

# O princípio da supremacia constitucional e a inconstitucionalidade: uma leitura acerca da ordem constitucional de 1988 como determinante do parâmetro para controle de constitucionalidade

**Patrícia Cobianchi Figueiredo**

Especialista em Direito Constitucional – ESDC;  
Mestranda em Direito Constitucional – PUC-SP;  
Docente no curso de Direito – Uninove;  
São Paulo – SP [Brasil]  
patriciacobianchi@uninove.br

▼ Procura-se, neste artigo, fazer uma leitura do fenômeno da inconstitucionalidade como ofensa à supremacia da Constituição que, além de ser considerada garantia, atualmente requer que ela mesma seja assegurada. Por essa razão, preocupa-se, mais especificamente, com o parâmetro de constitucionalidade por meio do qual se identifica possível ofensa à Constituição. Em outras palavras, é intento deste estudo trazer à reflexão, ainda em um cenário incerto – bem por isso a partir de ensinamentos, de certa forma, já consolidados –, o problema em apontar qual é o parâmetro para o controle da constitucionalidade diante, não apenas do texto da Constituição Federal de 1988, mas também diante da ordem constitucional por ele inaugurada. Esse parâmetro é necessário ao intérprete no momento que precede a própria utilização dos meios disponíveis para o devido controle, vale dizer, a devida verificação da compatibilidade dos atos infraconstitucionais com os ditames oriundos da Lei Maior.

**Palavras-chave:** Bloco de constitucionalidade. Garantia da Constituição. Inconstitucionalidade. Parâmetro de controle. Supremacia da Constituição.

# 1 Introdução: o princípio da supremacia constitucional

Embora assente a idéia de supremacia constitucional a partir das primeiras constituições escritas, advindas das Revoluções Americana e Francesa, alguns antecedentes bem demonstram a supremacia de certas leis em relação a outras. No magistério de Manoel Gonçalves Ferreira Filho:

Data da Antiguidade a percepção de que, entre as leis, algumas há que organizam o próprio poder. São leis que fixam os seus órgãos, estabelecem as suas atribuições, numa palavra, definem a sua Constituição. Na célere obra de Aristóteles, *A política*, está clara essa distinção entre leis constitucionais e leis outras, comuns ou ordinárias. (2005, p. 3, grifo do autor).

Assim, a existência de leis materialmente supremas vem de longa data. Todavia, o mesmo não se pode afirmar quanto ao fato de tais leis serem postas em uma Constituição escrita, ou seja, normas constitucionais organizadas em um único texto. Nesse sentido, Oswaldo Aranha Bandeira de Mello nos traz que

As constituições escritas, em um corpo único, nacionais e limitativas das competências, só apareceram, de forma duradoura, com o advento das idéias que, no século XVIII, influíram nas revoluções [...] Dissemos, de forma duradoura, em virtude de, atendendo-se ao fato histórico, ter sido a primeira Constituição escrita, promulgada em 16 de dezembro de 1653, por CROMWELL [...] Mas, esta foi de vida efêmera. De passagem, observamos, que na Grécia, verbi gratia, nas leis de Atenas, já havia esboço de tal tipo de Constituição. E, se não

fosse forçar muito a nota, poderíamos filiar essa concepção à organização política do povo Hebreu. [...] Em França, desde o século XIV se distinguiam as leis do reino das leis do rei. [...] Durante a menoridade de Luiz XIV, o parlamento de Paris afirmou, vivamente, a existência de leis fundamentais, ou leis do reino, e tornou o aresto conhecido pelo nome de Aresto de União ou Declaração da Câmara de S. Luís, o qual, realmente, é uma constituição. (1980, p. 35,38).

No que concerne à primeira Constituição escrita, também Paulo Bonavides compartilha do entendimento mencionado de que “A primeira constituição escrita que apareceu no mundo, em bases modernas, ou seja, dotada de caráter ‘nacional e limitativo’, foi, segundo Esmein, o ‘Instrument of Government’, promulgado por Cromwell a 16 de dezembro de 1653, na Inglaterra.”. Contudo, lembra o autor, ainda com base em Esmein: “Demais, cumpre lembrar que o termo Constituição, consagrado pela linguagem política e jurídica para nomear de início apenas as Constituições escritas, fora desconhecido ‘antes do século XVII, pois as leis qualificadas como constitucionais se denominavam então leis fundamentais ou leis políticas” (2002, p. 85-86).

Nesse contexto, é possível afirmar que a supremacia constitucional antecede ao próprio movimento do constitucionalismo, ainda que considerada a primeira Constituição escrita, aquela de 1653. Isso porque o movimento do constitucionalismo – vale lembrar –, ao lado do liberalismo ainda do iluminismo, consolida-se apenas com as Revoluções Americana e Francesa. Nessa direção, embora os antecedentes citados, entre os quais se pode incluir até mesmo a Magna Carta de 1215, demonstrem a supremacia de certas leis – na acepção atual: leis constitucionais – para o fim deste estudo, foi a Constituição Federal norte-americana, de 1787, que, pela primeira vez, trouxe a seguinte cláusula, da qual foi extraído e sedimentado o princípio da supremacia da Constituição:

Artigo VI [...]

