

SOBERANIA DE CONCIÊNCIA COLETIVA: UMA PROPOSTA DE COMPREENSÃO DO BLOCO DE CONSTITUCIONALIDADE LATINO- AMERICANO CONTEMPORÂNEO

SOVEREIGNTY OF COLLECTIVE CONSCIOUSNESS: A PROPOSAL FOR UNDERSTANDING THE BLOCK OF CONTEMPORARY LATIN AMERICAN CONSTITUTIONALITY

Alan Ramalho Peres ¹

Rafael Lazzarotto Simioni²

RESUMO

O bloco de constitucionalidade é uma teoria sobre os parâmetros do controle de normas e sua emergência contemporânea é de extrema relevância para a compreensão de que não há somente normas nacionais aptas a fazê-lo. Nesse sentido, seria o bloco de constitucionalidade da América Latina uma forma de avançar na superação das fronteiras soberanas. O trabalho justifica-se devido à necessidade da promoção dos parâmetros de controle da legislação em face das fronteiras jurídico-territoriais, de modo a resultar na explicitação do bloco de constitucionalidade latino-americano como um instrumento de proteção da pessoa humana complementar a internacionalização dos direitos de modo a formar uma soberania de consciência coletiva. A metodologia é analítica.

PALAVRAS CHAVE: Consciência Coletiva. Constitucionalismo Latino-Americano. Bloco de Constitucionalidade.

ABSTRACT

The constitutionality block is a theory about the parameters of norms' control and its contemporary genealogy is of extreme relevance for the understanding that there are not only national norms apt to do so. In this sense, it would be the constitutional block of Latin America as a way to move forward in overcoming sovereign boundaries. The work is justified due to the need to promote the parameters of control of the legislation in front of the legal and territorial boundaries, in order to result in the Latin American constitutional block being explained as an instrument of protection of the human being to complement the internationalization of rights in order to form a sovereignty of collective consciousness. The methodology is analytical.

¹ Mestrando em Direito com concentração em Constitucionalismo e Democracia e especializando em Direito Constitucional pela Faculdade de Direito do Sul de Minas (FDSM). Graduado em Ciências Jurídicas e Sociais pela Pontifícia Universidade Católica de Campinas (PUC Campinas). Efetuou pesquisa financiada pelo CNPq na temática Filosofia e Política com publicação de resumo expandido e apresentação de trabalhos em anais de congresso. Realizou pesquisa junto à PUC Campinas em Hermenêutica.

² Pós-Doutor em Filosofia e Teoria do Direito pela Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra (2011), Doutor em Direito Público pela Unisinos (2008), Mestre em Direito pela UCS (2005) e graduação em Direito pela UCS. É professor da Faculdade de Direito do Sul de Minas-FDSM e da Universidade do Vale do Sapucaí-Univás. Teoria, filosofia e sociologia do direito são suas principais áreas de interesse.

KEYWORDS: Collective Consciousness. Latin American Constitutionalism. Constitutionality block.

Introdução

O bloco de constitucionalidade é construído estruturalmente pelo reconhecimento das Cortes Constitucionais na Europa e sua formação inicial decorre de um reconhecimento jurisdicional francês e jurisdicional alemão por volta de meados do século XX. No entanto, independentemente do local geográfico de emergência, a teoria tem como elementos comuns a transigência (ocorrências permissivas) e a contingência (circunstâncias do poder).

Nesse aspecto, indaga-se qual é o surgimento do bloco de constitucionalidade? Qual sua transigência? Qual sua contingência? Qual sua composição europeia? Qual sua composição Latino-americana? O bloco de constitucionalidade pode romper as fronteiras dos Estados? Qual o instrumento utilizado nesse processo? Como essa eventual superação de fronteiras auxilia na integração internacional?

Justifica-se a abordagem da problemática na contemporaneidade, pois ela é atinente à globalização e à superação das fronteiras de cada Estado em diversos aspectos da sociedade, como por exemplo, a economia, a disseminação de bens e serviços, a locomoção de pessoas, a transferência de informação. Entretanto, no que tange aos aspectos da jurisdição, a globalização ainda não encontra eficiente superação das fronteiras, de modo que em regra cada jurisdição exerce seus poderes exclusivamente em determinados territórios e sobre determinadas pessoas.

Ocorre que principalmente na América Latina o bloco de constitucionalidade tem-se formado por meio dos direitos humanos, o que vem caracterizando um paradigma regional-internacional inserido em cada Estado quanto ao controle de normas jurídicas. Assim, pode-se perceber que a partir do final do século XX inicia-se um rompimento nas fronteiras jurisdicionais dos Estados e consequentemente dos paradigmas de controle de normas jurídicas.

O objetivo geral é explicitar a transigência (ocorrências permissivas) e a contingência (circunstâncias do poder) da expansão dos parâmetros de controle das normas jurídicas como elemento da soberania de uma consciência coletiva. Os objetivos específicos são explicitar a formação do bloco de constitucionalidade em face dos pressupostos de transigência (ocorrências permissivas) e de contingência (circunstâncias do poder), a decorrência estrutural diversificada do Bloco de Constitucionalidade por meio do direito comparado em face culturas distintas e, por fim, explicitar uma nova compreensão contemporânea sobre o bloco como

instrumento de proteção da pessoa humana complementar a internacionalização dos direitos de modo a formar uma soberania de consciência coletiva.

Quanto às hipóteses a serem submetidas à averiguação, tem-se que a transigência (ocorrências permissivas) do bloco de constitucionalidade constitui-se na existência latino-americana de uma expansão da proteção dos direitos humanos e fundamentais, já e a contingência (circunstâncias do poder) decorre do embate entre os Estados democráticos com de Constituições antropocêntricas em face dos Estados totalitários da primeira metade do século XX.

A metodologia empregada é a analítica a embasar uma pesquisa problema, com marco histórico na discussão da transigência e contingência do bloco de constitucionalidade entre a França e a Alemanha no século XX. A crítica analítica sobre a formação e detenção do poder na sociedade delinea a história através de ocorrências não controláveis e essa metodologia adéqua-se aos propósitos haja vista a capacidade de elucidar a construção de sentido de conceitos jurídicos em determinado tempo e espaço explicitando os motivos e finalidades para os quais são empregados.

