemos que o controle difuso apresenta-se em um caso concreto, com declaração de inconstitucionalidade por forma incidental, prejudicialmente ao mérito. Ou seja, a alegação da inconstitucionalidade será a causa de pedir¹⁰⁵.

Ademais, cabe a qualquer juiz, todos os tribunais, bem como aos superiores, a incumbência de realizar a atribuição do controle difuso de constitucionalidade. Ocorre que, aos tribunais é vinculado o princípio da reserva do plenário, que obriga o debate da referida inconstitucionalidade ao pleno do tribunal ou ao órgão especial, se houver, e pela maioria absoluta de seus membros.

Assim, adentra no assunto o Ministro Mendes:

A questão de inconstitucionalidade deve ser suscitada pelas partes ou pelo Ministério Público, podendo vir a ser reconhecida *ex officio* pelo juiz ou tribunal. Perante o tribunal a declaração de inconstitucionalidade somente poderá ser pronunciada pelo voto da maioria absoluta de seus membros ou dos membros do órgão especial, como disciplinado no art. 144, V da Constituição de 1967/69, sendo esse princípio mantido na Constituição de 1988, art. 97¹⁰⁶.

No que tange ao parâmetro do controle difuso de constitucionalidade, este pode se limita a própria Constituição vigente, podendo expandir-se a Constituições revogadas. Isto pode ocorrer caso a lei ou o ato normativo impugnado em via incidental tenha sido editado sob a égide de outra Constituição sem ser a atual de 1988. Nesses casos, aplicam-se a exigência quanto ao *quorum* especial, previsto no

¹⁰⁴ BITTENCOURT, Carlos Alberto Lúcio. **O Controle Jurisdicional da Constitucionalidade das Leis**, cit., p. 36-37 e 46. apud MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 1141.

¹⁰⁵ LENZA, Pedro. **Direito Constitucional Esquematizado**. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 178-179.

¹⁰⁶ MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 1142.

art. 97, da Constituição de 1988, e as regras sobre a suspensão de execução da lei, art. 52, X, CF/88.¹⁰⁷, vejamos:

Art. 97. Somente pelo voto da maioria absoluta de seus membros ou dos membros do respectivo órgão especial poderão os tribunais declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do Poder Público.

Art. 52. Compete privativamente ao Senado Federal: X - suspender a execução, no todo ou em parte, de lei declarada inconstitucional por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal;

Em sentido simétrico, ratifica Mendes:

De modo diverso do que se verifica com o controle abstrato de normas, que tem como parâmetro de controle a Constituição vigente, o controle incidental realiza-se em face da Constituição sob cujo império foi editada a lei ou ato normativo. Assim, não é raro constatar a declaração de inconstitucionalidade de uma norma editada sob a vigência e em face da Constituição de 1967/69¹⁰⁸.

Ora, vemos aqui, no controle difuso de constitucionalidade que o parâmetro do controle não é estático à Constituição de 1988, podendo o mesmo se alterar caso o objeto encontre-se, intrínseca e umbilicalmente, ligado a outra Constituição, tendo para tanto normas próprias para o deslinde do feito.

Percebe-se que o parâmetro no controle difuso de constitucionalidade vai além dos limites da Constituição vigente, podendo, em razão do interesse subjetivo das partes litigantes, a lei ou ato normativo suscitado como inconstitucional, ter como parâmetro de controle carta política distinta da vigente.

Tal hipótese se destina para aferição dos efeitos jurídicos entre as partes, pois caso a norma fosse inconstitucional desde a origem, o efeito *ex tunc* faria com que todos os atos embasados na lei declarada inconstitucional fossem inválidos desde a origem.

Sobre a eficácia temporal, Barroso nos ensina que:

...parece fora de dúvida que o juiz, ao decidir a lide, após reconhecer determinada norma como inconstitucional, deve dar a essa

¹⁰⁷ MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Op. cit., p. 1150.

¹⁰⁸ Idem.

conclusão eficácia retroativa, *ex tunc*. De fato, corolário da supremacia da Constituição é que uma norma inconstitucional não deva gerar direitos ou obrigações legitimamente exigíveis¹⁰⁹.

Contudo, o mesmo doutrinador alerta para exceções:

...o Supremo Tribunal Federal tem precedentes, alguns relativamente antigos, nos quais, em controle incidental, deixou de dar efeitos retroativos à decisão de inconstitucionalidade, como consequência da ponderação com outros valores e bens jurídicos que seriam afetados¹¹⁰.

Logo, os efeitos da decisão poderão ser perfeitamente modulados por necessidade de proteção a outros valores e bens jurídicos que seriam afetados caso houvesse a manutenção dos efeitos retroativos.

3.3. Do Controle Concentrado de Constitucionalidade

O controle concentrado de constitucionalidade surge posteriormente ao difuso. Seu local de concepção se deu na Áustria por meio do intelecto do jurista Hans Kelsen. Seu sistema de controle estava de igual forma visando proteger a Constituição, contudo de forma distinta do modelo norte americano.

O sistema de controle inaugurado por Kelsen estabelecia uma jurisdição constitucional, onde esta seria exercida em apenas um só órgão, no caso da Áustria, o Tribunal Constitucional, único com competência para julgar a constitucionalidade das leis e atos normativos. Neste tribunal não se contemplam casos concretos, de interesses subjetivos das partes litigantes, mas sim de casos abstratos onde não existam partes nem interesses subjetivos, ou seja, a arguição da inconstitucionalidade de lei ou ato normativo não é mais a causa de pedir, mas sim o próprio pedido em via principal.

Nesta linha de intelecção ensina o celebrado jurista Barroso:

...é um exercício atípico de jurisdição, porque nele não há litígio ou situação concreta a ser solucionada mediante a aplicação da lei pelo

¹⁰⁹ BARROSO, Luís Roberto. **O Controle de Constitucionalidade no Direito Brasileiro** – Exposição sistemática e análise crítica da jurisprudência. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 125.

¹¹⁰ Idem, op. cit. p. 127.

órgão julgador. Seu objeto é um pronunciamento acerca da própria lei. Diz-se que o controle é em tese ou abstrato porque não há um caso concreto subjacente à manifestação judicial. A ação direta destina-se à proteção do próprio ordenamento, evitando a presença de um elemento não harmônico, incompatível com a Constituição. Trata-se de um processo objetivo, sem partes, que não se presta à tutela de direitos subjetivos, de situações jurídicas individuais¹¹¹.

No caso do controle concentrado austríaco, o parâmetro do controle de constitucionalidade é a Constituição austríaca e a Convenção Europeia de Direitos Humanos. Ou seja, no próprio berço do modelo concentrado do controle de constitucionalidade, fonte de inspiração a inúmeros outros países, aquele sistema admite que o parâmetro do controle concentrado se estenda além da Constituição austríaca, originando, formalmente, um bloco de constitucionalidade concernente ao parâmetro do controle.