[2] Essa Constituição, e as Leis dos Estados Unidos, as quais deverão ser feitas em Obediência àquela; e todos os Tratados feitos ou que deverão ser feitos sob a Autoridade dos Estados Unidos, deverão ser a Lei suprema dessa Terra; e os Juízes em todos os Estados deverão estar vinculados por ela, não devendo prevalecer nada na Constituição ou Leis de qualquer Estado que lhe seja contrário<sup>1</sup>.

Foi esse dispositivo, entre outros, que sustentou a histórica decisão no caso *Marbury versus Madison*, em 1803, e inaugurou o conhecido controle judicial de constitucionalidade, sem prejuízo de precedentes que já firmavam a supremacia da constituição tal como manifestada no caso por John Marshall. Conforme o magistério de Themistocles Brandão Cavalcanti,

Quando o sistema judiciário da Federação Americana começou a funcionar, já havia uma tradição de subordinação de todas as normas legislativas à Constituição. Foi porém em 1803, quando se verificou a decisão de Marshall no caso *Marbury-v-Madison*, ainda hoje considerado o padrão nos julgamentos de inconstitucionalidade, que o princípio se firmou [...] (1966, p. 51).

Na França, a partir da Constituição de 1891, também houve a promoção da supremacia constitucional e o posterior desenvolvimento de um controle de constitucionalidade que, embora distinto daquele da Federação Americana, não afeta a concepção comum sobre o princípio de tal supremacia.

Diante desses precedentes históricos, buscam-se, em Canotilho, ao tratar da idéia de Estado Constitucional, as lições acerca da supremacia da Constituição:

A constituição confere à ordem estadual e aos actos dos poderes públicos medida e forma. Precisamente por isso, a lei constitucional não é apenas – como sugeria a teoria tradicional do estado de direito – uma simples lei incluída no sistema ou no complexo normativo-estadual. Trata-se de uma verdadeira ordenação normativa fundamental dotada de *supremacia* – supremacia da constituição – e é nesta supremacia normativa da lei constitucional que o ‘*primado do direito*’ do estado de direito encontra uma primeira e decisiva expressão. Do princípio da constitucionalidade e da supremacia da constituição deduzem-se vários outros elementos constitutivos do princípio do estado de direito. (2000, p. 245, grifos do autor).

Da supremacia da Constituição decorre a necessidade de controle da constitucionalidade –vale dizer que esse controle visa assegurar a supremacia da Constituição. Acrescente-se que, atualmente, não se trata apenas de assegurar a supremacia da Constituição vista como garantia, mas também a própria garantia da Carta Magna. Nesse sentido, as lições de Jorge Miranda:

A garantia da Constituição revela-nos o Direito constitucional: vamos ver que justamente o actual estágio do Direito Constitucional leva consigo uma fase de busca de garantia da Constituição, em confronto com uma fase anterior em que se descobre na própria Constituição a garantia. (1996, p. 14).

É sob tal perspectiva que se passa a tecer algumas palavras acerca do fenómeno da inconstitucionalidade, embora se reconheça que, seja qual for a perspectiva estudada, o objetivo, em suma, é sempre o mesmo: evitar o nascimento da inconstitucionalidade ou expurgá-la do ordenamento jurídi-

co por ofensa ao princípio da supremacia constitucional; em razão disso, é que se busca maior efetividade nos meios de controle.

## 2 Inconstitucionalidade

O fenômeno da inconstitucionalidade é analisado por Jorge Miranda (1996, p. 310), após apresentar uma noção ampla desse fenômeno, tendo como base a idéia de que constitucionalidade e inconstitucionalidade designam conceitos de relação entre a Constituição e um comportamento de caráter normativo e valorativo. Para o autor, não se trata de simples adequação, mas do cumprimento de certa norma jurídica.

Trata-se da noção ampla de inconstitucionalidade, pois abarca tanto ações quanto omissões dos órgãos do poder político ou particulares que envolvem regimes jurídicos diversos. É esse também o posicionamento de Elival da Silva Ramos ao afirmar que a idéia de inconstitucionalidade no sentido amplo “[...] exprime contrariedade à Constituição por uma declaração expressa de vontade (negócio jurídico), na sua formação ou no seu conteúdo. Abrangeria, assim, os negócios jurídicos públicos ou privados violadores da Lei Maior.” (1994, p. 61).

