

OS TRATADOS INTERNACIONAIS DE DIREITOS HUMANOS E O BLOCO DE CONSTITUCIONALIDADE

Ana Rachel Freitas da Silva¹

Resumo

O parâmetro para o controle concentrado pelo Supremo Tribunal Federal leva em conta o elemento conceitual, que engloba as normas consolidadas no texto escrito da Constituição e os seus princípios explícitos e implícitos; e o elemento temporal, que só admite o controle de normas supervenientes à Carta de 1988. O conceito de bloco de constitucionalidade pretende ampliar esse elemento conceitual para além do texto codificado da Constituição, incluindo os valores suprapositivos, outros diplomas materialmente constitucionais e os tratados de direitos humanos aprovados segundo as regras trazidas pela emenda 45/2004.

Palavras-chave: parâmetro, controle, constitucional.

THE INTERNATIONAL AGREEMENTS OF HUMAN RIGHTS AND THE BLOCK OF CONSTITUTIONALITY

Abstract

The parameter for the concentrated control by the Supreme Federal Court considers the conceptual element, that includes norms consolidated in the written text of the Constitution and the explicit and implicit principles; as well as the temporal element, that only admits control over supervenient norms to the Brazilian 1988 Constitution. The concept of constitutional block intends to enlarge this conceptual element to beyond the text of the Constitution, including the inherent suprapositive values, other diplomas materially constitutional and the treaties of human rights approved according to the rules brought by the Constitutional Amendment 45/2004.

Keywords: parameter, control, constitutional.

Introdução

A discussão acerca da força normativa dos tratados internacionais foi alterada com a aprovação da emenda 45, que deu *status* de norma constitucional aos tratados que versarem sobre direitos humanos, desde que aprovados por

¹Advogada. Especialista em Negociações Internacionais. Professora do Centro Universitário de Goiás Uni-ANHANGÜERA. Email: anarachel.freitas@gmail.com

maioria de 3/5 nas duas Casas Legislativas do Congresso Nacional, nos moldes da aprovação de emendas à Constituição.

Aprovadas de conformidade com o quorum determinado na Constituição, os tratados de direitos humanos passarão a fazer parte do bloco de constitucionalidade, podendo ser invocados como parâmetro no controle concentrado de constitucionalidade.

Essa ampliação indica a tendência de se priorizar os valores e finalidades do constituinte ao elaborar o texto constitucional, compreendendo o controle como instrumento de garantia dos próprios direitos reconhecidos na Carta Política.

Busca-se mostrar como a Corte Constitucional Brasileira vê tradicionalmente a parametricidade no controle concentrado de constitucionalidade e as novas tendências trazidas pela teoria do bloco de constitucionalidade. Teoria esta que foi reforçada com o reconhecimento do *status* constitucional dos tratados de direitos humanos.

Parâmetro para controle concentrado de constitucionalidade

O controle concentrado de constitucionalidade, atribuído ao Supremo Tribunal Federal pela Constituição da República de 1988, é um dos mecanismos mais importantes para a garantia da supremacia da ordem constitucional. É por meio das ações diretas no controle concentrado, que se permite ao Supremo o desempenho da típica função política, atuando como legislador negativo (MELLO, 2004).

A constitucionalidade em abstrato é verificada num processo de relação entre a norma impugnada e o paradigma de confronto, do qual esta norma retira seu fundamento de existência, validade e eficácia.

A busca do paradigma de confronto, portanto, significa, em última análise, a procura de um padrão de cotejo, que, ainda em regime de vigência temporal, permita, ao intérprete, o exame da fidelidade hierárquico-normativa de determinado ato estatal, contestado em face da Constituição (MELLO, 2004, p. 4).

A jurisprudência do STF, em juízo de admissibilidade das ações diretas, utiliza dois elementos fundamentais para verificar se a norma alegadamente violada pelo ato considerado inconstitucional, serve como parâmetro para o controle. O paradigma de confronto leva em conta os elementos conceitual e temporal. Na ADIN 595-ES, segundo a doutrina do ilustre Ministro Celso de Mello, o elemento conceitual “consiste na determinação da própria idéia de Constituição e na definição das premissas jurídicas, políticas e ideológicas que lhe dão consistência” e o elemento temporal, por sua vez, “torna imprescindível constatar se o padrão de confronto, alegadamente desrespeitado, ainda vige” (MELLO, 2002).