Diante dessa proposta desenvolvem-se três capítulos e as considerações finais. O primeiro capítulo abordará a construção conceitual em relação à transigência e a contingência em perspectiva como o bloco de constitucionalidade. O segundo capítulo tratará das múltiplas decorrências da formação histórica do conceito de bloco de constitucionalidade no direito comparado. O terceiro capítulo versará sobre uma nova forma de compreensão do bloco em face da transigência (ocorrências permissivas) e a contingência (circunstâncias do poder). Por fim, as considerações finais trarão reflexões dessa temática.

1. A TRANSIGÊNCIA (OCORRÊNCIAS PERMISSIVAS) E A CONTINGÊNCIA (CIRCUNSTÂNCIAS DO PODER) DO BLOCO DE CONSTITUCIONALIDADE

A história pode ser concebida em duas linhas distintas, a primeira como o desenrolar linear de fatos, a segunda como acontecimentos dirigidos ou casuais que delimitam o regime disciplinar da verdade e do poder.³ Neste último sentido insere-se a transigência concebida como ocorrências permissivas atrela-se a compreensão de uma rede de acontecimentos através dos quais, graças ao quais ou contra os quais a histórias ocorre. Nesse sentido, como exemplo

³ FOCAULT, Michel. *Nietzsche, Genealogia do Poder*. _____ in *Microfísica do Poder*. Organização e tradução de Roberto Machado. Rio de Janeiro: Edições Graal, 1979. Pag. 12-14.

elucidativo, pode-se mencionar transigência do tribunal de Nuremberg a derrocada do Eixo (Alemanha, Itália e Japão) pelos Aliados (EUA, Inglaterra e França).

A contingência como circunstâncias do poder atrela-se ao embate teórico-ideológico ocorrido nas circunstâncias da transigência (ocorrências permissivas). Como exemplo elucidativo, pode-se mencionar a contingência do tribunal de Nuremberg por meio do embate entre as concepções jurídicas éticas/naturais do direito em face das concepções positivas/formalistas do direito.

Com base na transigência (ocorrências permissivas) e na contingência (circunstâncias do poder) do bloco de constitucionalidade na América Latina será explicitada a respectiva teoria como indutora de um direito capaz de desenvolver as bases humanas não somente de um Estado, mas de um grupo de Estados. Para tanto, tratar-se-á do surgimento da teoria do bloco de constitucionalidade e, posteriormente, será trabalhado as diversas teorias formadas diante de cada Estado analisado.

A expressão bloco de constitucionalidade não possui origem certa, por um lado alguns pesquisadores acenam uma origem francesa, por outro lado aponta-se uma origem alemã. Nessa seara, quanto ao surgimento na França, há duas linhas distintas. A primeira relaciona-se ao bloco de legalidade de Maurice Hauriou, já a segunda apresenta-se através da divisão das normas constitucionais novamente de Maurice Hauriou.

A hipótese de origem francesa aferida por meio do bloco de legalidade capitaneada por Maurice Hauriou dispõe sobre os limites da atuação do Conselho de Estado no controle dos atos administrativos, para o qual a legalidade não representava apenas o cumprimento da lei, mas também dos princípios e demais institutos jurídicos.⁴

Outra linha francesa se encontra com Vargas que aborda o surgimento do bloco de constitucionalidade por meio da divisão de normas constitucionais de Maurice Hauriou. Nesse sentido, a Constituição é um conjunto de regras sobre os direitos individuais e sobre a organização do Estado, as quais podem ser subdivididas em (i) espécie prática da Constituição, (ii) espécie de legalidade constitucional, que regulamenta matérias constitucionais e (iii) espécie de super legalidade.⁵ Nesse sentido expõe Hauriou:

⁴ FAVOREU, Louis. *El bloque de constitucionalidad*. Revista del centro de estudios constitucionales. Madri, n.4, p.45-68, jan/mar., 1990.

⁵ VARGAS, Angelo Miguel de Souza. *O Bloco de Constitucionalidade: reconhecimento e consequências no Sistema Constitucional Brasileiro*. 2007. 204 f. Dissertação (Mestrado em Direito Constitucional). Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2007. Pag. 18.

Sería un error creer que la supe legalidad constitucional no se refiere más que a lo que consta en la Constitución; comprende también todos los principios fundamentales del régimen, es decir, los principios individualistas – que son la base del Estado – y los principios políticos – que son la base del gobierno. Estos principios integran una especie de legitimidad constitucional, colocada por encima de la Constitución escrita (...).⁶

Nesse sentido, Coelho conceitua o bloco de constitucionalidade como o “superdireito”, que possui como característica inerente sua predisposição para análise de regras de colisão e de interpretação.⁷

A hipótese de origem alemã é exposta por Cunha Junior, segundo o qual a Alemanha admite controle de sua legislação por normas supraconstitucionais, além da própria Constituição⁸. Bachoff explicita, “o VerfGH da Baviera que de modo mais decidido se afasta de um conceito de Constituição puramente formal, ao incluir o próprio direito suprapositivo na <<Constituição>> como padrão de controle”.⁹

Desse modo, as compreensões dos blocos de constitucionalidade francesas e alemãs mostram-se de suma importância, haja vista que são os locais de eventual surgimento da teoria e, ainda, introduzem a ideia expansiva de determinado sistema de averiguação normativa, bem como delineiam eventuais elementos estruturais do bloco de constitucionalidade quanto ao “nexus veritatum” do sistema.

Por um lado, na Europa essas perspectivas de origem da teoria do bloco de constitucionalidade têm como contingência (circunstâncias do poder) o embate na pós-segunda guerra mundial entre forças protecionistas e expansionistas dos direitos humanos em face às forças conservadoras de uma supremacia descontrolada dos Estados totalitários. Já a transigência (ocorrências permissivas) encontra-se no espectro cultural-ideológico em promover uma reação às mazelas impostas à dignidade humana pela segunda grande guerra.