É sabido, contudo, que atualmente não se distinguem, com a mesma facilidade que antes, os objetos do Direito Público daqueles do Direito Privado, o que se deve, principalmente, ao fenômeno da publicização do Direito Privado ou, mais especificamente, da constitucionalização de certos direitos que, embora tenham seu nascedouro no Direito Privado, hoje se encontram constitucionalizados. Assim, diante dessa noção ampla de inconstitucionalidade e da Constituição Federal vigente, pode-se citar como exemplos de inconstitucionalidade o descumprimento da função social da propriedade, que a própria Constituição expressamente o sanciona (art. 182, § 4º), e a violação do direito à imagem que tem a indenização assegurada no próprio texto. Seguir nesse contexto, contudo, seria afastar-nos,

em demasia, do estudo proposto, mesmo porque, numa concepção ainda mais ampla, qualquer comportamento em desconformidade com os ditames constitucionais pode ser considerado inconstitucional.

Importa, então, salientar a noção restrita de inconstitucionalidade, que os estudiosos que a abordam buscam justificar com a relevância do não-cumprimento de normas constitucionais pelo Estado, o que leva tal noção a ficar restrita a um regime próprio de Direito Constitucional. Observa-se também aqui que, atualmente, não é tarefa fácil indicar, com precisão, o que abarca o regime de Direito Constitucional, questão que, por si só, comportaria outro estudo.

Nota-se, igualmente, que, reduzindo ainda mais a concepção para abarcar tão-somente as leis, entre todos os atos que podem ser inconstitucionais, temos o seguinte conceito: “Inconstitucional é, como é obvio, a lei que contém, no todo ou em parte, prescrições incompatíveis ou inconciliáveis com a Constituição.” (BITTENCOURT, 1949, p. 53). Segundo Elival da Silva Ramos,

A inconstitucionalidade dos atos legislativos, entretanto, deve sempre merecer tratamento específico, posto que apresenta regime jurídico próprio, tanto no que concerne ao vício e à sanção de inconstitucionalidade quanto no que toca aos instrumentos estabelecidos para o seu controle, devendo ser apartada de ‘certas modalidades de contradição que encontrarão as suas formas pertinentes de nulificação’. (1994, p. 61).

E prossegue o autor, com o qual concordamos:

A relação de inconstitucionalidade parte da Constituição-parâmetro, para colher os atos legislativos editados, subsequentemente, com desrespeito aos requisitos de validade nela contidos. Importa, pois, em uma valoração negativa, segundo

a qual a lei é tida como defeituosa, viciada, em face do parâmetro constitucional. Não é despicienda a observação de Marcelo Neves, consoante a qual a inconstitucionalidade ‘é um problema de relação intra-sistemática de normas jurídicas, abordado do ponto de vista interno, conforme os critérios de validade contidos nas normas constitucionais’. (1994, p. 63).

Com tais considerações acerca da noção, ampla e restrita, de inconstitucionalidade, evidencia-se que, independentemente da noção adotada, sempre estará presente a Constituição como parâmetro; o que varia, portanto, é o comportamento que, com ela, se relacionará para se chegar à constitucionalidade ou inconstitucionalidade. Assim, impõe-se a preocupação em identificar tal elemento dessa relação, a Constituição-parâmetro. Isso porque é tão-somente após tal identificação que o intérprete partirá para a análise do outro termo da relação, o comportamento, seja ele sob uma noção ampla ou restrita de inconstitucionalidade, conforme o caso requerer, e observados os instrumentos disponíveis no sistema de controle de constitucionalidade.

Considera-se ainda que, embora esse estudo não tenha por objetivo analisar o outro termo da relação – o comportamento –, em decorrência de a Constituição de 1988 ser analítica, a eventual e possível opção pela noção ampla de inconstitucionalidade requer certa parcimônia. Isso porque avocar todo e qualquer comportamento para essa relação poderia inviabilizar o próprio sistema de fiscalização e controle.

### 3 Constituição – parâmetro de controle

Ao falar-se do valor normativo da constituição aludiu-se à constituição como *lex superior*, quer porque ela é fonte da produção normativa (*norma normarum*) quer porque lhe é reconhecido um

valor normativo hierarquicamente superior (*superlegalidade material*) que faz dele um parâmetro obrigatório de todos os actos estaduais. (CANOTILHO, 2000, p. 862, grifo do autor).

Das lições de Jorge Miranda ao analisar a Constituição como o primeiro termo da relação, é possível trazer o entendimento, ainda que em síntese apertada, da Constituição não em sua globalidade, mas como referência a uma norma certa; caso contrário, corresponderia a falar em anticonstitucionalidade no lugar de inconstitucionalidade. Essa norma pode ser uma disposição ou um princípio em vigor, ou ainda, mesmo que não mais vigente, que seja pertinente a situações produzidas durante sua vigência.

É na primeira parte da afirmativa que repousa o objeto deste estudo e da qual se passa a ocupar na tentativa de identificar a Constituição-parâmetro de 1988.