Vejamos o que os ilustres juristas Ives Gandra Martins e Gilma Mendes dizem a respeito em seu livro:

O parâmetro do controle de constitucionalidade, no sistema austríaco, é, fundamentalmente, a Constituição. Deve-se ressaltar, porém, que a Convenção Europeia de Direitos Humanos Integra formalmente o Direito Constitucional austríaco¹¹².

Ora, ideia semelhante ao proposto neste trabalho, que, fundamentalmente, o parâmetro do controle seja a nossa Constituição e, formalmente, este seja complementado por tratados e convenções internacionais que versem sobre direitos humanos qual o Brasil seja signatário e, desde que, seja aprovado dentro da regra do § 3º no art. 5º da Constituição de 1988.

Vejamos, novamente, a opinião dos referidos juristas:

Nos termos do art. 5º, § 3º, da Constituição, na versão da EC n. 45/2004 (Reforma do Judiciário), “os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais”.

¹¹¹ Idem. Op. cit., p. 154.

¹¹² MARTINS, Ives Gandra da Silva; MENDES, Gilmar Ferreira. **Controle Concentrado de Constitucionalidade**. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 19.

Independentemente de qualquer outra discussão sobre o tema, afigura-se inequívoco que o Tratado de Direitos Humanos que vier a ser submetido a esse procedimento especial de aprovação configurará, para todos os efeitos, parâmetro de controle das normas infraconstitucionais¹¹³.

Assim, além da Constituição como parâmetro fundamental do controle concentrado de constitucionalidade, há precedente de utilização de tratados e convenções internacionais que versem sobre direitos humanos como parâmetro complementar ao parâmetro clássico do controle abstrato, ao exemplo do sistema austríaco de controle.

3.3.1. Das Ações Diretas de Inconstitucionalidade.

O ordenamento jurídico precisa se mantenha íntegro e coerente aos ditames constitucionais. Para tanto, nossa legislação prevê uma série de ações diretas que funcionam como verdadeiros remédios constitucionais, com peculiaridades distintas entre si, porém com o mesmo fim: proteger a Constituição. Abaixo veremos as principais características de cada uma, principalmente o parâmetro de controle adotado.

3.3.1.1. Da Ação Direta de Inconstitucionalidade.

A Ação Direta de Inconstitucionalidade originou-se no Brasil através da Emenda Constitucional n. 16, de 20 de novembro de 1965, à Constituição de 1946, e era denominada de *representação*, vejamos:

Art. 101 - Ao Supremo Tribunal Federal compete:

I - processar e julgar originariamente:

¹¹³ Idem. Op. cit., p. 251.

k) a representação contra inconstitucionalidade de lei ou ato de natureza normativa, federal ou estadual, encaminhada pelo Procurador-Geral da República¹¹⁴;

Na forma atual da Constituição, a ação direta de inconstitucionalidade está prevista no art. 102, inc. I, alínea “a”, definindo ser o Supremo Tribunal Federal instância originária para processar e julgar a ação direta de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal ou estadual, *in verbis*:

Art. 102. Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe:

I - processar e julgar, originariamente:

a) a ação direta de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal ou estadual e a ação declaratória de constitucionalidade de lei ou ato normativo federal¹¹⁵.

A ação direta de inconstitucionalidade é a principal ação referente ao controle concentrado-abstrato. Nela se concentra a defesa genérica de todas as normas constitucionais, sempre que violadas por alguma lei ou ato normativo do poder público¹¹⁶. Seu objetivo é que o guardião da Constituição – Supremo Tribunal Federal – declare, ou não, que lei ou ato normativo federal ou estadual sejam, nos termos da Constituição, incompatíveis com a mesma, ou seja, inconstitucionais.

Acerca do tema, Barroso leciona que:

...no controle por via principal, o juízo de constitucionalidade é o próprio objeto da ação, a questão principal a ser enfrentada: cumpre ao tribunal manifestar-se especificamente acerca da validade de uma lei e, conseqüentemente, sobre sua permanência ou não no sistema¹¹⁷.

Nela o STF fiscaliza de forma abstrata se a lei ou ato normativo federal ou estadual afronta diretamente norma constitucional. Outra característica da ação direta é que nela não se apresenta uma lide, nem partes. O que há de fato é um

¹¹⁴ BRASIL. **Constituição de 1946**. Constituição dos Estados Unidos do Brasil, de 18 de setembro de 1946. Diário Oficial da União. Rio de Janeiro, RJ: Legislativo, 19 de set. de 1946, p. 01. Disponível em < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao46.htm> acesso em 23 de fev. de 2017.

¹¹⁵ BRASIL. **Constituição de 1988**. Op. Cit.

¹¹⁶ CUNHA JÚNIOR, Dirley da. Op. cit., p. 191.

¹¹⁷ BARROSO, Luís Roberto. Op. cit., p. 154.

pedido de legitimado para que o STF declare a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo em frente aos ditames constitucionais.

No mesmo sentido, afirma Barroso em sua obra:

Não há pretensões individuais nem tutela de direitos subjetivos no controle de constitucionalidade por via principal. O processo tem natureza objetiva, e só sob o aspecto formal é possível referir-se à existência de partes¹¹⁸.

Contudo, ressalvas são feitas por Clève:

Cuidando-se de processo objetivo, na ação direta de inconstitucionalidade não há lide nem partes (salvo num sentido formal), posto incorrem interesses concretos em jogo. Por essa razão, os princípios constitucionais do processo (leia-se: do processo subjetivo) não podem ser aplicados ao processo objetivo sem apurada dose de cautela¹¹⁹.

O procedimento da Ação direta de Inconstitucionalidade é previsto na Lei n. 9.868/99¹²⁰, que dispõe sobre o processo e julgamento da ação direta de inconstitucionalidade e da ação declaratória de constitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal.

O rol de legitimados para propor a ação direta de inconstitucionalidade é previsto nos incisos do art. 103, da Constituição de 1988 e no art. 2º da lei 9.868/99, vejamos:

Art. 103. Podem propor a ação direta de inconstitucionalidade e a ação declaratória de constitucionalidade:

I - o Presidente da República;

II - a Mesa do Senado Federal;

III - a Mesa da Câmara dos Deputados;

IV - a Mesa de Assembléia Legislativa ou da Câmara Legislativa do Distrito Federal;

¹¹⁸ BARROSO, Luís Roberto. Op. cit., p. 156.

¹¹⁹ CLÈVE, Clèmerson Merlin. **A fiscalização abstrata de constitucionalidade no direito brasileiro**. 2000, p. 143-5. Apud BARROSO, Luís Roberto. Op. cit., p. 156.

¹²⁰ BRASIL. **Lei n. 9.868**, de 10 de novembro de 1999. Diário Oficial da União. Brasília, DF: Poder Executivo, 11 nov. 1999, p. 01. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9868.htm> acesso em 23 de fev. de 2017.

V - o Governador de Estado ou do Distrito Federal;

VI - o Procurador-Geral da República;

VII - o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil;

VIII - partido político com representação no Congresso Nacional;

IX - confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional¹²¹.

Este grupo de legitimados, muito embora não haja previsão expressa na constituição acerca do tema, divide-se, de acordo com entendimento assentado no Supremo Tribunal Federal, em dois grupos: os legitimados universais e os legitimados especiais.