Por outro lado, no Brasil o bloco de constitucionalidade tem como transigência (ocorrências permissivas) o momento pós-ditadura militar entre 1964 e 1984 com o ressurgimento de um Estado Democrático e Social Constitucional e sucessiva elaboração da

⁶ HAURIOU, Maurice. *Princípios de Direito Público e Constitucional*. trad. Carlos Ruiz Del Castillo. 2ª ed. Madrid: Instituto Editorial Reus, 1927. Pag. 325.

⁷ COELHO, Bernardo Leôncio Moura. *O bloco de constitucionalidade e a proteção à criança*. Revista de Informação Legislativa, [S.l.], n° 123, pp. 259-266, 1994. Pag. 263.

⁸ CUNHA JÚNIOR, Dirley da. *Controle de constitucionalidade: teoria e prática*. 6. ed. Salvador: JusPodivm, 2012. Pag. 109-110.

⁹ BACHOF, Otto. *Normas constitucionais inconstitucionais?* Tradução de José Manuel M. Cardoso da Costa. Lisboa: Almedina, 1994. Pag. 23.

Constituição de 1988. Esta Constituição representa a formatação de um novo paradigma jurídico à ordem brasileira, de maneira que a legitimidade dos atos dos três poderes está vinculada às normas procedimentais, estruturais e materiais da Constituição. Ainda, nesse sentido a Constituição de 1988 expõe a contingência (circunstâncias do poder) que possibilita a expansão dos direitos e garantias constitucionais para além do regime previsto com base no artigo 5º, §2º da Constituição Federal.

2. A DIVERGÊNCIA ESTRUTURAL DO BLOCO DE CONSTITUCIONALIDADE NO DIREITO COMPARADO

2.1. BLOCO DE CONSTITUCIONALIDADE NA FRANÇA

Segundo Favoreu, com base nas decisões do Conselho Constitucional o bloco francês se compõe da Constituição de 1958, da Declaração de Direito do Homem e do Cidadão de 1789, do Preâmbulo da Constituição de 1946 e dos princípios fundamentais reconhecidos pelas leis da república¹⁰.

Nesse viés, como primeiro elemento, a Constituição de 1958 possui 92 artigos, todos com a mesma força normativa, exceto os artigos 77 a 78 que por motivos fáticos da independência de colônias perderam a eficácia¹¹. Vargas também aborda a Constituição de 1958 e atual Carta Magna francesa que apresenta dispositivos sem hierarquização normativa interna¹². Essas disposições, em sua grande maioria, regulam os poderes públicos, no entanto, também afetam diretamente os direitos e liberdades fundamentais.

O segundo elemento é a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789, que em 1971 foi incorporada com caráter constitucional ao bloco de constitucionalidade mediante decisão do Conselho Constitucional sobre a liberdade de associação. No entanto, a primeira vez que a Declaração serviu como parâmetro de controle foi em uma decisão de 27 de

¹⁰ FAVOREU, Louis & RUBIO LLORENTE, Francisco. *El bloque de la constitucionalidad*. Madri: Cuadernos Civistas I, 1991.

¹¹ MELLO, Vitor Tadeu Carramão. *O bloco de constitucionalidade como parâmetro de proteção dos direitos fundamentais*. Vox Juris, Rio de Janeiro, ano 2, v. 2, n. 1, p. 127-150, 2009. Pag. 132.

¹² VARGAS, Angelo Miguel de Souza. *O Bloco de Constitucionalidade: reconhecimento e conseqüências no Sistema Constitucional Brasileiro*. 2007. 204 f. Dissertação (Mestrado em Direito Constitucional). Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2007. Pag. 26.

dezembro de 1973¹³, quando fundamentou a declaração de inconstitucionalidade de uma lei de finanças que violava expressamente o seu art. 6º¹⁴.

O terceiro elemento, o preâmbulo da Constituição de 1946, integra o bloco de constitucionalidade através da deliberação de 1971 do Conselho Constitucional francês, a qual é uma designação de princípios políticos, econômicos e sociais, a fim de dar completude à declaração de direitos da primeira geração de 1789¹⁵. As disposições do preâmbulo da Constituição de 1946 foram utilizadas como paradigma de constitucionalidade de uma norma em 15 de janeiro de 1975¹⁶. Nesse sentido esclarece o Conselho Constitucional francês:

Considérant qu'aucune des dérogations prévues par cette loi n'est, en l'état, contraire à l'un des principes fondamentaux reconnus par les lois de la République ni ne méconnaît le principe énoncé dans le préambule de la Constitution du 27 octobre 1946, selon lequel la nation garantit à l'enfant la protection de la santé, non plus qu'aucune des autres dispositions ayant valeur constitutionnelle édictées par le même texte¹⁷.

Por fim o quarto elemento, os princípios fundamentais das leis da república, que são condicionados ao cumprimento de determinados requisitos: (i) tratem-se de uma legislação republicana, (ii) esta legislação republicana deve ter sido aprovada antes da entrada em vigor do preâmbulo de 1946, ou seja, antes de 27 de outubro de 1946 e (iii) sob a tradição instaurada não deve existir nenhuma exceção¹⁸.

Os principais princípios fundamentais das leis da república componentes do respectivo sistema são a liberdade de associação, os direitos de defesa, a liberdade de ensino, a competência exclusiva da jurisdição administrativa e a jurisdição comum como guardião da propriedade privada¹⁹. Cabe mencionar que os princípios fundamentais reconhecidos pelas leis da república são incluídos no bloco por um processo de duplo grau, no qual primeiramente a Constituição Francesa de 1958 reconhece o preâmbulo da Constituição de 1946 e, que por sua

¹³ FAVOREU, Louis. *Los tribunales constitucionales*. Barcelona: Ariel, 1994. Pag. 107 e 108.

¹⁴ VARGAS, Angelo Miguel de Souza. *O Bloco de Constitucionalidade: reconhecimento e consequências no Sistema Constitucional Brasileiro*. 2007. 204 f. Dissertação (Mestrado em Direito Constitucional). Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2007. Pag. 26.

¹⁵ MELLO, Vitor Tadeu Carramão. *O bloco de constitucionalidade como parâmetro de proteção dos direitos fundamentais*. Vox Juris, Rio de Janeiro, ano 2, v. 2, n. 1, p. 127-150, 2009. Pag. 134.

¹⁶ VARGAS, Angelo Miguel de Souza. *Op. Cit.* Pag. 27.

