



DEPARTAMENTO DE DIREITO

MESTRADO EM DIREITO

ESPECIALIDADE EM CIÊNCIAS JURÍDICAS

UNIVERSIDADE AUTÓNOMA DE LISBOA

“LUÍS DE CAMÕES”

**CONTROLE DIFUSO DE CONSTITUCIONALIDADE EM PORTUGAL:
Dos movimentos constitucionais ao Tribunal Constitucional**

Dissertação para a obtenção do grau de Mestre em Direito.

Autor: Gilson Soares Lemes

Orientador: Professor Doutor Alex Sander Xavier Pires

Número do candidato: 30000469

Janeiro de 2021

Lisboa

LISTA DE SIGLAS E ABREVIATURAS

SIGLAS

CC – Código Civil

CPC – Código de Processo Civil

CRP – Constituição da República Portuguesa de 1976

LTC – Lei do Tribunal Constitucional

ABREVIATURAS

Al. – Alínea

Art.º – Artigo

Cf. – Confira

Ed. – Edição/Editor

N.º – Número

Org. – Organizador

P. – Página

Pp. – Páginas

Rev. – Revisão

Ss. – Seguintes

Trad. – Tradução

V. – Ver

Vol. – Volume

V.g. – verbi gratia

RESUMO

O constitucionalismo moderno e seus diversos movimentos levaram ao reconhecimento dos direitos fundamentais, com estruturação do Estado de forma orgânica e limitação de poderes. Com o fim da segunda Guerra Mundial, os Estados modernos e democráticos estabeleceram uma Carta Constitucional com objetivo de preservar os direitos e garantias fundamentais. Cada Estado editou sua carta política conforme o sistema ideal, e o mundo ingressou numa nova fase, com supremacia da Constituição. Nada obstante, a Constituição pode ser violada com a edição de atos normativos que não respeitam os preceitos constitucionais, razão pela qual foi necessária a instituição de um controle da constitucionalidade das normas jurídicas, o qual, normalmente, é realizado pelo órgão de soberania judicial. Assim, depois de analisar o constitucionalismo e a evolução histórica do controle de constitucionalidade, procedeu-se ao estudo dos sistemas de controle, com destaque para os modelos norte-americano e austríaco, com atenção especial à jurisdição constitucional e suas características. Foi abordado ainda o histórico para a criação e instalação do Tribunal Constitucional de Portugal, que adotou o sistema misto de controle de constitucionalidade. Estuda-se, de maneira minudente, o controle difuso, com visão voltada para os requisitos e sua forma mista de atuação, verificando a competência do Tribunal Constitucional para julgar os recursos, as questões interpretativas e a legitimidade para aplicação de efeitos restritos nas decisões declaratórias de inconstitucionalidade.

Palavras-Chave: Direito Constitucional; Movimentos Constitucionais; Sistemas de Controle de Constitucionalidade; Controle Difuso de Constitucionalidade; Tribunal Constitucional.

ABSTRACT

Modern constitutionalism and its various movements lead to recognition fundamental rights, with structuring the state organically and limiting powers. After the end of World War II, the modern and democratic states established a constitutional charter aimed to preserve fundamental rights and guarantees. Each state edited its policy charter, according to the ideal system and the world entered in a new stage, with supremacy of the constitution. Nevertheless, the Constitution may be violated by the publication of normative acts that do not respect the constitutional precepts and, because of that, it was necessary to institute a control of constitutionality of legal norms, which is normally carried out by the judicial sovereignty body. In this way, after analyzing the constitutionalism and historical evolution of constitutionality control, we will proceed to the study of control systems, with emphasis on the North American and Austrian models and special attention to the constitutional jurisdiction and its characteristics. The history for the creation and installation of the Constitutional Court of Portugal, that adopted the mixed constitutionality control system, was addressed. Diffused control is studied minutely, with a view to the requirements and its mixed form of operation, checking the Constitutional Court competence to judge resources, interpretative issues and legitimacy for application of restricted effects in declaratory decisions of unconstitutionality.

Keywords: Constitutional Law; Constitutional Movements; Constitutionality Control Systems; Diffuse Control of Constitutionality; Constitutional Court.