Os legitimados universais são aqueles previstos nos incisos I, II, III, VI, VII e VIII (Presidente da República, Mesa do Senado Federal, Mesa da Câmara dos Deputados, Procurador-Geral da República, Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil e partido político com representação no Congresso Nacional). Estes legitimados podem propor, sem que seja necessário a demonstração do requisito estabelecido como pertinência temática, a ação direta de inconstitucionalidade, haja vista que estes têm interesse em preservar a Constituição em face mesmo de suas próprias atribuições institucionais¹²².

Os demais legitimados previstos nos incisos IV, V e IX (Mesa de Assembleia Legislativa ou da Câmara Legislativa do Distrito Federal, Governador de Estado ou do Distrito Federal e confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional) devem, entretanto, preencher o requisito da pertinência temática, sendo que, aos Governadores e Mesas de Assembleias Legislativas, impõe-se que estes mostrem que a lei ou ato normativo impugnado esteja circunscrito as respectivas coletividades políticas. Para a confederação sindical e à entidade de classe, a comprovação deve dizer respeito às finalidades estatutárias¹²³.

A ação direta de inconstitucionalidade recai sobre lei ou ato normativo federal ou estadual, ou seja, o objeto desta ação são apenas as leis e os atos

¹²¹ BRASIL. **Constituição de 1988**. Op. Cit.

¹²² CUNHA JÚNIOR, Dirley da. Op. cit., p. 194.

¹²³ Idem.

normativos do poder público, ficando de fora quaisquer atos normativos privados. Por lei, o STF entendia que apenas aquelas que estavam investidas de generalidade e abstração poderiam ser objeto do controle, pois seguiam o entendimento de excluir a apreciação de atos que, formalmente, eram leis, mas materialmente, eram medidas administrativas, com objeto determinado e destinatário específico¹²⁴.

Contudo, esta prática de mitigação da lei como objeto do controle foi revista e, hoje, o STF já adota a lei como objeto de forma mais ampla, em situações excepcionais, vejamos, por exemplo, esta decisão de Excelsa Corte:

Ação Direta de Inconstitucionalidade. Objeto idôneo. Lei de criação de Município. Ainda que não seja em si mesma uma norma jurídica, mas ato com forma de lei, que outorga *status municipal* a uma comunidade territorial, a criação de Município, pela generalidade dos efeitos que irradia, é um dado inovador, com força prospectiva, do complexo normativo em que se insere a nova entidade política. Por isso, a validade da lei criadora, em face da Lei Fundamental, pode ser questionada por Ação Direta de Inconstitucionalidade. Precedentes¹²⁵.

Naturalmente, o parâmetro de controle desta ação não poderia deixar de ser toda a Constituição, englobando as normas da parte permanente e da parte transitória do texto constitucional¹²⁶. Logo, atribui-se como parâmetro todo texto inserido formalmente ao texto constitucional, desde sua promulgação até a última alteração do mesmo.

Não poderia diferente ser aplicar ao Decreto Legislativo que incorpore tratado internacional que verse sobre direitos humanos, nos termos do procedimento explicitado no § 3º, art. 5º, da Constituição, três quintos das respectivas casas do Congresso, em dois turnos, hierarquia de norma constitucional e, por consequência, tornar-se parâmetro de controle de constitucionalidade na ação direta de inconstitucionalidade junto à Constituição.

¹²⁴ BARROSO, Luís Roberto. Op. cit., p. 171.

¹²⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADI-MC 2.381-RS**. Requerente: Partido Progressista Brasileiro - PPB, Requerido: Governador do Estado do Rio Grande do Sul, Relator: Min. Sepúlveda Pertence, Brasília, DJU 14 dez. 2001. Disponível em <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=3475>> acesso em 23 de fev. de 2017.

¹²⁶ CUNHA JÚNIOR, Dirley da. Op. cit., p. 312.

3.3.1.2. Da Ação Declaratória de Constitucionalidade.

Foi por meio da Emenda Constitucional 03, de 17 de março de 1993, que a ação declaratória de constitucionalidade foi introduzida no direito constitucional brasileiro, alterando a redação da alínea “a” do inciso I do artigo 102 e inserindo o parágrafo 2º ao artigo 102 da Constituição Federal.

A ação declaratória de constitucionalidade é uma ação direta de controle concentrado, de competência exclusiva ao Supremo Tribunal Federal, conforme o artigo 102, inciso I, alínea “a” da Constituição Federal de 1988:

Art. 102. Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe:

I - processar e julgar, originariamente:

a ação direta de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal ou estadual e a ação declaratória de constitucionalidade de lei ou ato normativo federal¹²⁷;

A Constituição Federal de 1988 autorizou os Estados a instituírem a representação de inconstitucionalidade, assim como aduz Dirley da Cunha Júnior:

Questão interessante é saber se as Constituições Estaduais podem prever a ação declaratória de constitucionalidade. A despeito da ausência de autorização constitucional- cumpre esclarecer que a Constituição Federal autorizou os Estados a instituírem a representação de inconstitucionalidade (CF/88, art. 125, § 2º)- a doutrina majoritária defende a possibilidade da criação, por emenda à Constituição do Estado, da ação declaratória de constitucionalidade no âmbito estadual, de competência dos Tribunais de Justiça e tendo por objeto lei ou ato normativo estadual ou municipal questionado em face da Carta Estadual¹²⁸.

Com o fim de esclarecer dúvidas e solucionar incertezas existentes acerca da constitucionalidade da lei ou do ato normativo federal manifestadas em virtude de controvérsia judicial, a ação declaratória de constitucionalidade busca a confirmação da lei ou do ato questionado e a declaração de sua constitucionalidade.

¹²⁷ BRASIL. **Constituição de 1988**. Op. Cit.

¹²⁸ CUNHA JÚNIOR, Dirley da. Op. cit. 2012. p. 273.

O artigo 103, parágrafo 4º, estabelecia que poderiam propor ação declaratória de constitucionalidade o Presidente da República, a Mesa do Senado Federal ou o Procurador da República, no entanto, com o advento da Emenda Constitucional 45/2004, os mesmos legitimados para a ação direta de inconstitucionalidade passaram a ser legitimados para propor a ação declaratória de constitucionalidade. De acordo com o artigo 103 da Constituição Federal, podem propor ação declaratória de constitucionalidade o Presidente da República, a Mesa do Senado Federal, a Mesa da Câmara dos Deputados, a Mesa da Assembleia Legislativa ou da Câmara Legislativa do Distrito Federal, o Governador de Estado ou do Distrito Federal, o Procurador-Geral da República, o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, partido político com representação no Congresso Nacional e confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional.