¹⁷ FRANÇA. *Decisão nº 77-87, de 23 de novembro de 1977, do Conselho Constitucional*.

¹⁸ VARGAS, Angelo Miguel de Souza. *Passim*. Pag. 28.

¹⁹ MELLO, Vitor Tadeu Carramão. *Op. Cit.* Pag. 135.

vez, reconhece os supraprincípios como constitucionais²⁰, que são reconhecidos ao logo da história do Conselho Constitucional francês.

2.2. BLOCO DE CONSTITUCIONALIDADE ALEMÃO

O bloco de constitucionalidade alemão se distingue hierarquicamente do bloco de constitucionalidade francês, haja vista que neste caso, as normas paradigmas de controle são supraconstitucionais ou suprapositivas²¹. Nesse sentido, há parcela de estudiosos que compreendem que sua existência antecede até mesmo o bloco de constitucionalidade francês, como é o caso de Cunha Junior e Bachoff.

Na Alemanha o bloco constituiu-se originariamente por meio da decisão de 24-4-1950, relativa ao artigo 184 da Constituição da Baviera. Ao comentar essa decisão Bachoff afirma:

A nulidade inclusivamente de uma disposição constitucional não está a priori e por definição excluída pelo facto de tal disposição, ela própria, ser parte integrante da Constituição. Há princípios constitucionais tão elementares, e expressão tão evidente de um direito anterior mesmo à Constituição, que obrigam o próprio legislador constitucional e que, por infracção deles, outras disposições da Constituição sem a mesma dignidade podem ser nulas (...).²²

Já nesse momento é perceptível que o conteúdo de cada bloco de constitucionalidade, bem como a hierarquia de cada bloco são elementos culturais regionais. No entanto poderíamos questionar se há um vetor jurídico comum ao bloco de constitucionalidade como uma teoria, não representando somente uma construção comum e regionalizada. Nesse sentido, compreende-se que uma teoria do bloco de constitucionalidade é corroborada pela expansão do paradigma de controle jurisdicional sobre a legislação.

Nesse sentido deve-se perceber a existência de múltiplas fontes paradigmáticas para o controle da legislação alemã. No caso apesar de não serem normas constitucionais, mas sim supraconstitucionais a Corte Constitucional alemã alargou os parâmetros do controle, de maneira a ampliar as proteções aos direitos fundamentais²³.

²⁰ MARCOS, Edgar Carpio. *Bloque de constitucionalidade y proceso de inconstitucionalidad de las leyes*. Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional, n. 4, p. 79-114, [S.l.], 2005. Pag. 86.

²¹ CARVALHO, Feliciano de. *Teoria do Bloco de Constitucionalidade*. Disponível em: <http://publicadireito.com.br/artigos/?cod=2b4830a2f3347c33>. Acesso em: 08 de setembro de 2016. Pag. 11.

²² BACHOF, Otto. *Normas constitucionais inconstitucionais?* Tradução de José Manuel M. Cardoso da Costa. Lisboa: Almedina, 1994. Pag. 23.

²³ CARVALHO, Feliciano de. *Teoria do Bloco de Constitucionalidade*. Disponível em: <http://publicadireito.com.br/artigos/?cod=2b4830a2f3347c33>. Acesso em: 08 de setembro de 2016. Pag. 11-12.

2.3. BLOCO DE CONSTITUCIONALIDADE NA ESPANHA E NA ITÁLIA

2.3.1. BLOCO DE CONSTITUCIONALIDADE NA ESPANHA

Na Espanha, a discussão em torno do bloco de constitucionalidade se acirra devido à divergência doutrinária e jurisprudencial em torno do assunto e, consequentemente, desenvolve o aspecto polissêmico da expressão bloco de constitucionalidade²⁴. Desse modo, desenvolve-se uma discussão jurídica em torno de dois pontos principais, a saber:

Esta función no es evidentemente la de la simple relevancia constitucional de las normas en cuestión, esto es, que se trate de normas cuya infracción puede fundamentar una pretensión ante el juez constitucional y ser corregida por este por no ser un <<problema de mera legalidad>>, para decirlo con una de las expresiones favoritas del Tribunal, no ha considerado nunca integradas en el <<bloque>> las leyes de desarrollo o regulación de los derechos fundamentales. Naturalmente las normas que Forman el famoso <<bloque>> tienen relevancia constitucional, pero lo que determina su incorporación a él (y, por supuesto, su relevancia) es otra característica, otra función o más exactamente el desempeño de una de las dos funciones a las que el Tribunal anuda esa pertenencia. En la mayor parte de las decisiones que utilizan la expresión, la función determinante de la inclusión es la delimitación competencial entre Estado y Comunidades Autónomas, una función, por tanto, intrínseca a la norma de la que es finalidad u objeto propio²⁵.

Assim, percebe-se que há uma resistência em incluir os direitos humanos no bloco espanhol e que a discussão de sua composição perpassa, em regra, pela constatação de normas materialmente constitucionais estruturais que estão fora da Constituição e que regulam as competências das comunidades autônomas.

Nesse viés, segundo trabalho realizado por Cabo, o bloco de constitucionalidade Espanhol está enquadrado em divergentes posições conceituais sobre a referida teoria. Na hipótese de um ordenamento complexo que pressupõe a existência de normas capazes de ensinar o controle da legislação, sendo estas apartadas da Constituição, mas materialmente determinante das competências das Comunidades Autônomas²⁶.

²⁴ MARCOS, Edgar Carpio. *Bloque de constitucionalidade y proceso de inconstitucionalidad de las leyes*. Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional, n. 4, p. 79-114, [S.l.], 2005. Pag. 90.

²⁵ ROYO, Javier Pérez. *El bloque de La constitucionalidad*. In: *Simposium franco-español de Derecho constitucional*, Univeersidad de Sevilla, Espanha: Editorial Civitas, S. A, [1991?]. Pag. 98.

²⁶ VEGA, Antonio de Cabo de La. *Nota sobre el bloque de constitucionalidad*. Jueces para la democracia, N°. 24, Madrid, 1995. Pag. 58-60.