ÍNDICE

INTRODUÇÃO	6
1. CONSTITUCIONALISMO E CONSTITUIÇÃO	11
1.1 Movimentos Constitucionais	15
1.1.1 <i>Constitucionalismo Inglês</i>	15
1.1.2 <i>Constitucionalismo Estadunidense</i>	18
1.1.3 <i>Constitucionalismo Francês</i>	21
1.1.4 <i>Constitucionalismo Alemão</i>	24
1.1.5 <i>Constitucionalismo Português</i>	26
1.1.6 <i>Constitucionalismo Brasileiro</i>	30
1.2 Espécies de Controle de Constitucionalidade: sujeitos do controle	34
1.3 Sistemas de Controle de Constitucionalidade	37
1.4 Jurisdição Constitucional	39
1.5 A Revisão Constitucional de 1982 e o Tribunal Constitucional Português	41
2. CONTROLE DIFUSO DE CONSTITUCIONALIDADE: RECURSOS PARA O TRIBUNAL CONSTITUCIONAL	51
2.1 Caracterização	53
2.2 Requisitos Processuais	55
2.3 A Fiscalização Concreta	57
2.4 Recursos para o Tribunal Constitucional	59
2.4.1 <i>Hipóteses</i>	60
2.4.2 <i>Admissibilidade e Legitimidade</i>	61
2.4.3 <i>Limites Cognitivos e Efeitos dos Recursos</i>	62
3. QUESTÕES INTERPRETATIVAS: POSSIBILIDADES E EFEITOS	65
3.1 Interpretações da norma jurídica pelos tribunais	66
3.2 Decisões em Fiscalização Concreta	71
3.3 Interpretações do Tribunal Constitucional	72
3.4 Decisões Intermédias	76
3.5 Efeitos da Decisão	82

4. LEGITIMIDADE DO TRIBUNAL CONSTITUCIONAL NA APLICAÇÃO DE EFEITOS RESTRITOS	84
4.1 Previsão Constitucional dos Efeitos Restritos	84
4.2 A Previsão dos Efeitos Restritos no Direito Comparado	86
4.3 Aplicação dos Efeitos Restritos no Controle Difuso	90
4.4 Legitimidade do Tribunal Constitucional para Restringir os Efeitos da Declaração de Inconstitucionalidade.....	93
CONCLUSÃO	96
BIBLIOGRAFIA	100

INTRODUÇÃO

Os diversos movimentos constitucionais, que são abordados neste estudo, levaram ao constitucionalismo moderno, com reconhecimento de direitos fundamentais, com a estruturação do Estado de forma orgânica e com a distribuição equilibrada e limitada das funções dos órgãos de soberania, de forma que haja um sistema de controle para coibir desmandos e abusos tão marcantes em épocas passadas. O J.J. Gomes Canotilho ensina que: “o constitucionalismo procurou justificar um Estado submetido ao direito, um Estado regido por leis, um Estado sem confusão de poderes, um Estado Constitucional”¹.

Com esse raciocínio, mister que os Estados estejam estruturados e protegidos por uma norma fundamental, que seja hierarquicamente superior a outras normas ordinárias, no sentido de preservar os princípios e garantias fundamentais. A Carta Magna de cada Estado, no magistério de Jorge Miranda, “traduz algo de diverso e original, traz consigo uma limitação nova e envolve todo um modo de ser concebido o poder (...). Na Constituição, continua o autor, se plasma um determinado sistema de valores da vida pública, dos quais é depois indissociável”.²

Assim, a Constituição passou a ser reconhecida como a Lei Maior do Estado de Direito, com supremacia sobre as demais leis infraconstitucionais, garantindo a todos os cidadãos os direitos fundamentais, coibindo os grandes excessos governamentais que eram praticados pelos dirigentes políticos, em face da limitação de poderes expressa na Constituição.

Para o entendimento do Direito Constitucional, são abordados no estudo alguns dos principais problemas jurídicos e políticos que os mencionados movimentos constitucionais procuraram solucionar. Destarte, antes de adentrar ao estudo do controle difuso da constitucionalidade em Portugal, foram observados esses movimentos constitucionais, principais responsáveis por grandes mudanças e fortalecimento no ordenamento jurídico de certos países que guardam proximidade com o sistema constitucional português.

¹ CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7.^a ed. Coimbra: Almedina, 2003. ISBN 978-972-40-2106-5. p. 93.

²MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito Constitucional**. 7.^a ed. Coimbra Editora, 2003, t. I. ISBN 972-32-1151-3. p. 85.