Relativamente ao elemento conceitual, a Corte Constitucional Brasileira adota como parâmetro o texto formal da Constituição, ou seja, elege como critério o processo de formação e não o conteúdo das normas. Qualquer regra contida nesse diploma terá, portanto, o caráter constitucional.

O conceito de Constituição em sentido formal se contrapõe ao conceito material, segundo o qual, observa-se o conteúdo das normas, fixando um núcleo de assuntos que devem obrigatoriamente ser contemplados. O conteúdo que deveria integrar o texto constitucional guarda profundas divergências, admitindo-se, no entanto, que contenha necessariamente as “normas fundamentais e estruturais do Estado, a organização de seus órgãos, os direitos e garantias fundamentais” (LENZA, 2005).

A adoção do critério formal para determinar se uma norma é constitucional tem sofrido mitigação, ainda que tímida, na doutrina do STF, por intermédio da ampliação do paradigma de controle trazido pela teoria do bloco de constitucionalidade. Por tratar-se do objeto principal deste artigo, será tratado mais detenidamente o assunto no próximo tópico.

O segundo elemento a ser considerado na determinação do parâmetro é o elemento temporal. Sobre esse elemento, expôs brilhantemente o Ministro Mello:

tratando-se de fiscalização abstrata de constitucionalidade - apenas admite como objeto idôneo de controle concentrado as leis e os atos

normativos, que, emanados da União, dos Estados-membros e do Distrito Federal, tenham sido editados sob a égide de texto constitucional ainda vigente. O controle por via de ação, por isso mesmo, mostra-se indiferente a ordens normativas inscritas em textos constitucionais já revogados, ou que tenham sofrido alterações substanciais por efeito de superveniente promulgação de emendas à Constituição (MELLO, 2002, p. 2).

Com esse entendimento, o STF não vem admitindo o controle concentrado por meio da ação direta de norma anterior à Constituição de 1988, não reconhecendo, portanto, a inconstitucionalidade superveniente. As normas anteriores incompatíveis com o texto constitucional não foram por este recepcionadas. Utilizam-se os critérios para dirimir conflito de leis no tempo.

Além disso, a superveniência de emendas à Constituição que suprimam ou alterem o parâmetro de confronto invocado na ação direta configura hipótese de prejudicialidade da ação, em virtude da perda de seu objeto (LENZA, 2005).

Bloco de Constitucionalidade

A noção de bloco de constitucionalidade nasceu na França, fruto da construção doutrinária dos administrativistas daquele país, ao criarem a teoria do “bloco de legalidade”. A Constituição Francesa, em seu preâmbulo, faz referência a vários diplomas legais. “o texto de 1958 remete aos de 1789 e 1946, os quais, por sua vez, remetem aos princípios fundamentais reconhecidos pelas leis da República” (TURPIN, 1986, *apud* MELO, 2001, p. 1).

A referência a outras normas e ainda, aos “princípios reconhecidos pelas leis da República” reflete a idéia ampliada do bloco de constitucionalidade, sendo utilizado para “identificar a reunião de vários diplomas normativos igualmente considerados como constitucionais, ainda que produzidos em épocas distintas e sem preocupação de sistematização típica da codificação” (FRANCISCO, 2005, p. 100).

O conceito de bloco de constitucionalidade amplia o paradigma para a aferição da constitucionalidade das leis, buscando não apenas no texto escrito

da Constituição (acepção formal), mas em outros instrumentos normativos que consubstanciem o “espírito da Constituição”.

O bloco de constitucionalidade pode ser compreendido de uma forma mais ou menos ampliativa.

Numa visão mais ampliativa, o conceito de bloco de constitucionalidade engloba não somente as normas formalmente constitucionais, como também os princípios explícitos e implícitos no texto e os princípios e valores suprapositivos, além de outros diplomas normativos infraconstitucionais, desde que possam ser reconhecidos como materialmente constitucionais (LENZA, 2005).