Nesse sentido, o bloco espanhol é formado por um conjunto de normas positivas de caráter materialmente constitucional, as quais distribuem territorialmente o poder entre a instância central e demais entes²⁷. Ainda, Vargas ao tratar do bloco espanhol expõe uma distinção sobre as normas componentes:

Algumas previstas expressamente na própria Constituição como normas de delimitação competencial ou de regulação do exercício de competências estatutárias concretas; outras possíveis em virtude de uma expressa habilitação ao legislador; e outras incluídas na permissão de alguns Estatutos de Autonomia, com fórmulas variadas, cujas diferenças são, na prática, irrelevantes²⁸.

A autonomia das comunidades é prescrita por três diferentes normas, uma por três diferentes normas, umas contidas na Constituição e outras autorizadas ao legislador que as preencham e, por fim, aquelas contidas no Estatuto das Comunidades Autônomas. Essas últimas compõem o bloco de constitucionalidade espanhol.

2.3.2. BLOCO DE CONSTITUCIONALIDADE NA ITÁLIA

Entre as diversas versões do bloco de constitucionalidade encontra-se a teoria italiana denominada de normas interpostas. Normas que sem serem formalmente constitucionais são parâmetro para o controle da legislação vigente em determinado ordenamento jurídico, nesse aspecto pode-se elencar as normas de delegação aos legisladores, os regulamentos da câmara, os estatutos de autonomia e os tratados de direitos humanos²⁹.

O bloco de constitucionalidade na Itália possui semelhanças e distinções se comparado como o bloco espanhol. As semelhanças residem na formação conteudística do bloco por veículos legislativos que não integram o status de norma formalmente constitucional e, que na realidade, são normas de grau intermediário entre as normas constitucionais e as normas ordinárias. As distinções estão na amplitude das normas de grau intermediário italianas e as

²⁷ VARGAS, Angelo Miguel de Souza. *O Bloco de Constitucionalidade: reconhecimento e conseqüências no Sistema Constitucional Brasileiro*. 2007. 204 f. Dissertação (Mestrado em Direito Constitucional). Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2007. Pag. 30 e 31.

²⁸ *Ibid. Loc. Cit.*

²⁹ MARCOS, Edgar Carpio. *Bloque de constitucionalidade y proceso de inconstitucionalidade de las leyes*. Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional, n. 4, p. 79-114, [S.l.], 2005. Pag. 91.

espanholas, aquelas são mais abrangentes e seu procedimento de verificação das normas ordinárias ocorre mediante ofensa reflexa a Constituição da Itália.

O primeiro teorizador do bloco italiano é Lavagna que expõe a existência de normas na ordem jurídica da Itália invocáveis de maneira indireta e consubstanciadoras de conteúdo constitucional material, haja vista que a própria Constituição assim remete a essas normas. Nesse sentido Lavagna dispõe que “Grupo di casi in cui la norma o il principio, pur essendo tratti da “testi” costituzionali, siano invocabili solo indirettamente, inserendosi fra esse e l’enorme legislaiva che si retengono viziate altre norme, dotate di forza legislativa”³⁰.

Diante dessa multiplicidade de referenciais e formatação do conteúdo do bloco de constitucionalidade, percebe-se que a teoria possui um caráter exclusivamente funcional, de maneira que não existe nada que unifique referidas normas, salvo o caráter procedimental de que servem para determinar o controle das leis por via jurisdicional³¹.

Uma importante situação de normas interpostas na ordem jurídica italiana são os regulamentos do parlamento. Assim, o legislador não deve obedecer somente às normas constitucionais de processo legislativo, mas também as normas regimentais do respectivo processo³². Nesse caso, o parlamento ao deliberar sobre determinado conjunto de normas integrantes de uma lei, mesmo caso respeite as normas constitucionais, se não observar as normas que suplementam o significado das normas constitucionais existentes no regimento interno podem ser declaradas inconstitucionais.

Outra importante constatação de normas interpostas são os direitos internacionais reconhecidos pelo artigo 10 da Constituição de 1947 da Itália. Ainda, no artigo 2º da Constituição é reconhecida a inviolabilidade dos direitos do homem, que segundo a doutrina é fonte dos direitos implícitos reconhecidos jurisprudencialmente³³.

Em arremate, Canotilho compreende que a teoria das normas interpostas ocorre em situações que a ordem carece de normas constitucionais, situação em que se possibilita a invocação de normas específicas como condição de validade de outras normas, sejam normas

³⁰ LAVAGNA, Carlos. *Problemi di giustizia costituzionale sullo il profilo dalia “manifesta infondatezza”*, Milano, 1967. Pag. 28.

³¹ VEGA, Antonio de Cabo de La. *Nota sobre el bloque de constitucionalidad*. Jueces para la democracia, N°. 24, Madrid, 1995. Pag. 58-59.

³² MORENO, Carmen Del Pelar Robles. *El bloque de Constitucionalidad como parámetro de control constitucional: Cuánto conocemos del tema y de su aplicación en materia tributaria?*. Instituto Pacífico, Informes Tributários, [S.l.], Primeira Quinzena de Júlio de 2008.

³³ SOUZA, Sueine Patrícia Cunha de. *Bloco de Constitucionalidade e Supremacia Material: fundamentos de ampliação do parâmetro de controle Constitucional*. 2012. Dissertação (Mestrado). Universidade Federal de Pernambuco, 2012. 154 f. Pag. 93.

administrativas advindas do poder executivo, legislativo ou judiciário ou normas legislativas advindas do poder responsável por sua produção³⁴.

2.4. BLOCO DE CONSTITUCIONALIDADE NA AMÉRICA LATINA

Na América Latina, um país que se encontra com grande desenvolvimento em torno da temática do bloco de constitucionalidade é a Colômbia, na qual a Corte Constitucional reconheceu a respectiva teoria na sentença C-225 de 1995, que retirou do ordenamento jurídico colombiano uma lei por ferir um tratado internacional de direitos humanos³⁵.