A questão é saber, diante da Constituição brasileira vigente, qual o real alcance da afirmativa de não aceitá-la em sua globalidade, mas apenas por referência a uma norma certa, o que nos remete a Lúcio Bittencourt quando trata da inconstitucionalidade das leis e identifica o problema com a seguinte indagação: “[...] a incompatibilidade deve se verificar entre a lei impugnada e a letra expressa da Carta Política, ou poderá, também, ser reconhecida quando o conflito se verificar com o espírito da Constituição?” (1949, p. 53).

Observa-se que a questão envolve o espírito da Constituição, e não o espírito da norma – *mens legis* –, o que é aceitável. Difere, pois, o entendimento quanto ao espírito da Constituição, seja pela própria lição de Jorge Miranda, já mencionada, ou mesmo pela doutrina de Lúcio Bittencourt que, embora mencione o posicionamento favorável de Francisco Campos em parecer durante a vigência da Constituição de 1946<sup>2</sup>, discorre acerca da dificuldade, no Brasil, em identificar esse espírito da Constituição, isso porque,

Sendo a Constituição, particularmente no Brasil<sup>3</sup>, obra de grupos heterogêneos, com as mais diversas ideologias e inclinações, difícil será entender que toda a Constituição tenha se filiado, sem discrepância, a uma só corrente do pensamento político. Aqui e ali ressumbram preceitos que fogem e escapam ao sentido geral predominante. A Constituição é uma obra eclética, onde as transigências se sucedem, impedindo a cristalização de um sentido único, puro e unilateral. (BITTENCOURT, 1949, p. 54).

Daí o autor defender a necessidade de preceito expresso, embora se considere, mesmo que preponderantemente, o espírito do dispositivo invocado de acordo com a orientação dos tribunais americanos. Também nesse sentido observa José Horácio Meirelles Teixeira, em texto revisto e atualizado por Maria Garcia, que

Uma lei, ou ato governamental, diz-se inconstitucional quando não se conforma com algum dispositivo da Constituição, quando de qualquer maneira, com ele não se concilia; quando o desrespeita, na sua letra ou no seu espírito [...] Não é possível pretender-se deduzir a inconstitucionalidade de uma lei argumentando-se apenas com o 'espírito da Constituição', tomada como um todo, sem designação específica do dispositivo ou princípio violado. (1991, p. 378 -379).

Mesmo com tais esclarecimentos é necessário buscar, diante da ordem constitucional posta, qual vem a ser o parâmetro para o controle da constitucionalidade; em outras palavras, ter-se-á a inconstitucionalidade apenas diante de um comando constitucional certo, explícita ou implicitamente?

Com a devida reverência aos mestres citados e ainda sem grandes certezas, a meu ver, a resposta é negativa, ou seja, o parâmetro para controle

da constitucionalidade perante a atual Constituição vai além da identificação de uma norma certa, nos moldes mencionados. Ainda que na prática jurídica não se ignore ser requisito indispensável o apontamento da norma certa ofendida, entende-se aqui ser possível ir mesmo além do espírito da norma para abarcar também o espírito, a globalidade, ou ainda a unidade da Constituição Federal em vigor.

A condução a essa conclusão, ainda que precária, deve-se à hermenêutica específica atinente às normas constitucionais, ou seja, à espécie de hermenêutica jurídica destinada exclusivamente à interpretação constitucional. Ainda que diante da magnitude da obra de Virgílio Afonso da Silva (2005), *Interpretação constitucional e sincretismo metodológico*, opta-se, neste estudo, pela especificidade da interpretação constitucional que traz, entre outros comandos, o princípio da unidade da constituição. Veja-se o magistério de Luís Roberto Barroso acerca de tal princípio:

A idéia de unidade da ordem jurídica se irradia a partir da Constituição e sobre ela também se projeta. Aliás, o princípio da unidade da Constituição assume magnitude precisamente pelas dificuldades geradas pela peculiaríssima natureza do documento inaugural e instituidor da ordem jurídica. É que a Carta fundamental do Estado, sobretudo quando promulgada em via democrática, é o produto dialético do confronto de crenças, interesses e aspirações distintos, quando não colidentes. Embora expresse um *consenso fundamental* quanto a determinados princípios e normas, o fato é que isso não apaga ‘o pluralismo e antagonismo de idéias subjacentes ao pacto fundador’. É precisamente por existir pluralidade de concepções que se torna imprescindível a unidade na interpretação. Afinal, a Constituição não é um conjunto de normas justapostas, mas um sistema normativo fundado em determinadas idéias que configuram um núcleo irreduzível, condicionante da

inteligência de qualquer de suas partes. O princípio da unidade é uma especificação da interpretação sistemática, e impõe ao intérprete o dever de harmonizar as tensões e contradições entre normas. Deverá fazê-lo guiado pela grande bússola da interpretação constitucional: os princípios fundamentais, gerais e setoriais inscritos ou decorrentes da Lei Maior. (1998, p. 180, grifos do autor).

