

A possibilidade de utilização de normas infraconstitucionais materialmente constitucionais como parâmetro no controle de constitucionalidade*

*Diego Morais Carvalho***

Resumo

Este trabalho visa a rediscutir o controle de constitucionalidade sob o prisma do neoconstitucionalismo. Considerando a ampliação da força normativa da Constituição, busca-se debater também a possibilidade de alargamento do bloco de constitucionalidade. Além disso, são apresentados caminhos que viabilizam a inserção de normas infraconstitucionais materialmente constitucionais no referido bloco. O objetivo principal não é esgotar o tema ou criar argumentos definitivos, mas elaborar uma agenda conceitual para o constitucionalismo do futuro. Para isso, a pesquisa passeia por teorias da Constituição e conclui que a concepção ampliativa, embora tímida na doutrina, pode ser alcançada, principalmente por estar em consonância com o sentido culturalista da Constituição.

Palavras-chave: Controle de constitucionalidade. Bloco de constitucionalidade. Parâmetro de controle.

1 Introdução

O Brasil consolida-se como um Estado Constitucional Democrático, e, assim, a Constituição de 1988 possui a força normativa decantada por Hesse (1991). Mas, para compreender a influência das normas irradiadas da Carta Magna, é preciso conhecer a extensão do bloco de constitucionalidade. Dessa forma, serão utilizadas teorias da Constituição para estudar a (im)possibilidade de utilização de normas materialmente constitucionais, mesmo que não sejam formalmente constitucionais, como paradigma de confronto no controle de constitucionalidade. Todavia, para elaborar a agenda conceitual a que se propõe o presente ensaio, é preciso compreender o contexto histórico em que está inserido o constitucionalismo contemporâneo.

2 Uma nova abordagem para o controle de constitucionalidade

2.1 O momento histórico da Constituição da República de 1988

O direito constitucional tem revelado profundas transformações ao longo das últimas décadas. A transição para o Estado Constitucional Democrático, catalisada no segundo pós-guerra, é um marco da expansão acerca da aplicabilidade e da normatividade da Constituição nos Estados democráticos. É nessa dimensão que se insere a Carta Magna de 1988, qual seja no desenvolvimento substancial da democracia, em que a finalidade principal é assegurar direitos fundamentais.

Novelino (2013) leciona que o Estado Constitucional Democrático tem como fulcro a colocação da Constituição em um patamar mais elevado, sob os pontos de vista formal e material, gerando maior preocupação com a efetividade da dimensão substancial dos direitos fundamentais, bem como o reconhecimento definitivo da força normativa da Carta Maior.

Ora, tratando como sinônimos, ora como institutos diferentes, a doutrina publicista costuma denominar esse conjunto de transformações como pós-positivismo, neopositivismo ou neoconstitucionalismo. Optou-se, neste ensaio, pelo termo neoconstitucionalismo em sua acepção ideológica. Tal abordagem “não se limita a descrever características fundamentais dos sistemas jurídicos contemporâneos, mas as valora positivamente, propugnando sua defesa e ampliação” (NOVELINO, 2013, p. 195).

A discussão está, portanto, no plano do direito material constitucional, mas inegavelmente também na esfera do direito processual constitucional. Uma leitura culturalista e metadisciplinar da Constituição, que será exposta adiante, está em consonância com a visão

* Artigo apresentado como Trabalho de Conclusão de Curso de Especialização em Direito Processual pela PUC-MG, como requisito parcial à obtenção do título de especialista. Orientador: Fabrício Veiga Costa.

** Analista Executivo de Defesa Social - Direito na Secretaria de Estado de Defesa Social do Governo de Minas Gerais. Especialista em Direito Processual pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais - PUC-MG. Bacharel em Direito e Comunicação Social/Jornalismo pelo Centro Universitário do Leste de Minas Gerais - Unileste.

neoinstitucionalista do processo, proposta pelo prof. Rosemiro Pereira Leal, pela qual somente há falar em processo quando presentes princípios próprios que visam a garantir o contraditório, a ampla defesa e a isonomia.