Referido tratado estava na ocasião sob a égide do artigo 93 da Constituição colombiana de 1991. Sob esta Constituição, os tratados internacionais ratificados pelo congresso colombiano podem integrar o bloco de constitucionalidade, conforme artigo constitucional supramencionado. Marcos ao tratar do tema:

Para resolver esta cuestión, la Corte se preguntó sobre los alcances de la “prevalencia” de una norma sobre otra. Después de desechar una supuesta “supraconstitucionalidad” de los tratados sobre esta materia, so pretexto de constituir *ius cogens*, la Corte sostendría que “desde la perspectiva del derecho constitucional colombiano”, la única forma de armonizar el mandato del artículo 93, “que confiere prevalencia y por ende supremacía en el orden interno a ciertos contenidos de los convenios de derechos humanos”, con el artículo 4º, “que establece la supremacía no de los tratados sino de la Constitución”, era acudiendo a la noción del “bloque de constitucionalidad”³⁶.

Desse modo, percebe-se que os tratados de direitos humanos na Colômbia, possuem *status* constitucional, sem que a Constituição tenha estabelecido esta hierarquia para a respectiva espécie normativa de forma expressa, mas a corte constitucional harmonizou seu *status* com a Constituição interpretando os dispositivos da própria norma superior.

Ainda, compõe o bloco de constitucionalidade colombiano a Lei Estatutária sobre os estados de exceção, incorporada pela sentença C-578 de 1995, de maneira que há inconstitucionalidade quando uma lei estabelece penalidades não permitidas nem mesmo em estado de obediência militar.

³⁴ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. Coimbra: Almedina, 1997. Pag. 912.

³⁵ MARCOS, Edgar Carpio. *Bloque de constitucionalidade y proceso de inconstitucionalidad de las leyes*. Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional, n. 4, p. 79-114, [S.l.], 2005. Pag. 98.

³⁶ *Ibid. Loc. Cit.*

Com a ampliação do bloco de constitucionalidade colombiano, a Corte Constitucional, em decisão honorária, racionalizou o entendimento sobre o tema, dividindo o bloco de constitucionalidade em *lato sensu* e *strictu sensu* na sentença C-358 de 1997. Sob o enfoque *strictu sensu* estão abrangidas as normas com hierarquia formal-constitucional, por outro lado, sob o enfoque *lato sensu* abarca todas as normas com capacidade de deflagrar um controle de normas ordinárias na Corte Constitucional.

Ainda e de modo mais recente, a Corte Constitucional colombiana considerou como integrante do bloco de constitucionalidade com *status* formalmente constitucional (bloco *strictu sensu*) os tratados sobre os limites da Colômbia com base no artigo 102 da Constituição de 1991. Tese confirmada na sentença C-1022 de 1999, na qual ficou decidido, que referidos tratados não podem ser demandados, pois integram o bloco de constitucionalidade³⁷.

Nesse mesmo sentido grande parte da América Latina tem expandido a compreensão de bloco de constitucionalidade por meio dos tratados internacionais, mais especificamente os tratados de direitos humanos. Conforme Uprimny:

Latin American countries have also differed in the mechanisms used to recognize individual rights. In some cases, such as Argentina, the mechanism is the direct and explicit constitutionalization of numerous human rights treaties. In other countries, such as Brazil, the mechanism is to directly define and establish individual rights in the constitution. Other constitutions, such as those of Colombia and Venezuela, use both mechanisms (...) ³⁸

Na ordem jurídica brasileira o bloco de constitucionalidade surge principalmente através da autoridade da decisão do Supremo Tribunal Federal (STF) no Recurso Extraordinário (RE) nº 349.703 do Rio Grande do Sul (RS) ³⁹, a qual instaurou na ordem jurídica brasileira uma nova supra/infra coordenação das espécies e veículos normativos. Em consequência o bloco brasileiro é composto por normas do texto unitário do documento magno, as normas constitucionais apartadas do texto unitário da Constituição, os princípios implícitos e as normas supraleais ou interpostas.

³⁷ *Ibid.* Pag. 102.

³⁸ UPRIMNY, Rodrigo. *The recent transformation of constitutional law in latin america: trends and challenges*. Texas Law Review, Austin, v. 89, n. 1, p. 1587-1609, nov. 2010. Pag. 1591.

³⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *RE nº 349.703*, Relator(a) para o acórdão: Min. Gilmar Mendes, Tribunal Pleno, julgado em 3/12/2008. Disponível em: <<https://www.stf.jus.br/>>. Acesso em: 1º de setembro de 2016.

Diante dessa expansão, países como Equador, México e Argentina também aderiram a uma ampliação da proteção dos direitos humanos elencados nos tratados internacionais⁴⁰ com, consequente, formação de um conjunto de direitos internacionais que merecem resguardo jurídico em diversos países latinos. Essa colusão de direitos igualmente adotados em diversos países americanos e com força de paradigma de controle da legislação forma um conjunto de direitos dos povos latinos e de caráter supranacional⁴¹, de maneira a formar uma espécie de Constitucionalismo comum através de uma soberania da consciência coletiva. Nessa perspectiva, Foucault:

(...) as noções de "mentalidade" ou de "espírito", que permitem estabelecer entre os fenômenos simultâneos ou sucessivos de uma determinada época uma comunidade de sentido, ligações simbólicas, um jogo de semelhança e de espelho - ou que fazem surgir, como princípio de unidade e de explicação, a soberania de uma consciência coletiva⁴².

Essa consciência coletiva amolda-se a novas concepções do direito no plano regional e internacional em prol da proteção dos direitos humanos, segundo Foucault:

A teoria filosófica da soberania, a filosofia dos direitos fundamentais (...) seja capaz de dizer a verdade em relação à ação [política], que ela diga a verdade seja em nome de uma análise crítica, seja em nome de uma filosofia, de uma concepção dos direitos, seja em nome de uma concepção de soberania, etc.⁴³.

Necessário se faz apartar que cada Estado latino agrega-se aos tratados internacionais de direitos humanos com uma formatação funcional jurídica própria, de maneira que pode se assemelhar ao bloco francês, ao bloco alemão, ao bloco espanhol ou bloco italiano, bem como miscigenando as características de cada bloco de constitucionalidade. Entretanto, em todos os casos os direitos humanos reconhecidos servem como paradigma para o controle de validade da legislação ordinária dos seus respectivos países.