De acordo com Gilmar Ferreira Mendes e Paulo Gustavo Gonet Branco, a controvérsia judicial é pressuposto de admissibilidade e deve ser demonstrada previamente, embora a Constituição Federal de 1988 não tenha previsto isso expressamente:

Embora o texto constitucional não tenha contemplado expressamente esse pressuposto, é certo que ele é inerente às ações declaratórias, mormente às ações declaratórias de conteúdo positivo. Assim, não se afigura admissível a propositura de ação declaratória de constitucionalidade se não houver controvérsia ou dúvida relevante quanto à legitimidade da norma. Evidentemente, são múltiplas as formas de manifestação desse estado de incerteza quanto à legitimidade da norma. A insegurança poderá resultar de pronunciamentos contraditórios da jurisdição ordinária sobre a constitucionalidade de determinada disposição. Assim, se a jurisdição, através de diferentes órgãos, passar a afirmar a inconstitucionalidade de determinada lei, poderão os órgãos legitimados, se estiverem convencidos de sua constitucionalidade, provocar o STF para que ponha termo à controvérsia instaurada. Da mesma forma, pronunciamentos contraditórios de órgãos jurisdicionais diversos sobre a legitimidade da norma poderão criar o estado de incerteza apto a legitimar a propositura da ação, uma vez que, por si só, ela não obsta à plena aplicação da lei. Assim, não configurada dúvida ou controvérsia relevante sobre a legitimidade da norma, o STF não deverá conhecer a ação proposta¹²⁹.

¹²⁹ MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Op. cit., p. 1222.

Todas as normas constitucionais, incluindo as normas de caráter formal ou material, assim como tratados internacionais de direitos humanos com força de emenda constitucional podem servir de parâmetro para a ação declaratória de constitucionalidade, conforme o que expõem Gilmar Ferreira Mendes e Paulo Gustavo Gonet Branco:

No que toca ao parâmetro de controle da ADC não há distinção relevante a seu equivalente no controle da ADI. Alcança-se todo o texto constitucional, aqui abrangidas normas de caráter formal ou material. O parâmetro também atinge princípios constitucionais materiais, mesmo que não indicados explicitamente no texto da Constituição. De igual modo, reporta-se a tratados internacionais de direitos humanos com força de emenda constitucional, nos termos do art. 5º, § 3º, da Constituição da República¹³⁰.

Todas as leis ou os atos normativos federais questionados em face da Constituição Federal podem servir como objeto da ação declaratória de constitucionalidade, dessa forma, cabe ação declaratória de constitucionalidade em face de emenda constitucional, lei complementar, lei ordinária, resolução de órgão do Poder Judiciário, do Conselho Nacional de Justiça, decreto legislativo, medida provisória, tratado internacional já promulgado, decreto do executivo de perfil autônomo, não sendo cabível ter como objeto ato normativo revogado.

3.3.1.3. Da Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão.

A ação direta de inconstitucionalidade por omissão é um mecanismo de controle concentrado-principal das omissões do poder público, em virtude do não cumprimento de uma norma constitucional certa e determinada, ou seja, da inércia inconstitucional dos órgãos de direção política.

A finalidade da ação direta de inconstitucionalidade por omissão é a defesa objetiva da Constituição Federal, sendo que no Brasil, poucas ações diretas de inconstitucionalidade foram propostas, conforme arguem Gilmar Ferreira Mendes e Paulo Gustavo Gonet Branco:

¹³⁰ Ibidem. Op. cit., p. 1224.

No Brasil, a ação direta por omissão teve até agora uma aplicação restrita. Pouco mais de uma centena de ações diretas de inconstitucionalidade por omissão foram propostas perante o Supremo Tribunal Federal¹³¹.

De acordo com o artigo 12-A, da Lei 9.868/99, ficou estabelecido que os legitimados à propositura da ação direta de inconstitucionalidade por omissão são os mesmos legitimados à propositura da ação direta de inconstitucionalidade e da ação declaratória de constitucionalidade: o Presidente da República, a Mesa do Senado Federal, a Mesa da Câmara dos Deputados, a Mesa da Assembleia Legislativa ou da Câmara Legislativa do Distrito Federal, o Governador de Estado ou do Distrito Federal, o Procurador-Geral da República, o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, partido político com representação no Congresso Nacional e confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional.

Ainda de acordo com a Lei 9.868/99, em seu artigo 12-F, é cabível medida cautelar em caso de excepcional urgência e relevância da matéria, para que a aplicação da lei seja suspensa e/ou os processos judiciais ou administrativos sejam suspensos. O Tribunal, por decisão de maioria absoluta, poderá conceder medida cautelar, após audiência dos órgãos ou autoridades responsáveis pela omissão inconstitucional, que deverão pronunciar-se no prazo de cinco dias.

As normas constitucionais de eficácia limitada podem servir de parâmetro para a ação direta de inconstitucionalidade por omissão. Assim sendo, se a norma constitucional não depende de qualquer medida para efetivar-se, ela não será parâmetro para o controle de constitucionalidade por meio da ação direta de inconstitucionalidade por omissão, conforme argui Dirley da Cunha:

De um modo geral, a ação direta de inconstitucionalidade por omissão tem por parâmetro todas as normas constitucionais que careçam de medidas de efetivação. Por óbvio, se a norma constitucional não depende de qualquer medida para efetivar-se, podendo ser aplicada imediatamente, ela não é parâmetro para o controle de constitucionalidade por meio da ação em tela. Assim, em conformidade com a classificação apresentada por José Afonso da

¹³¹ Ibidem. Op. cit., p. 1233.

Silva, só as normas constitucionais de eficácia limitada podem servir de parâmetro para a ação de inconstitucionalidade por omissão¹³².

Por outro lado, com relação ao objeto, só as omissões inconstitucionais de eficácia limitada podem ser impugnadas pela ação direta de inconstitucionalidade por omissão. Por isso, conclui-se que se todas as normas possuísem eficácia plena, não haveria omissão inconstitucional.

Para que ocorra a inconstitucionalidade por omissão, são necessários certos pressupostos, assim como afirma Dirley da Cunha:

Em suma, são pressupostos da inconstitucionalidade por omissão: a) que a violação da Constituição decorra do não cumprimento de “certa e determinada” norma constitucional; b) que se trate de norma constitucional não exequível por si mesma (normas constitucionais de eficácia limitada), e c) que, na circunstância concreta da prática legislativa, faltem as medidas necessárias para tornar exequível aquela norma constitucional¹³³.

É válido ressaltar que só haverá omissão inconstitucional se a medida omitida for indispensável à praticabilidade das normas constitucionais, ou seja, quando existe o dever constitucional de atuação do Poder Público. A omissão inconstitucional será total quando consiste na absoluta falta de ação do Poder Público e será parcial quando o Poder Público atuar, porém de forma incompleta em desconformidade com a Constituição.

3.3.1.4. Da Arguição de Descumprimento Fundamental.

Esta ação foi prevista desde o texto original da Constituição pelos constituintes no parágrafo único do art. 102. Somente após 1993, com o advento da emenda constitucional n. 3, sua previsão foi realocada ao § 1º do mesmo artigo com a seguinte redação:

§ 1.º A arguição de descumprimento de preceito fundamental, decorrente desta Constituição, será apreciada pelo Supremo Tribunal

¹³² CUNHA JÚNIOR, Dirley da. Op. cit. 2016. p. 339.