No tocante ao papel hodierno da Constituição, Leal (2012, p. 30) leciona que “a legitimidade fundante e a validade das instituições jurídicas emergem da estrutura normativa constitucional, quando esta é garantidora da atuação permanente da cidadania na transformação ou preservação do Estado e das demais instituições”.

O estudo da Constituição possibilita questionamentos não apenas sobre os pilares para a interpretação de normas na chamada hermenêutica jurídica. Ele traz, também, mais indagações, pois permite que a Lei Maior seja içada a patamar de normatividade, haja vista que ela propaga, vertical e horizontalmente, efeitos na coletividade e na própria estrutura do Estado. É por meio de mecanismos constitucionais, jurisprudenciais ou doutrinários estabelecidos que se garante a eficácia de direitos fundamentais. Esse é o caso, por exemplo, do fenômeno da mutação constitucional, que evita a fossilização da Carta Magna.

2.2 O controle de constitucionalidade

As ideias de supremacia e normatividade da Constituição fizeram surgir uma prevalência das normas constitucionais sobre as demais, tendo em vista uma estrutura hierárquica proposta, por exemplo, por Hans Kelsen, cuja teoria será retomada adiante. Por ora, cabe dizer, conforme leciona o jurista Kildare Gonçalves Carvalho, que “as normas constitucionais são normas primárias do ordenamento jurídico, ou seja, constituem a fonte primária, o alicerce, a base de qualquer ordenamento jurídico” (CARVALHO, 2011, p. 265).

Logo, as normas infraconstitucionais, para serem válidas, precisam ser produzidas de acordo com o seu fundamento de validade, que, por sua vez, está enraizado nas normas constitucionais, sob pena de aquelas estarem eivadas do vício de inconstitucionalidade.

A supremacia constitucional desdobra-se em duas dimensões: material e formal. Esta é atributo das Constituições rígidas, por caracterizar superioridade hierárquica sobre as outras normas de um ordenamento jurídico específico. Já aquela, mais genérica, está vinculada à existência de uma base substancial para a garantia da própria existência dos fundamentos do Estado de Direito. Ou seja, a supremacia material está relacionada ao conteúdo da Constituição, cujas normas tratam de direitos fundamentais, estrutura do Estado e organização dos Poderes. Conclui-se que toda Constituição tem supremacia material, mas nem toda Constituição possui supremacia formal.

Quanto ao controle de constitucionalidade, entende o juspublicista Barroso (2012) que se trata, provavelmente, do mecanismo mais importante para assegurar uma relação de harmonia no ordenamento jurídico. O instituto consiste na verificação da compatibilidade entre uma norma infraconstitucional e a Constituição, a fim de restaurar a unidade ameaçada.

Em linhas gerais, quanto à norma constitucional ofendida, a inconstitucionalidade pode ser formal/nomodinâmica (quando ocorre violação das normas que estabelecem o processo de elaboração de um determinado ato) ou material/nomoestática (quando o conteúdo da lei ou do ato emanado do Poder Público contraria substancialmente uma norma constitucional).

Toda essa discussão teórica apresenta implicações práticas imediatas para os operadores do direito e mediatas para os destinatários das normas jurídicas. Não é demais lembrar que a soberania popular está na base da própria Constituição. Sabe-se, ainda, que o povo, elemento integrante do Estado, é, simultaneamente, autor e destinatário de todas as normas existentes, sejam elas morais, religiosas, éticas ou jurídicas. Em especial, no que se refere a princípios e regras jurídicos, é natural que seja feita uma apropriação pelos indivíduos, por meio das instituições judiciárias, das melhores ferramentas para a garantia de direitos.

Tendo em vista que este artigo aborda predominantemente o controle da (in)constitucionalidade material, haverá um direcionamento nesse sentido, em que pese, de maneira reflexa, ser possível pensar na incidência do tema em questão também no controle da (in)constitucionalidade formal.

Carvalho (2011) leciona que a inconstitucionalidade material ou nomodinâmica caracteriza-se por um excesso do Poder Legislativo, tendo em vista que a norma é produzida com incompatibilidade em relação aos fins constitucionalmente previstos.