⁴⁰ CARVALHO, Feliciano de. *Teoria do Bloco de Constitucionalidade*. Disponível em: <http://publicadireito.com.br/artigos/?cod=2b4830a2f3347c33>. Acesso em: 08 de setembro de 2016. Pag. 13-14.

⁴¹ SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. Pag. 29.

⁴² FOUCAULT, Michel. *A arqueologia do saber*; Tradução de Luiz Felipe Baeta Neves, 7ed. - Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2008. Pag. 29-PDF.

⁴³ *Id.* *O governo de si e dos outros: curso no Collège de France (1982-1983)*; Tradução Eduardo Brandão. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2010. Pag. 262.

3. UMA PROPOSTA DE COMPREENSÃO DO BLOCO DE CONSTITUCIONALIDADE LATINO-AMERICANO CONTEMPORÂNEO

Diante do esboço teórico sobre a origem da teoria do bloco de constitucionalidade afere-se que a construção de sentido é “o acoplamento do conhecimento com as memórias locais, que permite a constituição de um saber histórico das lutas e a utilização deste saber nas táticas atuais”.⁴⁴ Nesse sentido, quanto ao “Entstehung” (emergência), explicita-se contido no cenário cultural pós-segunda guerra mundial, ou seja, na percepção de que a dignidade humana fora fortemente aviltada e, desse modo, distintas formas de proporcionar maior dignidade emergiram e fomentaram o histórico período da guerra fria.

Quanto à contingência (circunstâncias do poder), encontra-se no embate das ideologias de poder tendentes à proteção dos direitos humanos e das ideologias de poder tendentes a centralização e comando ilimitado do poder no Estado, formas essas que se imiscuíram politicamente e distintamente na forma de conduzir a vida humana. Quanto à metodologia operacional, vislumbra-se ainda hoje o não recrudescimento constitucional capaz de consolidar os paradigmas de controle de atuação do Estado em prol das pessoas humanas.

Nessa perspectiva, o bloco de constitucionalidade é teoria aos respectivos parâmetros de controle de normas e tem sua metodologia operacional na ampliação desse controle da legislação mediante decisões jurisdicionais. Estas decisões ao mesmo tempo em que ampliam o rol paradigmático de controle, também, realizam o próprio controle retirando da ordem jurídica normas incompatíveis com o paradigma elencado.

Nesse sentido, o bloco de constitucionalidade é eficiente meio de expansão do controle jurisdicional no que tange aos direitos humanos. Na América Latina a postura expansionista do controle jurisdicional com base na adoção de status procedimental do controle para os tratados de direitos humanos tem representado uma postura fraterna entre países que se unem em prol de uma soberania de uma consciência coletiva.

Nesse sentido expansivo pode-se mencionar Foucault:

(...) um poder de julgar sobre o qual não pesasse o exercício imediato da soberania do príncipe; que fosse independente da pretensão de legislar; que não tivesse ligação com as relações de propriedade; e que, tendo apenas as funções de julgar, exerceria plenamente esse poder⁴⁵.

⁴⁴ *Id. Genealogia e Poder.* _____ in *Microfísica do Poder*. Organização e tradução de Roberto Machado. Rio de Janeiro: Edições Graal, 1979. Pag. 97.

⁴⁵ *Id. A Punição Generaliza.* _____ in *Vigiar e Punir: Nascimento da Prisão*. Trad. De Raquel Ramalhe. 20ª edição. Petrópolis: Vozes, 1987. Pag. 102-PDF.

Insta salientar, que para que a Corte Constitucional possa reconhecer a ampliação do paradigma de controle da legislação há a necessidade de elaboração discursiva e jurídico-procedimental consistente e que atrele o novo paradigma de controle à norma expressa na Constituição. Esse foi o caso brasileiro, no qual o STF elencou os tratados de direitos humanos como norma supralegal atrelando-as ao artigo 5º, §2º da Constituição Federal.

Essa dupla necessidade consistente no discurso e em um atrelamento às normas constitucionais residem na manutenção do equilíbrio entre os poderes, de maneira a não conferir a um poder o arbítrio de consolidar o importante grupo de normas que comportam o caráter procedimental de controle normativo. Nesse sentido, Foucault alerta metodologicamente que “O discurso se tornará o veículo da lei: princípio constante da recodificação universal”.⁴⁶

Ainda, a proteção aos direitos humanos não pode relegar a também importante proteção à Constituição. Proteger a Constituição não é o mesmo que ampliar o rol de direitos, no entanto proteger os direitos humanos está intimamente ligado ao rol existente e que pode ser subjetivamente requerido em face do Estado.

Logo, afere-se que quando cumpridos os pressupostos discursivos e de conexão à Constituição, a expansão dos direitos constitucionais via bloco de constitucionalidade amolda-se à ordem jurídica erigida em face transigência (ocorrências permissivas) e a contingência (circunstâncias do poder) internacional comparada, bem como especificado no caso da América Latina que tem possibilitado a formação de uma soberania da consciência coletiva de diversos Estados.

Conclusão

Diante da sugestão de uma nova abordagem em face do bloco de constitucionalidade, Michel Foucault explicita-se um “insight” teórico que possui o intuito de romper com os paradigmas hegemônicos da estrutura de poder estabelecida sobre a soberania dos Estados em prol de fomentar uma proteção das pessoas humanas. Esse parâmetro de uma construção internacional da compreensão de direitos é nas palavras de Foucault organizada pela expressão *soberania de uma consciência coletiva*.

Nesse sentido, o surgimento do bloco de constitucionalidade inicia-se o percurso na história como transigência/contingência nos meados do século XX na Europa por embates entre

⁴⁶ Id. *A Mitigação das Penas*. _____ in *Vigiar e Punir: Nascimento da Prisão*. Trad. De Raquel Ramallete. 20ª edição. Petrópolis: Vozes, 1987. Pag. 132-PDF

humanistas e estadistas em um espectro cultural de avanços dos direitos humanos em face dos terrores da segunda grande guerra. Essa perspectiva adentra em âmbito latino-americano na década de 1990 por meio das decisões constitucionais da Corte Colombiana e, sucessivamente, expande-se por diversos países rompendo desse modo o clássico vetor das soberanias.