Mesmo diante da supremacia constitucional, diversos atos legislativos ou executivos são lançados no mundo jurídico com possibilidades de macular todo o arcabouço jurídico que foi conquistado com muito esforço, razão pela qual é necessário se estabeleça o devido controle das normas jurídicas, em conformidade com os preceitos constitucionais. O controle de constitucionalidade, pelo sistema preventivo ou repressivo, realizado pelos agentes públicos, garante a supremacia, material e formal, das constituições, para que todas as situações jurídicas estejam em sintonia com os seus termos.³

Assim, este estudo sobre o controle difuso de constitucionalidade fica restrito à investigação sobre o sistema misto de controle de constitucionalidade de Portugal, com foco no âmbito da fiscalização difusa e concreta. Essa análise pode ocorrer na forma de incidente de constitucionalidade, com apreciação por todos os Tribunais, embora a decisão, no caso, esteja sujeita a recurso para o Tribunal Constitucional, órgão de soberania que realiza, em última análise, a interpretação e fiscalização da Constituição da República.

Antes, cumpre registrar que o controle de constitucionalidade em Portugal teve longa elaboração ao longo dos anos, desde a Constituição de 1911, quando a menção ao assunto representou uma novidade em matéria constitucional, e foi sendo aprimorado o texto da Constituição da República Portuguesa de 1976, com a imprescindível criação de um Tribunal Constitucional no âmbito da 1ª Revisão Constitucional de 1982.

No estudo, pode-se verificar todo o processo trilhado e o esforço de estudiosos para que Portugal, dentro de seu constitucionalismo, pudesse construir uma justiça constitucional. Depois de muito trabalho e empenho dos Portugueses, com propostas voltadas para a competência do controle de constitucionalidade em um único órgão, chegou-se ao Tribunal Constitucional Português (TCP), legitimado com a dita Revisão Constitucional de 1982.

No controle difuso de constitucionalidade, com espeque nos artigos 204.º e 280.º da Constituição da República Portuguesa, pode-se verificar que se impõe aos tribunais a obrigação de não aplicarem a um caso concreto as leis e atos normativos que considerem

³ O Estado constitucional democrático ficaria incompleto e enfraquecido se não se assegurasse um mínimo de *garantias* e de *sanções*: garantia da observância, estabilidade e preservação das normas constitucionais; sanções contra actos dos órgãos de soberania e dos outros poderes públicos não conformes com a constituição. A ideia de *proteção, defesa, tutela ou garantia* da ordem constitucional tem como antecedente a ideia de **defesa do Estado** (...) a partir do *Estado constitucional* passou a falar-se de defesa ou garantia da constituição e não de defesa do estado (...). No Estado constitucional o objecto de proteção ou defesa não é, pura e simplesmente, a defesa do Estado, mas da forma de Estado tal como ela é normativo-constitucionalmente conformada - o Estado constitucional democrático. CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7ª ed. *Op.Cit.* p. 887

inconstitucionais, rejeitando-os, embora essa decisão não tenha força geral, mas aplicação *inter partes*⁴.

Importante abordagem relativa às espécies de controle de constitucionalidade é feita em face dos agentes políticos que o realizam, por meio político, judicial ou de forma mista. Na esfera judicial, é sacramentada a jurisdição constitucional, sendo a função estatal exercida pelos órgãos de soberania para preservar a norma constitucional, afastando da ordem jurídica, por meio de procedimentos próprios, normas que estejam em desacordo com a Carta Constitucional.

São analisados ainda, de maneira mais restrita, os sistemas ou modelos de controle de constitucionalidade, sendo que, no âmbito jurisdicional, destacam-se, em face do estudo histórico-comparativo, o sistema norte-americano, desenvolvido a partir de 1803 com o emblemático caso *Marbury vs. Madison*, e o sistema germânico de matriz austríaca, idealizado por Hans Kelsen em 1920, consequente da Constituição de Weimar, e no cenário político, o modelo designado por “sistema francês”.

Em capítulos próprios, encontra-se o destaque da Jurisdição Constitucional, como sendo o poder dos magistrados na aplicação direta da Constituição, buscando o controle da constitucionalidade das leis e atos administrativos do Poder Público e na interpretação do ordenamento infraconstitucional; e do Tribunal Constitucional, responsável exclusivo pela última palavra em controle da constitucionalidade, com todo o histórico para sua criação, representando uma grande conquista para Portugal.

A abordagem do controle difuso de constitucionalidade é estudada de forma mais abrangente, com o escopo de trazer as principais características dessa forma de proteção da Constituição da República Portuguesa. São analisados seus requisitos processuais e a proposta constitucional, buscando realizar uma fiscalização concreta de forma mista, para que os jurisdicionados, quando em debate de suas questões no âmbito judicial, tenham oportunidade de pleitear a apreciação de eventual lesão à norma constitucional.