Verificada a existência de discrepância entre leis e/ou atos emanados do Poder Público e o disposto na Constituição, caberá a utilização dos mecanismos de controle constitucional, a fim de restaurar a ordem. Ponto importante é discorrer sobre os modelos jurisdicionais de controle de constitucionalidade.

Inicialmente, insta salientar que o controle jurisdicional é aquele exercido pelo Poder Judiciário, seja por meio de órgãos vinculados ao referido poder ou então por uma Corte Constitucional. Nesse ínterim, o controle de constitucionalidade pode ser difuso (modelo americano), concentrado (modelo austríaco ou europeu) ou misto.

O *controle difuso* é atribuído a todos os órgãos do Poder Judiciário. Conforme Barroso (2012), a origem remete ao caso *Marbury vs. Madison*, julgado pela Suprema Corte estadunidense, em 1803. Em linhas gerais, nesse modelo de controle, qualquer órgão judiciário, seja superior ou inferior, federal ou estadual, tem o poder-dever de deixar de aplicar as leis inconstitucionais levadas a seu julgamento.

Já o *controle concentrado* é aquele exercido por órgãos constitucionais com competência específica, geralmente uma Corte Constitucional. O modelo foi introduzido na Constituição austríaca de 1920, por obra de Hans Kelsen, através da Emenda Constitucional de 7 dezembro de 1929. Conforme Mendes e Branco (2013), não existe regra única no mundo para a composição das Cortes, podendo, por exemplo, haver membros vitalícios ou detentores de mandatos.

Existe ainda o modelo de *controle misto*, que congrega características dos modelos europeu e americano supramencionados. No modelo misto, todos os órgãos do Poder Judiciário ficam autorizados a fazer o controle difuso, porém, via de regra, sem efeito *erga omnes*. Todavia, também há uma Corte Constitucional que tem o papel de fazer o controle concentrado de constitucionalidade, com efeitos *erga omnes*.

A Constituição Brasileira de 1988 adotou o controle misto, consolidando experiências anteriores já incorporadas no ordenamento jurídico. Desde a primeira Constituição Republicana (1891) já havia sido consagrado o controle difuso, realizado, no direito brasileiro, sempre de forma incidental/concreta. Já a Constituição de 1946, por meio da Emenda nº 16/65, adotou o controle concentrado no sistema constitucional pátrio, em regra exercido de forma abstrata. Nota-se que o controle misto também é adotado em Portugal.

Feita essa digressão acerca dos modelos de controle jurisdicional de constitucionalidade, é preciso discorrer agora sobre o exercício desse instrumento. E a discussão caminha para os aspectos do objeto e do parâmetro do controle de constitucionalidade. Em linhas genéricas, o parâmetro é a norma constitucional a ser invocada como ofendida no ordenamento jurídico. Lado outro, o objeto é a norma que ofende a norma constitucional.

Novelino (2012, p. 246) leciona o que pode ser considerado objeto para fins de controle:

Como objeto, admite-se qualquer ato dos poderes públicos. Não existe restrição quanto à natureza do ato questionado (primário ou secundário); normativo ou não normativo; ou quanto ao âmbito de sua emanção (federal, estadual ou municipal). Não importa, ainda, se o ato impugnado foi revogado, exauriu os seus efeitos ou se é anterior à Constituição em vigor. Relevante é verificar se houve ou não a violação de um direito subjetivo decorrente da incompatibilidade entre um ato do poder público e a Constituição vigente no momento em que o fato ocorreu.

Quanto ao *parâmetro*, será feito um destaque, tendo em vista que é exatamente esse ponto que se pretende debater.

2.3 Uma forma sofisticada de pensar o parâmetro no controle de constitucionalidade

A doutrina tradicional defende que, para fins de controle de constitucionalidade, a supremacia da Constituição que realmente importa é a formal. Dessa forma, podem ser invocadas (como parâmetro de confronto) todas as normas formalmente constitucionais.