¹³³ CUNHA JÚNIOR, Dirley da. Op. cit. 2012. p. 235-236.

Federal, na forma da lei. (Transformado do parágrafo único em § 1º pela Emenda Constitucional nº 3, de 17/03/93)¹³⁴.

Sua regulamentação encontra-se prevista na Lei n. 9.882, de 03 de dezembro de 1999, que dispõe sobre o processamento e julgamento de arguição de descumprimento de preceito fundamental, nos termos do § 1º do art. 102 da Constituição Federal¹³⁵.

Nas palavras do Ministro Barroso, a ação de arguição de descumprimento fundamental possuía, inicialmente, uma dupla função institucional, conforme o Projeto de Lei n. 17, de 1999¹³⁶:

i) a de instrumento de governo, consubstanciada na possibilidade de os legitimados do art. 103 alçarem diretamente ao conhecimento do Supremo Tribunal Federal a discussão de questões sensíveis, envolvendo risco ou lesão a preceito fundamental ou relevante controvérsia constitucional, e; ii) a de instrumento de cidadania, de defesa de direitos fundamentais, ao admitir a propositura da arguição por qualquer pessoa lesada ou ameaçada por ato do Poder Público¹³⁷

Contudo, esta última função desta ação foi, de acordo com as razões expostas pelo Presidente da República sobre o veto do inciso II, do art. 1º, da Lei 9.882/99, afastada sob o argumento de que possibilitava de forma desmedida o acesso ao Supremo Tribunal Federal a qualquer pessoa, o que seria incompatível com o sistema de controle abstrato:

A disposição insere um mecanismo de acesso direto, irrestrito e individual ao Supremo Tribunal Federal sob a alegação de descumprimento de preceito fundamental por "qualquer pessoa lesada ou ameaçada por ato do Poder Público". A admissão de um acesso individual e irrestrito é incompatível com o controle concentrado de legitimidade dos atos estatais – modalidade em que se insere o instituto regulado pelo projeto de lei sob exame. A inexistência de qualquer requisito específico a ser ostentado pelo

¹³⁴ BRASIL. **Constituição de 1988**. Op. Cit.

¹³⁵ BRASIL. **Lei n. 9.882**, de 03 de dezembro de 1999. Diário Oficial da União. Brasília, DF: Poder Legislativo, 06 dez. 1999, p. 01. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19882.htm> acesso em 06 de mar. de 2017.

¹³⁶ PRESIDÊNCIA DA REPÚBLICA. **Mensagem nº 1.807**, de 03 de dezembro de 1999. Subchefia para Assuntos Jurídicos. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/Mensagem_Veto/1999/Mv1807-99.htm> acesso em 06 de mar. de 2017.

¹³⁷ BARROSO, Luís Roberto. Op. cit., p. 273.

proponente da arguição e a generalidade do objeto da impugnação fazem presumir a elevação excessiva do número de feitos a reclamar apreciação pelo Supremo Tribunal Federal, sem a correlata exigência de relevância social e consistência jurídica das arguições propostas¹³⁸. (grifos meus).

Haja vista que na exposição dos motivos do veto ao inciso II do artigo 2º do PL nº 17 de 1999, o Presidente argui que não há requisitos específicos a serem exibidos pelo proponente, o que proporcionaria acesso total e irrestrito ao Supremo Tribunal Federal, a Comissão Especial Mista, criada para adequar o ordenamento jurídico à Emenda Constitucional n. 45, ofereceu o Projeto de Lei n. 6.543/06, que altera a Lei nº 9.882, de 03 de dezembro de 1999, para legitimar, para a propositura de arguição de descumprimento de preceito fundamental, as pessoas lesadas ou ameaçadas de lesão por ato do Poder Público, dando, também, outras providências, vejamos a proposta:

Art. 1º O art. 2º da Lei nº 9.882, de 3 de dezembro de 1999, passa a vigor acrescido dos seguintes inciso III e § 3º, dando-se nova redação ao § 1º:

Art. 2º...

III- qualquer pessoa lesada ou ameaçada de lesão por ato do Poder Público.

§ 1º Na hipótese do inciso III, faculta-se ao interessado, mediante representação, solicitar a propositura de arguição de descumprimento de preceito fundamental ao Procurador-Geral da República, que, examinando os fundamentos jurídicos do pedido, decidirá do cabimento do seu ingresso em juízo.

§ 3º A propositura da arguição pelas pessoas referidas no inciso III do caput deste artigo deverá observar os requisitos fixados no Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal, exigindo-se que a questão constitucional discutida no caso atenda aos mesmos requisitos exigidos para a caracterização da repercussão geral a que se refere o § 3º do art. 102 da Constituição¹³⁹.

¹³⁸ BRASIL. **Mensagem nº 1.807**. Op. cit.

¹³⁹ COMISSÃO ESPECIAL MISTA - REGULAMENTAÇÃO DA EMENDA 45. **Projeto de Lei n. 6.543** de 24 de janeiro de 2006. Câmara dos Deputados - Projetos de Leis e Outras Proposições. Brasília, DF: Poder Legislativo. Disponível em <<http://www.camara.gov.br/sileg/integras/391242.pdf>> acesso em 06 de mar. de 2017.

Vemos, deste logo que, este Projeto de Lei, busca ultrapassar as razões do veto outrora apresentado pelo Presidente da República, criando requisitos pertinentes aos requerentes desta ação. Estes requisitos são muito parecidos, se não idênticos com aqueles já existentes como pressupostos de admissibilidade dos Recursos Extraordinários ao Supremo tribunal Federal. Ou seja, a ação de arguição de descumprimento de preceito fundamental sairia do campo exclusivo dos legitimados do art. 103, para estender-se a qualquer pessoa lesada ou ameaçada de lesão por ato do Poder Público, desde que comprove a repercussão geral prevista no § 3º do art. 102 da Constituição:

§ 3º No recurso extraordinário o recorrente deverá demonstrar a repercussão geral das questões constitucionais discutidas no caso, nos termos da lei, a fim de que o Tribunal examine a admissão do recurso, somente podendo recusá-lo pela manifestação de dois terços de seus membros¹⁴⁰.

Contudo, este Projeto de Lei encontra-se parado em virtude da não conclusão da apreciação da MPV 451/08, com prazo encerrado e esperando que seja apreciado pelo plenário da Câmara dos Deputados desde 09 de março de 2009¹⁴¹.

Pois bem, adentrando especificamente ao parâmetro de controle da referida ação, temos que são os próprios preceitos fundamentais inseridos na Constituição, ou seja, apenas algumas normas constitucionais de vital importância.

Nesse contexto, pode-se conceituar preceito fundamental como toda norma constitucional – norma-princípio e norma-regra – que serve de fundamento básico de conformação e preservação da ordem jurídica e política do Estado. São as normas que veiculam os valores supremos de uma sociedade, sem os quais a mesma tende a desagregar-se, por lhe faltarem os pressupostos jurídicos e políticos essenciais¹⁴²

¹⁴⁰ BRASIL. **Constituição de 1988**. Op. Cit.