Assim, não há de se afastar o princípio da unidade da Constituição, mas, com base nele, possibilitar a identificação da inconstitucionalidade por ofensa ao espírito da Carta Magna. A esse respeito, mais apropriado ainda falar em unidade axiológica da Constituição, como o fez Glauco Barreira Magalhães Filho (2004), o que permite sua interpretação axiológica.

Não se pretende com isso afastar o requisito de apontamento de uma norma certa violada, mas, sim, possibilitar que tal apontamento possa ser sustentado pela unidade axiológica da constituição. Na prática, pode ensejar no apontamento de uma ou mais normas – expressa ou implicitamente – que, consideradas no contexto da unidade axiológica constitucional, demonstram a violação constitucional.

Isso é possível desde que demonstre claramente que o(s) preceito(s) violado(s) é(são) parte de um todo, de uma unidade, o que lhes possibilita receber uma nova acepção distinta, se considerado(s) isoladamente, ainda que se extraia dele(s) um comando implícito.

Tal demonstração encontra terreno fértil em nossa Constituição vigente, principalmente no que concerne aos direitos fundamentais. Isso porque, além conter a mais extensa declaração de direitos em comparação às Constituições anteriores, conta com a constitucionalização dos princípios, principalmente aqueles primeiros (artigos 1º a 4º) denominados fundamentais, entre os quais o da dignidade humana. Decerto, tais princípios devem ser as primeiras considerações do intérprete constitucional, uma vez que se

encontram na principiologia do texto, não para indicar hierarquia interna na Constituição, mas para que o intérprete faça uma leitura apropriada do restante do texto.

Perceba-se que não se trata simplesmente de uma interpretação sistemática, mas vai além, para ser axiológica, valorativa, mesmo porque se pode avocar um princípio implícito, não de certa norma, mas decorrente da unidade axiológica. É o caso, por exemplo, do princípio do não-retrocesso social, implícito e, diga-se, inerente ao Estado Democrático de Direito<sup>4</sup> e por isso bem presente na ordem constitucional de 1988. O mesmo se pode afirmar quanto ao princípio da segurança jurídica para quem entenda não estar ele expresso na Constituição Federal de 1988.

Veja-se, por um outro caminho, que a resposta não é outra se considerado o “bloco de constitucionalidade”, sobre o qual discorreu J. J. Gomes Canotilho, não na primeira posição informada pelo autor, mas na segunda. Em síntese, são as duas:

- (1) o parâmetro constitucional equivale à constituição escrita ou leis com valor constitucional formal [...] normas e princípios escritos da constituição (ou de outras leis formalmente constitucionais); (2) o parâmetro é a *ordem constitucional global*, e, por isso, o juízo de legitimidade constitucional dos actos normativos deve fazer-se não apenas segundo as normas e princípios escritos das leis constitucionais, mas também tendo em conta princípios não escritos integrantes da ordem constitucional global. (2000, p. 889).

Note-se que, no segundo caso, o parâmetro é mais vasto, devendo alargar-se, pelo menos, aos princípios reclamados pelo espírito ou pelos valores que informam a ordem constitucional global.

O mencionado autor, após a exposição das duas posições, passa a analisar os elementos normativos com que se pretende ampliar o bloco de constitucionalidade e, então, cuida dos princípios constitucionais implíci-

tos, desde que reconduzíveis a uma densificação ou revelação específica de princípios positivamente plasmados, entre outros – diante da Constituição Portuguesa, que certamente tem serventia para o nosso caso –, do princípio da proporcionalidade e do não-retrocesso social (CANOTILHO, 2000, p. 890-891).

Em suma, alarga-se o bloco de constitucionalidade considerando a Constituição em seu todo – no sentido de programa normativo-constitucional, mesmo que implícito um princípio, mas reconduzível a tal programa – constitucional que faz parte do bloco de constitucionalidade a servir de parâmetro de controle. Atenta ainda o autor para a questão dos direitos fundamentais como parâmetro. Embora não encontre problemas maiores na Constituição Portuguesa, que, como a brasileira, traz amplo catálogo de direitos, ocorreria um único problema, na visão do autor, em relação aos direitos fundamentais não formalmente constitucionais – constantes de leis ordinárias ou de convenções internacionais (art. 16, Constituição Portuguesa). Nesses casos, leciona o mestre:

[...] ou esses direitos são densificações possíveis e legítimas do âmbito normativo-constitucional de outras normas e, conseqüentemente, direitos positivo-constitucionalmente plasmados, e nesta hipótese, formam parte do bloco de constitucionalidade, ou são direitos autônomos não-reentrantes nos esquemas normativo-constitucionais, e, nessa medida, entram no bloco da legalidade, mas não no da constitucionalidade. (CANOTILHO, 2000, p. 892).