Novelino (2013, p. 246) reafirma o entendimento majoritário ao explicitar que, no controle difuso, “o parâmetro poderá ser qualquer norma formalmente constitucional, mesmo quando já revogada, desde que vigente ao tempo da ocorrência do fato”. De igual modo, no controle concentrado, “a norma de referência deve ser formalmente constitucional” (NOVELINO, 2013, p. 267), desde que vigente.

Na mesma linha de raciocínio, Barroso (2012) defende que a rigidez constitucional é pressuposto do controle de constitucionalidade. Salienta ainda o jurista que, para ser invocada como parâmetro (ou paradigma de validade de atos normativos), a norma constitucional

necessariamente deve ter passado por um processo de elaboração mais complexo do que aquele utilizado para a elaboração de normas infraconstitucionais.

Não obstante a força doutrinária da posição supra, bem como a sua encampação na jurisprudência brasileira, aqui é proposto um debate sobre a possibilidade de ampliar o conjunto de normas aptas a serem invocadas como parâmetro no controle de constitucionalidade, principalmente com base nas tendências trazidas pelo neoconstitucionalismo e já projetando o constitucionalismo do futuro.

Nesse sentido, é elementar debater a extensão do *bloco de constitucionalidade*, conceito desenvolvido no constitucionalismo francês por Louis Favoreu. Trata-se de uma referência a normas que integram o ordenamento jurídico na França, com status constitucional.

De acordo com Lenza (2011, p. 280), existem duas posições que podem ser encontradas no que tange ao paradigma de confronto. A primeira delas é ampliativa e engloba, além das normas formalmente constitucionais, os princípios da “ordem constitucional global” e até mesmo valores suprapositivos. A outra concepção é restritiva e abrange apenas normas e princípios expressos na Constituição, que deve ser necessariamente escrita e positivada. O doutrinador ainda adverte que a tendência ampliativa é tímida na jurisprudência brasileira.

Novelino (2013), citando Heras (1957), complementa o raciocínio, ressaltando que, para quem é adepto ao sentido amplo, o bloco de constitucionalidade engloba normas infraconstitucionais somente quando elas possuem a vocação de desenvolver, plenamente, a eficácia dos postulados e dos preceitos insertos na Constituição.

Corroborar essa visão o constitucionalista mineiro Carvalho (2011), ao ressaltar que o bloco de constitucionalidade revela a ideia de unidade e solidez, mesmo de princípios e regras não inseridos na Constituição, quando estiverem situados no mesmo nível da Carta:

Nessa perspectiva, os direitos humanos reconhecidos em tratados internacionais de que o Brasil seja parte, consoante o § 2º do art. 5º da Constituição de 1988, caracterizado como cláusula constitucional aberta, integrariam o bloco de constitucionalidade, mesmo diante do que dispõe o art. 3º, acrescentado ao art. 5º pela EC n. 45/2004, ao prever que apenas os tratados e convenções sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos respectivos membros, PE que seriam equivalentes às emendas constitucionais. E isto porque a Emenda apenas acrescentou o lastro formal aos tratados de direitos humanos, não retirando a sua característica material, ou seja, pelo § 2º do art. 5º, aqueles tratados são materialmente constitucionais, integrando, portanto, o bloco de constitucionalidade (CARVALHO, 2011, p. 265).

Carvalho (2011) aponta ainda a existência de países como a Alemanha, que adotam como parâmetro não somente a Constituição, mas também as normas de direito supralegal reconhecido pelo Tribunal Constitucional, tomando forma de bloco de constitucionalidade. Nesse caso, sendo cabível até mesmo a tese de inconstitucionalidade de normas constitucionais (reformadoras), por violação do direito supralegal.

Nesse ponto, um aparte há de ser feito: o direito não é algo pronto e nunca será. Todo o dinamismo que cerca as normas jurídicas possibilita a transformação de institutos que tenderiam a se tornar obsoletos com o passar do tempo. As adaptações também são necessárias para arejar o próprio direito. Em um juízo de valor, seria possível afirmar que tais mudanças servem para melhorar os meios de obtenção da justiça. Permitir-se-ia dizer, não obstante, em leitura mais legalista, que os referidos ajustes existem a fim de minimizar os desníveis entre a realidade social e o direito positivo.