¹⁴¹ CÂMARA. **Projeto de Lei n. 6.543**, de 24 de janeiro de 2006. Sítio Eletrônico de Acompanhamento de Projetos de Leis. Brasília, DF: Poder Legislativo. Disponível em <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=312308>> acesso em 06 de mar. de 2017.

¹⁴² CUNHA JÚNIOR, Dirley da. Op. cit. 2012. p. 285.

O professor Dirley acredita que há um consenso entre a doutrina e o Supremo Tribunal Federal em identificar como preceitos fundamentais as seguintes normas constitucionais:

- a) os princípios fundamentais do título I da Constituição Federal, que fixam as estruturas básicas de configuração política do Estado (arts. 1º ao 4º);
- b) os direitos e garantias fundamentais, que limitam a atuação dos poderes em favor da dignidade da pessoa humana (**sejam os declarados no catálogo expressado no título II ou não, ante a abertura material proporcionada pelo § 2º do art. 5º e, agora, pelo § 3º do mesmo artigo**); (grifos meus).
- c) os princípios constitucionais sensíveis, cuja inobservância pelos Estados autoriza até intervenção federal (art. 34, VII) e
- d) as cláusulas pétreas, que funcionam como limitações materiais ou substanciais ao poder de reforma constitucional, compreendendo *as explícitas* (art. 60, § 4º, incisos I a IV) e *as implícitas* (ou inerentes, que são aquelas limitações não previstas expressamente no texto constitucional, mas que, sem embargo, são inerentes ao sistema consagrado na Constituição, como, por exemplo, a vedação de modificar o próprio titular do Poder Constituinte Originário e do Poder Reformado, bem assim a impossibilidade de alterar o processo constitucional de emenda).

... as normas de organização política do Estado (título III) e de organização dos próprios Poderes (título IV), porquanto possuem o ponto nuclear do sistema federativo brasileiro e do equilíbrio entre os Poderes do Estado¹⁴³.

Pois bem, vemos que na ação de arguição de descumprimento de preceito fundamental, há a previsão de que os tratados internacionais de direitos humanos aprovados dentro da regra do § 3º, do art. 5º, da CF, sejam considerados preceitos fundamentais e outrora parâmetro de controle desta ação.

¹⁴³ CUNHA JÚNIOR, Dirley da. Op. cit. 2012. p. 287.

4. CONCLUSÃO

Considerando que a Constituição é uma ideia do dever ser. Que esta ideia encontra-se em constante mutação no transcorrer das eras, nações e territórios. Que as principais matérias elencadas na Constituição são, básica e principalmente, dos direitos fundamentais do homem, a limitação do poder estatal e a organização destes mesmos poderes estatais.

Tendo em vista que as normas constitucionais devem ser respeitadas pelas demais normas do ordenamento jurídico. Que a Constituição deve ser tida, entre outras concepções, norma jurídica – norma das normas. Que é hierarquicamente superior a todos outros dispositivos jurídicos. Que só é, formalmente, constituição aquilo que se encontra inserido dentro do texto constitucional. Que seu processo de alteração deve ser mais rígido que de outras normas. Que só há um meio de alterar o texto constitucional: emendas constitucionais.

No sentido que os direitos fundamentais são a positivação constitucional das dimensões dos direitos humanos na esfera interna do ordenamento jurídico. Que estes direitos fundamentais positivados em sede da Constituição não podem ser suprimidos por ser considerados essenciais a própria existência do Estado Democrático de Direito com fim à dignidade da pessoa humana.

Observando que a Constituição possui mecanismos de defesa com fim na manutenção e perpetuação do modelo político e jurídico inaugurado pela mesma. Que o guardião da Constituição, o Supremo Tribunal Federal, ainda não se posicionou sobre possibilidade dos decretos legislativos devidamente incorporados pela regra do § 3º, do art. 5º, da Constituição, servirem como parâmetro de controle de constitucionalidade das leis e atos normativos do ordenamento jurídico pátrio.

Obedecendo a regra do § 3º, art. 5, CF, que impõe expressamente que os tratados internacionais de direitos humanos aprovados pela regra do § 3º, art. 5, CF - três quintos dos votos dos respectivos membros em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos - serão equivalentes às emendas constitucionais, apoiam a

ideia de que seria perfeitamente possível ter como parâmetro um bloco formal de constitucionalidade.

Isto em razão daqueles tratados internacionais que versem sobre direitos humanos já possuírem conteúdo materialmente constitucional, e, após aprovados pelo mesmo rito exigido pelas emendas constitucionais, é certo que, nossos representantes legais entendem que a sociedade mais a República escolheram atribuir aos tratados internacionais de direitos humanos hierarquia constitucional.

A questão é saber em que medida a compreensão da nossa Corte Constitucional será coerente com os efeitos decorrentes da inserção do § 3º no art. 5º da Constituição. Ora, por mais que nossa constituição seja prolixa, extensa e inchada, a mesma se presenteou com cláusula de inesgotabilidade dos direitos fundamentais que permite o fluxo de entrada de novos direitos fundamentais que, talvez, não estejam inseridos, formalmente, no corpo da Constituição.

Esta porta de entrada ao nosso ordenamento jurídico para novos direitos fundamentais é a política afirmativa de que nosso Estado Democrático de Direito sempre será simpático às novas dimensões de direitos fundamentais que a humanidade venha a conquistar e compartilhar com os demais.

Como apresentado no trabalho, o guardião da Constituição, Órgão de cúpula de um dos Poderes Constituídos, não poderia deixar de considerar a possibilidade de admitir que a Constituição prevê a existência de um bloco de constitucionalidade formal a ser composto pela Constituição juntamente com os Decretos Legislativos que venham a incorporar tratados internacionais de direitos humanos na forma do § 3º no art. 5º da Constituição.

Desta forma, no controle de constitucionalidade difuso, a parte que arguir incidentalmente a inconstitucionalidade de qualquer lei ou ato normativo, poderá, obviamente, apresentar ao Juízo competente novo parâmetro de controle, sendo, atualmente, o Decreto Legislativo nº 186, de 09 de julho de 2008, a única legislação capaz de servir ao novo modelo de parâmetro de controle de constitucionalidade, pois preenche todos os requisitos, materiais e formais, para tanto.

De igual modo, no controle concentrado de constitucionalidade, aqueles que o são legitimados para apresentarem ao Supremo Tribunal Federal ação própria para o debate, processamento e julgamento, de forma abstrata, a constitucionalidade de lei ou ato normativo, poderão também se valer do novo parâmetro de controle de constitucionalidade, no caso em tela, o Decreto Legislativo nº 186, de 09 de julho de 2008, a funcionar conjuntamente ao lado da Constituição, como se ela fosse.