Na bibliografia nacional, Uadi Lammêgo Bulos enfrentou a questão e, além de conceituar o bloco de constitucionalidade, apontou o que faria ou não parte desse bloco de constitucionalidade. Veja-se o conceito de bloco de constitucionalidade segundo o autor:

Bloco de constitucionalidade é o conjunto de normas e princípios, extraídos da constituição, que serve de paradigma para o Poder Judiciário averiguar a constitucionalidade das leis. Também é conhecido como *parâmetro constitucional*, pois, por seu intermédio, as Cortes Supremas, a exemplo do nosso Pretório Excelso, aferem a *parametricidade constitucional* das leis e atos normativos perante a Carta Maior, requisito indispensável para o exame da ação direta de inconstitucionalidade. (BULOS, 2007, p. 98, grifos do autor).

Para o autor (2007, p. 98), por um lado, não faz parte desse bloco “[...] o preâmbulo; as normas constitucionais revogadas; as normas interpostas [...]” entre outras mencionadas. Por outro, ainda que não exaustivamente, faz parte desse bloco “[...] construir o direito aplicável ao caso concreto – a interpretação da Constituição vai além do sentido literal de suas normas, para acompanhar os acontecimentos históricos, econômicos e políticos da sociedade [...]; ampliar ou restringir os domínios materiais da Carta de 1988 [...]; aferir a parametricidade constitucional das leis e atos normativos em relação às liberdades públicas [...]; utilizar o § 2º do art. 5º como paradigma de controle normativo[...]; invocar princípios explícitos e implícitos como parâmetro constitucional [...]”. A respeito dos princípios não escritos, “[...] mas reconduzíveis ao programa normativo-constitucional [...]”(BULOS, 2007, p. 103-104), o autor exemplifica com o princípio da boa-fé e o da proporcionalidade, aquele decorrente da moralidade, e este, do devido processo legal.

Nesse cenário, entende-se aqui que o parâmetro de constitucionalidade não se restringe às normas certas no sentido literal da expressão, mas, diante do alargamento do bloco de constitucionalidade, possibilita que se considerem também a globalidade e a unidade axiológica constitucional. Julga-se, portanto, perfeitamente possível uma aferição de inconstitucionalidade diante da unidade axiológica da Constituição, seja por força da in-

interpretação especificamente constitucional, seja pelo alargamento do bloco de constitucionalidade (que, para tanto, diga-se, requer interpretação). Tal entendimento, longe de ser utopia, vem sendo, de certa forma, praticado pelo Supremo Tribunal Federal e, em algumas vezes, até mesmo “contra” a letra da Constituição, ao considerar também o turista em solo brasileiro como destinatário dos direitos fundamentais, isso porque o *caput* do art. 5º não o traz ali expressamente. O que o Supremo fez foi a conhecida mutação constitucional com base no espírito da Constituição vigente, ou, se preferir, alargou o bloco de constitucionalidade.

É diante dessa consideração que se pode até mesmo avocar normas fora do texto constitucional, a exemplo daquelas constantes em tratados internacionais de direitos humanos, que, recebidos expressamente pelo § 2º, do art. 5º<sup>5</sup>, encontram ainda maior sustentação no princípio da dignidade humana (art. 1º, III) e na prevalência dos direitos humanos (art. 4º, II), a nortear a República Federativa do Brasil e, portanto, reconduzíveis ao programa-normativo constitucional. Isso sem considerar o novel § 3º do art. 5º, advindo da Emenda Constitucional nº 45, de dezembro de 2004, o qual, apesar da celeuma sobre suas exigências formais, pode-se considerar em consonância com o entendimento ora exposto, já que reconheceu expressamente tratar-se de normas merecedoras de *status* constitucional.

## 4 Considerações finais

É usual a afirmação de que a supremacia da Constituição decorre de sua rigidez constitucional, ou seja, um modo de alteração de suas normas mais dificultoso em comparação ao processo legislativo das leis ordinárias. Logo, conclui-se, equivocadamente, que, diante de uma Constituição não rígida, não há supremacia constitucional, porque, como se depreende da lição de Lúcio Bittencourt,

[...] essa distinção entre Constituições rígidas e Constituições flexíveis ou plásticas, que foi cunhada por James Bryce, bem como a outra, paralela, entre Constituições escritas ou formais e não escritas ou costumeiras, revelou-se totalmente destituída de valor teórico ou científico, porque, a rigor, nenhuma Constituição participa exclusivamente de uma dessas categorias e, além disso, bastas vezes, a classificação teórica não corresponde à realidade prática. Assim demonstra Mc Bain, evidenciando que as Constituições escritas, em geral instrumentos breves e concisos, exigem em vários pontos farta suplementação e, de outra parte, uma Constituição teoricamente flexível, como a inglesa, é, na realidade histórica, não flexível, visto que, baseando-se em costumes seculares, rara e lentamente se altera. (1949, p. 10).