Tal emaranhado de fios cognitivos leva à conclusão de que o direito interno deve, necessariamente (com o perdão do pleonismo), beber na fonte de outros ordenamentos jurídicos. O direito comparado presta-se a aprofundar discussões e aplicações práticas (de institutos já adotados em outros Estados) ou teóricas (de técnicas a serem testadas) a fim de reduzir as distorções e lacunas jurídicas.

Em Portugal, ao dissertar sobre o parâmetro de controle de constitucionalidade, o jurista Canotilho (2003, p. 919) enfrenta a discussão acerca da determinação do bloco de constitucionalidade. Há um aceso debate em terras lusitanas sobre o escalão normativo, variando em duas posições, tal qual no embate brasileiro: parte entende que o parâmetro corresponde às normas formalmente constitucionais e parte defende que o parâmetro constitucional é a “ordem constitucional global”.

O catedrático apresenta a definição do instituto: “A ordem constitucional global seria mais vasta do que a constituição escrita, pois abrangeria não apenas os princípios jurídicos fundamentais informadores de qualquer Estado de Direito, mas também os princípios escritos nas leis constitucionais escritas” (CANOTILHO, 2003, p. 920).

Ainda sobre o conceito de bloco de constitucionalidade, é importante transcrever trecho do voto do Ministro Celso de Mello no julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) 595-ES (Informativo 258/STF), em que ele explora a definição do instituto:

É por tal motivo que os tratadistas - consoante observa Jorge Xifra Heras (Curso de derecho constitucional, p. 43) -, em vez de formularem um conceito único de Constituição, costumam referir-se a uma pluralidade de acepções, dando ensejo à elaboração teórica do conceito de bloco de constitucionalidade (ou de parâmetro constitucional), cujo significado - revestido de maior ou de menor abrangência material - projeta-se, tal seja o sentido que se lhe dê, para além da totalidade das regras constitucionais meramente escritas e dos princípios contemplados, explicita ou implicitamente, no corpo normativo da própria Constituição formal, chegando, até mesmo, a compreender normas de caráter infraconstitucional, desde que vocacionadas a desenvolver, em toda a sua plenitude, a eficácia dos postulados e dos preceitos inscritos na Lei Fundamental, viabilizando, desse modo, e em função de perspectivas conceituais mais amplas, a concretização da idéia (sic) de ordem constitucional global (BRASIL, STF. ADI 595-ES. Rel. Ministro Celso de Mello, 2002).

Quanto ao direito brasileiro, é plenamente possível afirmar que existem *normas (formalmente) infraconstitucionais materialmente constitucionais*. É o caso dos tratados internacionais de direitos humanos que não foram formalmente incorporados à Constituição, conforme exemplificado anteriormente por Carvalho (2011).

Mas o exemplo citado no parágrafo anterior não é ímpar. Há outros tipos de normas que também podem ser arrolados nesse patamar. É o caso, *v.g.*, dos princípios constitucionais implícitos, tais como o da razoabilidade e o da proporcionalidade. Ora, se o neoconstitucionalismo pacificou o entendimento de que os princípios jurídicos possuem força normativa, fica claro que um princípio implícito, em que pese não seja formalmente constitucional, o será materialmente.

Nesse mesmo conjunto, podem-se incluir normas infraconstitucionais que visam a desenvolver preceitos da constituição, como é o caso da lei que estabelece o salário mínimo e da lei de diretrizes e bases da educação. Esse raciocínio pode ser aduzido do fato de que tais normas revelam uma forma de regular direitos e garantias fundamentais. Vale lembrar que o rol do art. 5º da Constituição é exemplificativo. Já o inciso IV do art. 7º da Constituição, que garante o salário mínimo como direito do trabalhador é norma de eficácia limitada, pois, como explica Novelino (2013), possui aplicabilidade indireta, mediata e reduzida, carecendo de norma ulterior infraconstitucional que lhe desenvolva a eficácia.

A intenção não é esgotar as hipóteses de normas formalmente infraconstitucionais, mas materialmente constitucionais existentes no Brasil. Todavia, tais normas estão presentes no ordenamento jurídico pátrio. Parte-se agora para uma análise aprofundada para compreender o porquê de elas estarem aptas a funcionar como parâmetro no controle de constitucionalidade.