Essa concepção ampliativa reconhece a idéia de “ordem constitucional global”, defendida por Canotilho, para o qual:

Todos os actos normativos devem estar em conformidade com a Constituição (art. 3.º/3). Significa isto que os actos legislativos e restantes actos normativos devem estar subordinados, formal, procedimental e substancialmente, ao parâmetro constitucional. Mas qual é o estalão normativo de acordo com o qual se deve controlar a conformidade dos actos normativos? As respostas a este problema oscilam fundamentalmente entre duas posições: (1) o parâmetro constitucional equivale à constituição escrita ou leis com valor constitucional formal, e daí que a conformidade dos actos normativos só possa ser aferida, sob o ponto de vista da sua constitucionalidade ou inconstitucionalidade, segundo as normas e princípios escritos da constituição (ou de outras leis formalmente constitucionais); (2) o parâmetro constitucional é a ordem constitucional global, e, por isso, o juízo de legitimidade constitucional dos actos normativos deve fazer-se não apenas segundo as normas e princípios escritos das leis constitucionais, mas também tendo em conta princípios não escritos integrantes da ordem constitucional global. Na perspectiva (1), o parâmetro da constitucionalidade (=normas de referência, bloco de constitucionalidade) reduz-se às normas e princípios da constituição e das leis com valor constitucional; para a posição (2), o parâmetro constitucional é mais vasto do que as normas e princípios constantes das leis constitucionais escritas, devendo alargar-se, pelo menos, aos princípios reclamados pelo ‘espírito’ ou pelos ‘valores’ que informam a ordem constitucional global (CANOTILHO, 1998, *apud* MELLO, 2002, p. 5).

Por outro lado, adotando-se uma posição mais reducionista do bloco de constitucionalidade, o parâmetro para o controle compreenderia tão somente as normas e princípios expressos na Constituição escrita.

Do compulso da jurisprudência do STF, ressalta-se a tendência reducionista do parâmetro de controle de constitucionalidade das normas. Ao adotar a noção de Constituição formal, o Supremo não vem admitindo a invocação de atos normativos infraconstitucionais como paradigma, a exemplo dos tratados de direitos humanos que, anteriormente à emenda N. 45, ostentavam *status* de lei ordinária, em que pese o argumento de conterem dispositivos materialmente constitucionais.

A adoção desse posicionamento pode ser verificada, também, na negativa de incluir o preâmbulo da Carta Magna no paradigma de controle. No julgamento da ADI n. 2076-AC, o Supremo Tribunal Federal - STF além de estabelecer a irrelevância jurídica do preâmbulo, afastando inclusive sua normatividade, decidiu que a inclusão da invocação “à proteção de Deus” não seria norma de reprodução obrigatória nos preâmbulos das Constituições estaduais e leis orgânicas do Distrito Federal e dos Municípios (LENZA, 2005).

Apesar da posição reducionista das normas-parâmetro, a teoria do bloco de constitucionalidade aos poucos é reconhecida pela Corte Constitucional. O Ministro Celso de Mello, no julgamento da ADI nº 595 abriu importante precedente para a invocação deste conceito, que tem sido citado em várias outras decisões.

Nesse sentido, a jurisprudência do STF reconhece como bloco de constitucionalidade as normas e princípios expressos na Constituição e também os princípios implícitos e valores supra-positivos, afastando-se cautelosamente da noção puramente positivista da Carta Política.

Na ADI *supra* citada, reconhece-se o conceito de bloco de constitucionalidade:

Para além da totalidade das regras constitucionais meramente escritas e dos princípios contemplados, explícita ou implicitamente, no corpo normativo da própria Constituição formal, chegando, até mesmo, a

compreender as 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, em função de perspectivas conceituais mais amplas, a concretização da idéia de ordem constitucional global. (MELLO, 2002, p.4).

Dessa feita, observa-se que o paradigma de confronto para a verificação da constitucionalidade dos atos normativos vem sendo, aos poucos, ampliado. A norma não é algo destituído de significado. Toda norma contém um fim, que deve transcender sua disposição literal. Essa parece, enfim, a inclinação do Tribunal Constitucional, ao reconhecer que os princípios implícitos e valores suprapositivos devem ser assegurados para própria manutenção da supremacia da Lei Maior.