Apesar do bloco de constitucionalidade adentrar em cada ordenamento jurídico com distinta categoria hierárquico-normativo, em todos os cenários a teoria é utilizada como instrumento para ampliação do controle de constitucionalidade e, principalmente na América Latina, como instrumento de proteção das pessoas humanas e de cooperação dos povos em face do poder hegemônico.

Desse modo o bloco de constitucionalidade é uma das etapas do desenvolvimento do constitucionalismo, acrescentando a este processo um meio expansivo do conteúdo das Constituições. Nesse sentido, o status paradigmático de controle atribuído aos Tratados de Direitos Humanos na América Latina apresenta a quebra de fronteiras para além da seara econômica da globalização, de maneira a globalizar compreensões jurídicas nos próprios ordenamentos constitucionais e infraconstitucionais de cada Estado.

Assim, o bloco de constitucionalidade, nos diversos países, estabiliza as conquistas sócio-jurídicas aferidas ao longo da história impedindo a regressão social estabilizando as expectativas normativas. Entretanto com manifestações diversas nos ordenamentos jurídicos e com seu reconhecimento e composição determinados por processos de construção locais em conformidade com a historicidade de cada sistema e sociedade.

Por fim, o reconhecimento do bloco de constitucionalidade no Brasil tem como reflexos jurídicos (i) a ampliação do paradigma de controle de constitucionalidade, (ii) a classificação da Constituição como variada, (iii) a impossibilidade de denúncia de tratados internacionais de direitos humanos equiparados às Emendas Constitucionais, (iv) o aumento da probabilidade de antinomias constitucionais, (v) o alargamento do poder reformador constitucional e (vi) a mitigação da distinção entre direito público e privado.

Referências

BACHOF, Otto. *Normas constitucionais inconstitucionais?* Tradução de José Manuel M. Cardoso da Costa. Lisboa: Almedina, 1994.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. Coimbra: Almedina, 1997

CARVALHO, Feliciano de. *Teoria do Bloco de Constitucionalidade*. Disponível em: <http://publicadireito.com.br/artigos/?cod=2b4830a2f3347c33>. Acesso em: 08 de setembro de 2016.

COELHO, Bernardo Leôncio Moura. *O bloco de constitucionalidade e a proteção à criança*. Revista de Informação Legislativa, [S.l.], nº 123, pp. 259-266, 1994.

CUNHA JÚNIOR, Dirley da. *Controle de constitucionalidade: teoria e prática*. 6. ed. Salvador: JusPodivm, 2012.

FAVOREU, Louis. *El bloque de constitucionalidad*. Revista del centro de estudios Constitucionales. Madrid, n. 4, p. 45-68, jan./mar. 1990.

_____. *Los tribunales constitucionales*. Barcelona: Ariel, 1994.

FAVOREU, Louis; LLORENTE, Francisco Rubens. *El bloque de la constitucionalidad*. Madrid: Cuadernos Civitas, 1991.

FOCAULT, Michel. *A arqueologia do saber*; Tradução de Luiz Felipe Baeta Neves, 7ed. - Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2008.

_____. *A Mitigação das Penas*. _____ in *Vigiar e Punir: Nascimento da Prisão*. Trad. De Raquel Ramalheite. 20ª edição. Petrópolis: Vozes, 1987.

_____. *A Punição Generaliza*. _____ in *Vigiar e Punir: Nascimento da Prisão*. Trad. De Raquel Ramalheite. 20ª edição. Petrópolis: Vozes, 1987.

_____. *Genealogia e Poder*. _____ in *Microfísica do Poder*. Organização e tradução de Roberto Machado. Rio de Janeiro: Edições Graal, 1979. Pag. 94-100.

_____. *Nietzsche, Genealogia do Poder*. _____ in *Microfísica do Poder*. Organização e tradução de Roberto Machado. Rio de Janeiro: Edições Graal, 1979. Pag. 12-23.

_____. *O governo de si e dos outros: curso no Collège de France (1982-1983)*; Tradução Eduardo Brandão. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2010.

FRANÇA. *Decisão nº 77-87, de 23 de novembro de 1977, do Conselho Constitucional*.

HAURIOU, Maurice. *Princípios de Direito Público e Constitucional*. trad. Carlos Ruiz Del Castillo. 2ª ed. Madrid: Instituto Editorial Reus, 1927.

LAVAGNA, Carlos. *Problemi di giustizia costituzionale sullo il profilo dalia “manifesta infondatezza”*, Milano, 1967. Pag. 28.

MELLO, Vitor Tadeu Carramão. *O bloco de constitucionalidade como parâmetro de proteção dos direitos fundamentais*. Vox Juris, Rio de Janeiro, ano 2, v. 2, n. 1, p. 127-150, 2009.

MORENO, Carmen Del Pelar Robles. *El bloque de Costitucionalidad como parámetro de control constitucional: Cuánto conocemos del tema y de su aplicación en materia tributaria?*.

Instituto Pacífico, Informes Tributários, [S.l.], Primeira Quinzena de Júlio de 2008. Disponível em: <http://www.aempresarial.com/web/revitem/1_8322_90606.pdf>. Acesso em: 20 mar. 2013.

ROYO, Javier Pérez. *El bloque de La constitucionalidad*. In: *Simposium franco-español de Derecho constitucional*, Universidade de Sevilla, Espanha: Editorial Civitas, S. A, [1991?].

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

SOUZA, Sueine Patrícia Cunha de. *Bloco de Constitucionalidade e Supremacia Material: fundamentos de ampliação do parâmetro de controle Constitucional*. 2012. Dissertação (Mestrado). Universidade Federal de Pernambuco, 2012. 154 f. Disponível em: <http://repositorio.ufpe.br:8080/xmlui/bitstream/handle/123456789/10609/CD.pdf?sequence=1&isAllowed=y>. Acesso em: 30 de setembro de 2016.

UPRIMNY, Rodrigo. *The recent transformation of constitutional law in latin america: trends and challenges*. Texas Law Review, Austin, v. 89, n. 1, p. 1587-1609, nov. 2010.

VARGAS, Angelo Miguel de Souza. *O Bloco de Constitucionalidade: reconhecimento e consequências no Sistema Constitucional Brasileiro*. 2007. 204 f. Dissertação (Mestrado em Direito Constitucional). Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2007.