2.4 O transbordamento da Constituição

Ao longo dos séculos XIX e XX, surgiram diversas teorias da Constituição. Lassalle (2011), em sua *concepção sociológica*, defendia a distinção entre Constituições reais e Constituições escritas. Ele argumentava que a Constituição escrita somente será boa quando “corresponder à Constituição real e tiver suas raízes nos fatores que regem o país” (LASSALLE, 2001, apud NOVELINO, 2013, p. 84).

Já Carl Schmitt era adepto da *concepção política*. Lenza (2011, p. 69) esclarece que, na visão de Schmitt, “em razão de ser a Constituição produto de uma certa decisão política, ela seria, nesse sentido, a decisão política do poder constituinte”.

Adiante, em uma *concepção jurídica*, Hans Kelsen concebia o Direito como um patamar normativo no campo do dever ser. O jurista austríaco, parafraseado por Carvalho (2011, p. 48), dizia que “há uma estrutura hierárquica de diferentes graus no processo de

criação do Direito, que desemboca numa norma fundamental, que, no sentido positivo, é representada pela Constituição”.

Até a metade do século XX, predominava na Europa a visão de que a Constituição era um documento mormente político. Na década de 1950, Hesse (1991) deu o passo inicial para a superação dessa visão, com a elaboração da *concepção normativa*. Em contraponto à teoria de Lassalle (2011), elaborada um século antes, Hesse (1991, p. 19) afirmou que:

Embora a Constituição não possa, por si só, realizar nada, ela pode impor tarefas. A Constituição transforma-se em força ativa se essas tarefas forem efetivamente realizadas, se existir a disposição de orientar a própria conduta segundo a ordem nela estabelecida, se, a despeito de todos os questionamentos e reservas provenientes dos juízos de conveniência, se puder identificar a vontade de concretizar essa ordem.

É evidente que todas essas concepções possuem méritos, sejam eles históricos ou até mesmo difundidos nos tempos atuais. Porém, todas elas também apresentam uma falha: deixar de fazer uma análise multidisciplinar da realidade, como revela Silva (2002, p. 39): “Essas concepções pecam pela unilateralidade. Vários autores, por isso, têm tentado formular conceito unitário de constituição, concebendo-a em sentido que revele conexão de suas normas com a totalidade da vida coletiva”.

Nessa linha, surge a *concepção culturalista* da Constituição. No Brasil, Teixeira (1991) discorre brilhantemente sobre o assunto. Segundo o jurista, a Constituição é também um fato cultural, ou seja, produto de uma sociedade elaborado para produzir efeitos sobre a mesma sociedade. Ou seja, a Carta Magna é influenciada por fatores reais, espirituais, racionais e voluntaristas, levando ao conceito de “Constituição total”, por meio de uma complexa conexão entre a Constituição e a realidade social como um todo. “Assim, a Constituição não normada (realidade social) e a Constituição normada (Constituição normativa) são conteúdos parciais da Constituição política total” (TEIXEIRA, 1991, p. 77, grifo do autor).

E por que é tão relevante a discussão acerca da concepção culturalista da Constituição? Não obstante a doutrina majoritária brasileira entender de maneira diversa, a concepção culturalista permite a ampliação do bloco de constitucionalidade. Se forem utilizados critérios puramente materiais, com a devida consideração do fato de que o ordenamento jurídico sempre será produto cultural, será possível utilizar normas formalmente infraconstitucionais, mas materialmente constitucionais, como paradigma de confronto no controle de constitucionalidade. O fenômeno assemelha-se ao *transbordamento da Constituição*, com a expansão do bloco de constitucionalidade, em que normas infraconstitucionais passam a ter eficácias de normas constitucionais para fins de controle de leis e atos emanados do Poder Público.