É, portanto, diante das realidades comparativas entre a Constituição inglesa que, flexível, raramente sofre alterações e a Constituição brasileira, que, considerada rígida, passa por inúmeras e freqüentes alterações que se pode afirmar, independentemente dessas situações, a subsistência do princípio da supremacia constitucional em ambas. Ainda é sabido que, diante daquela Constituição não escrita em um único corpo, e flexível, muitos direitos fundamentais são mais respeitados se comparados com os nossos que se encontram, mesmo, petrificados!

Embora ciente de que comparações entre realidades distintas não são bem-vindas, percebe-se que, para o fim que aqui se tentou demonstrar, torna-se muito útil adotar tal procedimento. Bem por isso se conclui que o controle de constitucionalidade no Brasil, cuja finalidade é impedir ou refutar a inconstitucionalidade – seja na sua concepção ampla ou restrita – como maior afronta ao princípio da supremacia constitucional num Estado longe de ser uma Inglaterra, requer novas acepções, e uma delas é quanto à Constituição-parâmetro, ou seja, o parâmetro constitucional para fim de controle da constitucionalidade.

Haja vista que, atualmente, a própria Constituição requer sua garantia, relevante buscar na ordem constitucional vigente qual o parâmetro para aferição de inconstitucionalidade, o que se impõe fazer, além das precisas normas – expressas ou implícitas-, abarcando também a globalidade e o espírito da Constituição, seja pelos métodos de interpretação constitucional, seja pelo alargamento do bloco de constitucionalidade, que, por sinal, para ser alcançado, vale-se da interpretação constitucional.

Cumpra ainda mencionar a subsistência do princípio da supremacia constitucional ainda que “desvencilhado” da teoria da hierarquia normativa, como se pretendeu demonstrar nas considerações iniciais. Portanto, em breves palavras, há supremacia constitucional não porque a Constituição é hierarquicamente superior, mas é hierarquicamente superior porque suas normas são materialmente supremas.

Por fim, não se desconhece que o princípio da supremacia da constituição sofre, atualmente, certo desgaste, em razão do impacto causado por algumas transformações no mundo, a exemplo da internacionalização dos direitos e da supranacionalidade, mas isso não contradiz o que aqui se expôs; ao contrário, vê-se como um meio para adequar a ordem constitucional a essas inevitáveis transformações e assim fortalecer a sua supremacia. Eis uma idéia a merecer outro estudo, no qual, quem sabe, abordar-se-á a questão à luz dos ensinamentos de Gustavo Zagrebelsky, em *El derecho dúctil*.

Para o momento, resta findar com as seguintes palavras de Marcelo Figueiredo ao tratar do controle de constitucionalidade:

De fato, o direito constitucional positivo contemporâneo, assume características muito mais desafiadoras do que as encontradas no século XVIII. As constituições ocidentais são *códigos políticos complexos* a exigir de seus intérpretes compromissos e especialização crescente com a técnica e com a arte de criar. (FIGUEIREDO, 2003, p. 184, grifos do autor).

## The constitutional principle of supremacy and the unconstitutionality: a reading on the constitutional order of 1988 as a determinative of parameter for a constitutionality control

It is aimed, in this article, to perform a reading on the phenomenon of unconstitutionality as an offense to the supremacy of the Constitution that beyond being considered a warranty, nowadays, demands its own warranty. For this reason, it is concerned, specifically about the parameter of the constitutionality through which a possible offense towards the Constitution is identified. In other words, it is the objective in this study, to bring into reflection, even if in an uncertain scenario – therefore based on teachings already consolidated –, the problem in pointing out what is the parameter to control the constitutionality, not only in face of the Federal Constitution text of 1988, but also in face of the constitutional order brought by it. Hence, it is necessary, for the interpreter, the use of the available means beforehand to enable the due control and the due checking of the compatibility between the infra constitutional acts and the Highest Law commands.

**Key words:** The Constitutional block. The Constitutional warranty. Parameter of control. Supremacy of the Constitution. Unconstitutionality.