Tratados de Direitos Humanos e o Alargamento do Bloco de Constitucionalidade

Até o advento da emenda constitucional N. 45 de 2004, os tratados de direitos humanos, segundo o entendimento predominante do STF, ingressavam no ordenamento jurídico brasileiro como lei ordinária.

Tal entendimento embasa-se na interpretação literal do art. 102, III, b, da Constituição da República. O referido artigo dispõe lado a lado, “lei federal” e “tratado”, estatuindo a competência ao STF de “julgar, mediante recurso extraordinário, as causas decididas em única ou última instância, quando a decisão recorrida declarar inconstitucionalidade de tratado ou lei federal”. Outro argumento dos defensores dessa corrente seria o quorum para apreciação dos tratados pelo Congresso: maioria simples, o mesmo quorum previsto para votação de lei ordinária. A resolução dos conflitos entre tratados e leis obedecia ao critério da norma mais recente – *lex posteriori derogat priori*.

A emenda constitucional N. 45 de 2004, com a inclusão do § 3º ao artigo 5º, ampliou os parâmetros que deverão ser observados para aferir a constitucionalidade de leis e atos normativos, incluindo os tratados de direitos

humanos no bloco de constitucionalidade. Dispõe a redação da norma citada: 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.

De acordo com esse dispositivo, os tratados de direitos humanos aprovados pelo quorum qualificado exigido pela Constituição serão recepcionados pelo ordenamento jurídico brasileiro como normas constitucionais, podendo inclusive ser invocados como parâmetro para o controle de constitucionalidade de leis que afrontem suas normas.

Dessa feita, o princípio da supremacia da Constituição, que permite o controle de constitucionalidade das leis infraconstitucionais, passa a ter como referência uma reunião de diplomas normativos diversos, não consolidados em um único código, alargando o bloco de constitucionalidade. (FRANCISCO, 2005)

Conclusão

O controle concentrado exercido pelo STF é um dos mais importantes instrumentos de garantia da supremacia da Constituição. Por essa razão, é fundamental a exata compreensão das normas que deverão figurar como parâmetro para a realização desse controle.

O reconhecimento do *status* constitucional dos tratados de direitos humanos vem ampliar o paradigma de controle, demonstrando a preocupação do legislador em assegurar a efetividade dos direitos humanos, independente de ser sua fonte nacional ou internacional.

Isso significa que, uma vez aprovado um tratado de direitos humanos de acordo com a regra constitucional, qualquer lei federal ou estadual que lhe for contrária pode ter sua validade argüida por meio de uma ação direta de inconstitucionalidade.

A possibilidade de inclusão dos tratados de direitos humanos no bloco de constitucionalidade reforça a necessidade de adotar uma visão finalística da

Constituição, compreendendo que o controle de constitucionalidade não é um fim em si mesmo e que a supremacia da Constituição, enquanto preocupação exclusivamente normativa é esvaziada de razão. Pelo contrário, a garantia da supremacia da norma constitucional se justifica, última *ratio*, pela manutenção da intangibilidade dos direitos alcançados.

Cautelosamente, a jurisprudência do STF caminha no reconhecimento de um parâmetro que corrobore os valores primordiais do texto constitucional, reconhecendo a importância de se buscar “o espírito da Constituição”. O alargamento do bloco de constitucionalidade, com a inclusão dos tratados de direitos humanos reforça essa tendência, de reconhecimento da supremacia das normas garantidoras de direitos.

Referências Bibliográficas

BRASIL, Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**: promulgada em 5 de outubro de 1988. Organização do texto: Juarez de Oliveira. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação direta de inconstitucionalidade. Instrumento de afirmação da supremacia da ordem constitucional. O papel do Supremo Tribunal Federal como legislador negativo. A noção de constitucionalidade/inconstitucionalidade como conceito de relação. A questão pertinente ao bloco de constitucionalidade. Posições doutrinárias divergentes em torno do seu conteúdo. O significado do bloco de constitucionalidade como fator determinante do caráter constitucional, ou não, dos atos estatais. Necessidade da vigência atual, em sede de controle abstrato, do paradigma constitucional alegadamente violado. Superveniente modificação/supressão do parâmetro de confronto. Prejudicialidade da ação direta. Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 595. Governador do Estado do Espírito Santo. Relator: Ministro Celso de Mello. DJU, 18 fev. 2002. Disponível em: http://www.stf.gov.br/dj/MontaPaginaDJ.asp?ORIGEM=AP&CLASSE=ADI&PROCESSO=595&TIP_JULGAMENTO=M&RECURSO