Não é demais mencionar o magistério de Mendes e Branco (2011, p. 1.012), especificamente no tocante à tendência hodierna do constitucionalismo, de prestigiar normas de Direito Internacional destinadas a proteger direitos fundamentais do homem. Assim, “as constituições não apenas apresentam maiores possibilidades de concretização de sua eficácia normativa, como também somente podem ser concebidas em uma abordagem que aproxime o Direito Internacional do Direito Constitucional”.

A incorporação de normas convencionais à Constituição pode ocorrer formal ou materialmente. Caso o ingresso seja formal, a discussão torna-se inócua para fins de delimitação do paradigma. Porém, se a introdução for apenas material, parece lógico aceitar tais normas como parâmetro de controle, até mesmo para evitar o retrocesso do sistema de proteção a direitos e garantias fundamentais (efeito *cliquet*).

Adaptando o ditado popular, o Estado não pode dar direitos ao cidadão com uma das mãos e tomar com a outra. Tampouco o Poder Judiciário pode cruzar os braços, fechar os olhos e virar de costas para a realidade social. Não pode haver um instrumento de controle de constitucionalidade e, concomitantemente, haver um esforço institucional para blindar a utilização desse aparato. Lado outro, é necessário polir e dar dinamismo às balizas norteadoras do controle. Somente agindo dessa maneira é que o Estado vai estabelecer, de forma precisa, acesso à sua estrutura democrática mais significativa: a Constituição.

Mas quem é esse Estado que assume o protagonismo na ampliação da democracia? Ainda que houvesse território, soberania e governo, sem povo não haveria Estado. E é justamente o povo que deve tomar posse das estruturas políticas. Logo, a tendência ampliativa na discussão sobre o bloco de constitucionalidade e, por conseguinte, sobre o parâmetro de

controle deve prevalecer, pois dá força aos indivíduos. Isso porque ela revela maior sinergia com a ideia hodierna de democracia.

A história atribui a Luís XIV a célebre frase “*L'État c'est moi*”¹, que, grosso modo, é condizente com o Absolutismo. Cabe ao povo, em um Estado Constitucional Democrático, erguer-se e dizer: “*L'État sommes nous!*”².

2.5 A relevância prática do debate

O nobre leitor pode perguntar-se sobre a relevância prática da discussão acerca de possível alteração (ou, especificamente, aumento) do parâmetro constitucional. Como mencionado, a tendência ampliativa ainda é tímida na doutrina. Porém, a perspectiva é positiva.

O debate acadêmico sobre o controle de constitucionalidade em si é um tema relativamente recente no Brasil, principalmente se for considerado o controle concentrado. Houve transformações relevantes, por exemplo, com a ampliação do rol dos legitimados ativos. Além disso, o novo Código de Processo Civil (Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015), tende a exigir maior conhecimento técnico por parte dos operadores do Direito para invocar a inconstitucionalidade de normas no controle difuso.

É preciso haver técnica apurada para trabalhar com a ferramenta. “Assinale-se, no entanto, que a imprecisão e a vagueza dos parâmetros constitucionais, que não primam pelo rigor de conteúdo, podem ser circunstâncias que dificultam a efetivação do controle [...]” (CARVALHO, 2011, p. 327). Logo, é melhor invocar como parâmetro uma norma infraconstitucional materialmente constitucional do que lançar mão, por exemplo, de princípios genéricos como o da dignidade da pessoa humana, da proporcionalidade ou da razoabilidade.

Evita-se, por exemplo, com isso, a incidência da “Teoria da Katchanga”, criação satírica de Lima (2012), para criticar o fato de que os princípios mais genéricos são utilizados, muitas vezes, sem qualquer argumentação jurídica, até mesmo no controle de constitucionalidade.

Além disso, a utilização das normas infraconstitucionais materialmente constitucionais como parâmetro no controle de constitucionalidade pode representar uma forma de preservar direitos e garantias fundamentais no constitucionalismo do futuro. Dromi, citado por Lenza (2011, p. 58), revela que o futuro do constitucionalismo “deve estar influenciado até identificar-se com a verdade, a solidariedade, o consenso, a continuidade, a participação, a integração e a universalidade”. É com esse pano de fundo que deve ser analisado o controle de constitucionalidade.