### Notas

- 1 O autor faz uma abordagem crítica a partir das circunstâncias históricas que circundaram o caso para então trazer sua interpretação da famosa decisão.
- 2 “Francisco Campos, parecer, in *Revista Forense*, vol. 114, página 37: ‘A Constituição de 1946, conseqüentemente, optou, não apenas de maneira tácita, mas de modo expresso, ou manifesta e declaradamente, pela ordem individualista ou pela ordem das liberdades, a qual tem, como ponto de caráter dogmático ou pressuposto incondicional, o princípio de que a norma da sua organização não é o poder, a autoridade, ou qualquer outro elemento exterior ou estranho à sua própria ordem, mas, precisamente, a liberdade que, assegurada igualmente a todos os indivíduos, constitui a única força legítima de integração moral, política e econômica nas sociedades verdadeiramente livres. Optando por essa ordem, a Constituição teria optado, necessariamente, pela ordem econômica liberal. Ora, a ordem da economia liberal se define, precisamente, pelo postulado de que o equilíbrio econômico

resulta do encontro, da composição ou do entendimento recíproco entre vontades livres em um comício em que, como nos comícios políticos, a presença do Estado só é admitida para garantir, de modo efetivo, as liberdades'[...] 'Ora, a intervenção do Estado na economia, no sentido de conferir ao Estado o poder de se substituir aos indivíduos na avaliação dos seus próprios interesses e na decisão quanto ao ponto de equilíbrio em que eles devem se compor, pressupõe uma ordem constitucional autoritária ou o princípio de que a força de integração social não é a liberdade, mas o poder. Tal intervenção é claramente excluída pela Constituição de 1946." (nota de roda pé n. 1, BITTENCOURT, 1949, p. 53-54).

- 3 Embora a mencionada doutrina seja de 1949, é notório que se coaduna com nossa realidade atual e, portanto, com a Constituição de 1988. Por sinal, com a devida vênia, é bem provável que se coadune mesmo com a maioria das constituições, porque, afinal, em que ponto esse texto não é uma obra eclética?
- 4 Para saber mais: SARLET, 2004, p. 241-271; TAVARES, 2007, p. 672-677.
- 5 Art. 5º, § 2º: "Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, 'ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.'" (grifo nosso). Nessa direção, vale mencionar os seguintes mestres que, entre outros, defendem a hierarquia constitucional dos tratados internacionais de direitos humanos: Antônio Augusto Cançado Trindade, Flávia Piovesan e Valério de Oliveira Mazzuoli.

## Referências

- BARROSO, L. R. *Interpretação e aplicação da Constituição*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1998.
- BITTENCOURT, C. A. L. *O controle jurisdicional da constitucionalidade das leis*. Rio de Janeiro: Revista Forense, 1949.
- BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 13. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.
- BULOS, U. L. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2007.
- CANOTILHO, J. J. G. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 4. ed. Coimbra: Almedina, 2000.
- CAVALCANTI, T. B. *Do controle da constitucionalidade*. Rio de Janeiro: Forense, 1966.
- FERREIRA FILHO, M. G. *Curso de Direito Constitucional*. 31. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.
- FIGUEIREDO, M. O controle de constitucionalidade: algumas notas e preocupações. In: ROTHENBURG, W. C.; TAVARES, A. R. (Org.). *Aspectos atuais do controle de constitucionalidade no Brasil*. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

KLAUTAU FILHO, P. *Primeira decisão sobre controle de constitucionalidade: Marbury vs. Madison (1803)*. 2. ed. Revista Brasileira de Direito Constitucional – RBDC. Igualdade e justiça. São Paulo: Método, 2003. p. 260 – 274.

MAGALHÃES FILHO, G. B. *Hermenêutica e unidade axiológica da Constituição*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2004.

MELLO, O. A. B. *A teoria das constituições rígidas*. 2. ed. São Paulo: Bushatsky, 1980.

MIRANDA, J. *Contributo para uma teoria da inconstitucionalidade*. reimpressão. Coimbra: Coimbra Editora, 1996.

\_\_\_\_\_. *Manual de direito constitucional. Constituição e inconstitucionalidade*. 3. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 1996. Tomo II.

SARLET, I. W. *Direitos fundamentais sociais e proibição de retrocesso: algumas notas sobre o desafio da sobrevivência dos direitos sociais num contexto de crise*. 4. ed. Revista Brasileira de Direito Constitucional – RBDC. A contemporaneidade dos direitos fundamentais. São Paulo: ESDC, 2004. p. 241-271.

SILVA, V. A. da. *Interpretação constitucional e sincretismo metodológico*. In: SILVA, V. A. da. (Org.). *Interpretação constitucional*. São Paulo: Malheiros, 2005.

RAMOS, E. da S. *A inconstitucionalidade das leis: vício e sanção*. São Paulo: Saraiva, 1994.

TEIXEIRA, J. H. M. *Curso de direito constitucional*. Texto organizado e atualizado por Maria Garcia. Rio de Janeiro: Forense, 1991.

TAVARES, A. R. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Saraiva, 5. ed., 2007. p. 672-677.

▼ recebido em 9 set. 2007 / aprovado em 30 nov. 2007

### **Para referenciar este texto:**

FIGUEIREDO, P. C. O princípio da supremacia constitucional e a inconstitucionalidade: uma leitura acerca da ordem constitucional de 1988 como determinante do parâmetro para controle de constitucionalidade. *Prisma Jurídico*, São Paulo, v. 6, p. 47-67, 2007.