=0&CAPITULO=6& NUM MATERIA=16&MATERIA=2&BRS=111
8671&TITULO=<span%20class=titulo>Diário%20da%20Justiça%2
0Nr.%2037%20do%20dia%2026/02/2002
, acesso em 28/10/2006.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Constitucional. Constituição: preâmbulo. I - Normas centrais. Constituição do Acre. Normas centrais da Constituição Federal: essas normas são de reprodução obrigatória na constituição do Estado-membro, mesmo porque, reproduzidas ou não, incidirão sobre a ordem local. Reclamações 370-MT e 383-SP. II – Preâmbulo da Constituição: não constitui norma central. Invocação de proteção a Deus: não se trata de norma de reprodução obrigatória na Constituição estadual não tendo força normativa. III – Ação direta de inconstitucionalidade julgada improcedente. Ação direta de inconstitucionalidade n. 2076-5. Assembléia Legislativa do Estado do Acre. Relator: Ministro Carlos Veloso. DJU, 08 de agosto de 2003. Disponível em: www.stf.gov.br/jurisprudencia/IT/frame.asp?classe=ADI&processo=2076&origem=IT&cod_classe=504
, acesso em 28/10/2006.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação direta de inconstitucionalidade. Derrogação do art. 2º da Lei 9783/99 resultante da superveniente edição da Lei 9.988/2000 – extinção anômala nesse ponto, do processo normativo de controle abstrato – questão de ordem que se resolve no sentido da prejudicialidade parcial da ação direta. A superveniente revogação - total (ab-rogação) ou parcial (derrogação) – do ato estatal impugnado em sede de fiscalização normativa abstrata faz instaurar, ante a decorrente perda de objeto, situação de prejudicialidade, total ou parcial, de ação direta de inconstitucionalidade, independentemente da existência, ou não, de efeitos residuais concretos que possam ter sido gerados pela aplicação do diploma legislativo questionado. Precedentes. Decisão em Ação Direita de Inconstitucionalidade n. 2010-2. Conselho Federal da Ordem dos

Advogados do Brasil. Relator: Ministro Celso de Mello. DJU, 22 mar. 2004. Disponível em: [http://www.stf.gov.br/dj/MontaPaginaDJ.asp?ORIGEM=AP&CLASSE=ADI&PROCESSO=2010&TIP_JULGAMENTO=M&RECURSO=0&CAPITULO=6&NUM_MATERIA=34&MATERIA=2&BRS=1528621&TITULO=<span%20class=titulo>Diário%20da%20Justiça%20Nr.%2055%20do%20dia%202022/03/2004
](http://www.stf.gov.br/dj/MontaPaginaDJ.asp?ORIGEM=AP&CLASSE=ADI&PROCESSO=2010&TIP_JULGAMENTO=M&RECURSO=0&CAPITULO=6&NUM_MATERIA=34&MATERIA=2&BRS=1528621&TITULO=<span%20class=titulo>Diário%20da%20Justiça%20Nr.%2055%20do%20dia%202022/03/2004
), acesso em 28/10/2006.

FRANCISCO, J. C.. Bloco de Constitucionalidade e Tratados de Direitos Humanos. In: TAVARES, A. R.; LENZA, P.; ALARCÓN, P. de J. L. (cord). **Reforma do judiciário analisada e comentada**. São Paulo: Método, 2005.

LENZA, P. **Direito constitucional esquematizado**. 9. ed. São Paulo: Método, 2005.

MELO, C. de C. O Bloco de Constitucionalidade e o contexto brasileiro. **Revista Direito, Estado e Sociedade**, Rio de Janeiro, vol. 15, dez. 2001. Disponível em: http://www.puc-rio.br/sobrepuc/depto/direito/revista/online/rev15_carolina.html. Acesso em: 28/10/2006.