Por tudo acima exposto, verifica-se que esta possibilidade da existência de bloco formal de constitucionalidade encontra-se perfeitamente possível conforme norma constitucional preconizada ao § 3º, art. 5º da Constituição, inserida pela Emenda Constitucional nº 45. Fala-se em bloco haja vista que a Constituição não pode ser alterada por processo distinto das Emendas Constitucionais. Contudo, atribuir efeitos de norma constitucional aos tratados internacionais de direitos humanos pelo mesmo quórum exigido às Emendas, tornam estes diplomas aptos a surtirem efeitos como de considera-los formalmente Constituição. Devem também ser considerados como cláusulas pétreas por simetria ao tratamento dado aos direitos fundamentais presentes na Constituição.

Na esfera das questões jurídicas, percebe-se que um dos principais efeitos a este bloco formal de constitucionalidade seria de ter, na parte processual do controle de constitucionalidade, difuso ou concentrado, uma expansão do parâmetro clássico do controle, somando-se à Constituição todos os Tratados Internacionais de Direitos Humanos incorporados ao nosso ordenamento jurídico, por meio de Decretos Legislativos devidamente aprovados em dois turnos em cada Casa do Congresso Nacional, por três quintos dos votos dos respectivos membros e promulgados pelo Presidente da República através de Decreto.

A ampliação da parametrização do controle de constitucionalidade, nestes termos, é perfeitamente possível e completamente necessário para que, no controle difuso, as partes tenham possibilidade de levantar para si o incidente de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo que, genericamente, esteja em desconformidade com o Tratado Internacional do qual o Brasil se propôs a cumprir, possibilitando, em caso concreto, a adequação da legislação impugnada para satisfação da pretensão das partes.

A ampliação da parametrização do controle de constitucionalidade, no controle concentrado, terá papel fundamental de paradigma necessário às ações constitucionais para que os legitimados possam oferecê-las ao Supremo Tribunal Federal com fim de que este proceda a proteção da Constituição, bem como a adequação e manutenção das leis e atos normativos não mais condizentes com o novo rol de direitos fundamentais inseridos no ordenamento jurídico com hierarquia de norma constitucional.

5. BIBLIOGRAFIA.

Para elaboração da presente Monografia apresentada foram consultadas as seguintes referências:

BARROSO, Luís Roberto. **O Controle de Constitucionalidade no Direito Brasileiro** – Exposição sistemática e análise crítica da jurisprudência. São Paulo: Saraiva, 2009.

BECCARIA, Cesare. **Dos Delitos e das Penas**. São Paulo: Martin Claret, 2005.

CAMARGO, Marcelo Novelino (organizador). **Direito Constitucional: Leituras Complementares**. Salvador: JusPODIVM, 2006. SARLET, Ingo Wolfgang (redator). Capítulo XII – A Reforma do Judiciário e os Tratados Internacionais de Direitos Humanos: Observações sobre o § 3º do art. 5º da Constituição, p. 231 a 246.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes; MENDES, Gilmar Ferreira; SARLET, Ingo Wolfgang; STRECK, Lenio Luiz (coordenadores). **Comentários à Constituição do Brasil**. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013. MAZZUOLI, Valerio de Oliveira (redator). Comentário ao Artigo 5º, § 3º, p. 518 a 524.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional: teoria do Estado e da Constituição**. Coimbra: Almedina, 1993.

_____. **Direito Constitucional**. Coimbra: Almedina, 1993.

CUNHA JÚNIOR, Dirley da. **Curso de Direito Constitucional**. Salvador: JusPODIVM. 2016.

_____. **Controle de Constitucionalidade Teoria e Prática**. Salvador: JusPODIVM, 2012.

DA SILVA, José Afonso. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Malheiros, 2008.

LENZA, Pedro. **Direito Constitucional Esquematizado**. São Paulo: Saraiva, 2009.

MALUF, Sahid. **Teoria Geral do Estado**. São Paulo. Saraiva, 2007.

MARCONI, Marina de Andrade. **Metodologia Científica: para o curso de direito**. São Paulo: Atlas, 2001.

MARTINS, Ives Gandra da Silva; MENDES, Gilmar Ferreira. **Controle Concentrado de Constitucionalidade**. São Paulo: Saraiva, 2009.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2016.

MORAES, Guilherme Peña de. **Curso de Direito Constitucional**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2008.

NOVELINO, Marcelo. **Teoria da Constituição e Controle de Constitucionalidade**. Salvador: JusPODIVM, 2008.

OLIVEIRA NETO, Olavo. **Manual de Monografia Jurídica**. São Paulo: Quartier Latin do Brasil, 2007.

SLAIB FILHO, Nagib. **Reforma da Justiça** (notas à emenda constitucional nº 45, de 8 de dezembro de 2004). Niterói: Impetus, 2005.

SIEYES, Emmanuel Joseph. **A Constituinte Burguesa: *Quést-Ce Que Le Tiers État?***. Freitas Bastos Editora, 2014.

TAVARES, André Ramos. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2015.

BRASIL. **Decreto n. 6.949**, de 25 de agosto de 2009. Diário Oficial da União. Brasília, DF: Poder Executivo, 26 ago. 2009, p. 03. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2009/Decreto/D6949.htm> acesso em 03 de nov. de 2016.

BRASIL. **Decreto Legislativo n. 186**, de 09 de julho de 2008. Diário Oficial da União. Brasília, DF: Poder Legislativo, 10 jul. 2008, Seção 1, Edição 131, p. 01. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Congresso/DLG/DLG-186-2008.htm> acesso em 03 de nov. de 2016.

BRASIL. **Estatuto da Pessoa com Deficiência**. Lei nº 13.146, de 06 de julho de 2015. Diário Oficial da União. Brasília, DF: Poder Legislativo, 07 jul. 2015, Seção 1, p. 02. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/Lei/L13146.htm> acesso em 03 de nov. de 2016.

BRASIL. **Código Civil de 2002**. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Diário Oficial da União. Brasília, DF: Poder Legislativo, 11 jan. 2002, p. 01. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406compilada.htm> acesso em 03 de nov. de 2016.

BRASIL. **Código de Processo Civil de 2015**. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. Diário Oficial da União. Brasília, DF: Poder Legislativo, 17 mar. 2015, p. 01. Disponível em <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm> acesso em 03 de nov. de 2016.

BRASIL. **Código Penal de 1940**. Decreto-Lei n. 2.848, de 07 de dezembro de 1940. Diário Oficial. Rio de Janeiro: Poder Executivo, 31 dez. 1940, p. 2.391. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm> acesso em 03 de nov. de 2016.

BRASIL. **Código de Processo Penal de 1941**. Decreto-Lei n. 3.689, de 03 de outubro de 1941. Diário Oficial. Rio de Janeiro: Poder Executivo, 13 out. 1941, p. 19.699. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689Compilado.htm> acesso em 03 de nov. de 2016.

BRASIL. **Código Tributário Nacional de 1966**. Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1966. Diário Oficial. Brasília, DF: Poder Legislativo, 27 out. 1966, p. 12.567. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L5172Compilado.htm> acesso em 03 de nov. de 2016.

BRASIL. **Constituição de 1988**. Constituição da República Federativa do Brasil, de 05 de outubro de 1988. Diário Oficial da União. Brasília, DF: Assembleia Nacional Constituinte, 05 de out. de 1988, ano CXXVI, nº 191-A, p. 01. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm> acesso em 04 de nov. de 2016.