3 Conclusão

Ante o exposto, conclui-se que as normas infraconstitucionais materialmente constitucionais podem, em tese, ser utilizadas como parâmetro de controle por integrarem o bloco de constitucionalidade. Não obstante, nos tempos atuais, essa concepção ampliativa não é majoritária no ordenamento jurídico brasileiro. Aparentemente não há precedentes nesse sentido no Pretório Excelso, mas somente a conceituação de “bloco de constitucionalidade”, em *passant*, em acórdãos, à luz de um voto do Ministro Celso de Mello no julgamento da ADI 595-ES.

Lado outro, também não há regra no ordenamento jurídico que impede a utilização de tais normas como paradigmas de confronto no controle de constitucionalidade. Bastaria, no caso, que a construção jurisprudencial convergisse para o entendimento ampliativo para passar a ser esse o modelo vigente no Brasil.

Considerando que o controle de constitucionalidade tem como fim a harmonia e a coesão do ordenamento jurídico, é direito subjetivo de cada indivíduo lançar mão de todos os meios democráticos para atingir aquela finalidade. Logo, a priori, o transbordamento da constituição apresenta-se como benéfico à coletividade.

Seja para aumentar a sensação moral de que a justiça está sendo feita ou para cravar a base legal de que o direito está posto, o ordenamento jurídico pátrio precisa amoldar-se ao contexto social em que está inserido. E essa transformação pode ser feita com base no direito alienígena (que, por sua vez, apresenta casos de ampliação do bloco de constitucionalidade), ou com fulcro em criação jurídica própria apta a permitir melhor utilização do paradigma de confronto no controle de constitucionalidade.

¹ Tradução: “O Estado sou eu”.

² Tradução: “O Estado somos nós”.

Vale ainda ressaltar que é característica basilar do sistema jurídico contemporâneo a garantia da eficácia dos direitos fundamentais. Portanto, o aprimoramento da Constituição e do constitucionalismo é a pedra de toque para o avanço de uma democracia que caminha para a maturidade, como é o caso da brasileira. Nesse diapasão, a doutrina ampliadora serve não apenas para evitar retrocessos, como também para fomentar o espalhamento de garantias.

Ou seja, caso venha a ser aceita a corrente amplificadora, haverá uma consonância com a concepção culturalista da Constituição e com o neoinstitucionalismo, bem como uma projeção mais adequada em relação ao futuro do constitucionalismo.

Referências

BARROSO, Luís Roberto. *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Processo: ADI 595-ES. Rel. Ministro Celso de Mello. *Diário de Justiça*, Brasília, 26 fev. 2002.

CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003.

CARVALHO, Kildare Gonçalves. *Direito constitucional*. 17. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2011.

DROMI, José Roberto. La reforma constitucional: el constitucionalismo del "por venir". apud LEAL, Rosemiro Pereira. *Teoria geral do processo: primeiros estudos*. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012.

HESSE, Konrad. *A força normativa da Constituição*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1991.

LASSALLE, Ferdinand. *A essência da Constituição*. São Paulo: Lumen Juris, 2001. p. 10.

LEAL, Rosemiro Pereira. *Teoria geral do processo: primeiros estudos*. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012.

LENZA, Pedro. *Direito constitucional esquematizado*. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

LIMA, George Marmelstein. *Alexy à brasileira ou a Teoria da Katchanga*. 2008. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/21646/alexys-a-brasileira-ou-a-teoria-da-katchanga>>. Acesso em: 6 mar. 2015.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 8. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2013.

MORAES, Alexandre de. *Direito constitucional*. 27. ed. São Paulo: Atlas, 2011.

NOVELINO, Marcelo. *Manual de direito constitucional*. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE MINAS GERAIS. Pró-Reitoria de Graduação. Sistema de Bibliotecas. *Padrão PUC Minas de normalização: normas da ABNT para apresentação de artigos de periódicos científicos*. Belo Horizonte, 2010. Disponível em: <<http://www.pucminas.br/biblioteca/>>. Acesso em: 6 mar. 2015.

SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. São Paulo: Malheiros, 2002.

TEIXEIRA, J. H. Meirelles. *Curso de direito constitucional*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1991.