BRASIL. EC nº 45. **Emenda Constitucional nº 45**, de 30 de dezembro de 2004. Diário Oficial da União. Brasília, DF: Congresso Nacional, 31 de dez. de 2004, p. 09. Disponível em <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Emendas/Emc/emc45.htm> acesso em 12 de nov. de 2016.

BRASIL. **Constituição de 1946**. Constituição dos Estados Unidos do Brasil, de 18 de setembro de 1946. Diário Oficial da União. Rio de Janeiro, RJ: Legislativo, 19 de set. de 1946, p. 01. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao46.htm> acesso em 23 de fev. de 2017.

BRASIL. **Lei n. 9.868**, de 10 de novembro de 1999. Diário Oficial da União. Brasília, DF: Poder Executivo, 11 nov. 1999, p. 01. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9868.htm> acesso em 23 de fev. de 2017.

BRASIL. **Lei n. 9.882**, de 03 de dezembro de 1999. Diário Oficial da União. Brasília, DF: Poder Legislativo, 06 dez. 1999, p. 01. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9882.htm> acesso em 06 de mar. de 2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADI MC nº 981**, Requerentes: Partido dos Trabalhadores e outros, Requerido: Congresso Nacional, Relator: Min. Néri da

Silveira, Brasília, DJ 05 ago. 1994. Disponível em <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/visualizarEmenta.asp?s1=000117358&base=baseAcordaos>> acesso em 04 nov. de 2016.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADI MC nº 2.356**. Requerentes: Confederação Nacional da Indústria, Requerido: Congresso Nacional, Relator: Min. Ayres Brito, Brasília, DJE 15 mai. 2011. Disponível em <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=623127>> acesso 04 nov. 2016

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADI MC/DF nº 2.135**. Requerentes: Partido dos Trabalhadores e outros, Requerido: Congresso Nacional, Relator: Min. Ellen Gracie, Brasília, Informativo 474. Disponível em <<http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo474.htm>> acesso 05 nov. 2016.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADI nº 4.425**. Requerentes: Confederação Nacional da Indústria, Requerido: Congresso Nacional, Relator: Min. Luiz Fux, Brasília, DJE 05 ago. 2013. Disponível em <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=5067184>> acesso 07 nov. 2016.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADI nº 1.946-MC**. Requerentes: Governador do Estado do Rio Grande do Sul, Requerido: Congresso Nacional, Relator: Min. Sydney Sanches, Brasília, DJ 14 set. 2001. Disponível em <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=266547>> acesso 07 nov. 2016.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADI nº 2.076**. Requerentes: Partido Social Liberal - PSL, Requerido: Assembleia Legislativa do Estado do Acre, Relator: Min. Carlos Velloso, Brasília, DJ 08 ago. 2003. Disponível em <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=375324>> acesso 09 nov. 2016.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **HC 97.256**. Paciente: Alexandre Mariano da Silva, Impetrante: Defensoria Pública da União, Coautor: Superior Tribunal de Justiça, Relator: Min. Ayres Britto, Brasília, DJE 16 dez. 2010. Disponível em <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=617879>> acesso 17 nov. 2016.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **RE 466.343**. Recorrente: Banco Bradesco S/A, Recorrido: Luciano Cardoso Santos, Relator: Min. Cezar Peluzo, Brasília, DJE 05 jun. 2009. Disponível em <<http://www.stf.jus.br/imprensa/pdf/re466343.pdf>> acesso 17 em nov. de 2016.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **MI 772 - AgR**. Agravante: Ramiro Carlos Rocha Rebouças, Relator: Min. Celso de Mello, Brasília, DJE 20 mar. 2009. Disponível em <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=582646>> acesso em 18 em nov. de 2016.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADI-MC 2.381-RS**. Requerente: Partido Progressista Brasileiro - PPB, Requerido: Governador do Estado do Rio Grande do Sul, Relator: Min. Sepúlveda Pertence, Brasília, DJU 14 dez. 2001. Disponível em <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=3475>> acesso em 23 de fev. de 2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **HC 70514-6 RS**. Pacientes: Marco Aurélio Rodrigues da Cruz e outro. Impetrante: Edson Brozoza. Coautor: Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Relator: Min. Sydney Sanches, Brasília, DJU 27 jun. 1997. Disponível em <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=72491>> acesso em 27 de fev. de 2017.

INGLATERRA. **Magna Charta Libertatum**, 1215. Disponível em <<http://www.constitution.org/eng/magnacar.htm>> acesso em 01 de nov. de 2016.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Constituição de 1787. **Constituição dos Estados Unidos da América**, de 17 de setembro de 1787. Pensilvânia: Convenção Constitucional da Filadélfia. Disponível em: <<http://www.direitobrasil.adv.br/arquivospdf/constituicoes/CUSAT.pdf>> acesso em 01 de nov. de 2016.

FRANÇA. Declaração de Direitos de 1789. **Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão**, de 26 de agosto de 1789. Paris: Assembleia Nacional Constituinte. Disponível em <<http://www.ambafrance-br.org/A-Declaracao-dos-Direitos-do-Homem>> acesso em 01 de nov. de 2016.

SENADO. Revisão constitucional começou em 93. **Jornal do Senado**. Brasília, DF: Poder Legislativo, edição de 19 de setembro de 2005. Disponível em <<http://www12.senado.leg.br/jornal/edicoes/2005/09/19/revisao-constitucional-comecou-em-93>> acesso em 04 de nov. de 2016.

TSE. Plebiscito de 1993. **Sítio eletrônico do Tribunal Superior Eleitoral**. Brasília, DF: Poder Judiciário. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/ECR/ecr1.htm> acesso em 04 de nov. de 2016.

Organização das Nações Unidas. **Declaração Universal dos Direitos Humanos**, de 10 de dezembro de 1948. Assembleia Geral das Nações Unidas. Disponível em: <<http://www.dudh.org.br/wp-content/uploads/2014/12/dudh.pdf>> acesso em 11 de nov. de 2016.

BRASIL. **Mensagem nº 1.807**, de 03 de dezembro de 1999. Presidência da República - Subchefia para Assuntos Jurídicos. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/Mensagem_Veto/1999/Mv1807-99.htm> acesso em 06 de mar. de 2017.

COMISSÃO ESPECIAL MISTA - REGULAMENTAÇÃO DA EMENDA 45. **Projeto de Lei n. 6.543** de 24 de janeiro de 2006. Câmara dos Deputados - Projetos de Leis e Outras Proposições. Brasília, DF: Poder Legislativo. Disponível em <<http://www.camara.gov.br/sileg/integras/391242.pdf> > acesso em 06 de mar. de 2017.

CÂMARA. **Projeto de Lei n. 6.543**, de 24 de janeiro de 2006. Sítio Eletrônico de Acompanhamento de Projetos de Leis. Brasília, DF: Poder Legislativo. Disponível em <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=312308>> acesso em 06 de mar. de 2017.