Nos capítulos propostos são estudados os recursos cabíveis, ou sejam, aqueles que podem ser propostos perante o Tribunal Constitucional, após a decisão sobre a

⁴ Os efeitos da declaração de inconstitucionalidade, no caso *sub judice*, são sempre *inter partes*. Porém, se o Tribunal Constitucional português declarar por três vezes a inconstitucionalidade da norma, desenvolve-se o processo de controle concentrado, por iniciativa de qualquer dos seus juizes ou do Ministério Público. A sentença declaratória aí proferida logrará a eficácia *erga omnes* (art. 281, n.º 3, da Carta portuguesa). BULOS, Uadi Lammêgo. Curso de Direito Constitucional. 4ª. Ed. São Paulo. Saraiva, 2009. ISBN 978-85-0207-9212. p. 121.

inconstitucionalidade pelo magistrado que julga o processo originário. O Estudo busca elucidar a caracterização e respectivas hipóteses, os requisitos processuais necessários e todo o trâmite necessário para o aperfeiçoamento do controle difuso pelo TC. Da mesma forma, são objeto de análise: a admissibilidade do recursos e a legitimidade para sua proposição, nos estritos termos constitucionais, bem como os limites cognitivos do Tribunal Constitucional e os respectivos efeitos dos recursos interpostos.

A apreciação dos recursos cabíveis para o Tribunal Constitucional é de suma importância neste estudo, que visa tratar do controle difuso de constitucionalidade, sendo que são recorríveis: as decisões que recusem a aplicação de certa norma com fundamento em inconstitucionalidade ou em ilegalidade; que apliquem norma cuja inconstitucionalidade haja sido suscitada durante o processo; ou decisões dos tribunais que apliquem norma anteriormente julgada inconstitucional ou ilegal pelo próprio Tribunal Constitucional (TC)⁵. Dessa forma, compete ao Tribunal Constitucional a reapreciação da decisão do tribunal inferior, contudo apenas quanto à constitucionalidade ou legalidade da norma jurídica.

Em capítulo separado, foram tratadas as questões interpretativas nas decisões proferidas pelo Tribunal Constitucional, com enfoque nas decisões intermédias, bem como nos efeitos produzidos pelas decisões. Embora haja os limites cognitivos do Tribunal Constitucional, verifica-se a ocorrência de interpretação das normas com fundamento no afastamento de interpretação do direito ordinário realizada pelo tribunal *a quo*, conforme já sedimentado na jurisprudência.

No que pertine às decisões do Tribunal Constitucional, estuda-se a possibilidade, quando da apreciação de recursos afetos à fiscalização concreta, mas sobre ilegalidade ou inconstitucionalidade de norma que já tenha sido por ele julgada inconstitucional por três vezes, fazer o controle com força obrigatória geral. Dessa forma, há indicação de que teremos uma decisão do Tribunal Constitucional na fiscalização concreta da constitucionalidade com “efeito concentrado”.

A fiscalização de inconstitucionalidade ou ilegalidade com força obrigatória geral, com previsão no art. 282.º, n. 4, da Constituição da República de Portugal, prevê a possibilidade de o Tribunal Constitucional, quando a segurança jurídica, razões de equidade ou interesse público de excepcional relevo, o exigirem, fixar os efeitos da

⁵ Cf. Constituição da República de Portugal, art. 280.º, n. 1, alíneas “a” e “b”; e n. 5, e com previsão também Lei do Tribunal Constitucional (02-04-1976).

inconstitucionalidade com alcance mais restrito daquele previsto nos itens n^{os} 1 e 2 do mesmo dispositivo. Diante de tal norma, a princípio, relativa ao controle abstrato, aborda-se, em capítulo próprio, a dificuldade existente quanto à fixação da restrição ou modulação de efeitos das decisões do TC quando realiza a fiscalização concreta.

Ao final, há uma conclusão sensata sobre o controle difuso de constitucionalidade em Portugal, com suas características, requisitos e peculiaridades, com detalhes e esclarecimentos que podem, de alguma forma, dirimir dúvidas sobre a matéria abordada.

1. CONSTITUCIONALISMO E CONSTITUIÇÃO

O constitucionalismo expressa-se por uma teoria que busca agrupar os argumentos válidos e suficientes para explicar a supremacia da constituição, da lei fundamental, com o escopo de delinear todos os atos estatais e garantir os direitos fundamentais, que são o arcabouço da organização político-social de um país. O conceito de constitucionalismo tem um evidente juízo de valor, sendo, verdadeiramente, uma teoria normativa da política, tal como a teoria da democracia ou a teoria do liberalismo⁶.

Distante dos conceitos e regras que vigoravam no direito romano e na Grécia antiga, o constitucionalismo moderno tem sua gênese com as Constituições escritas e rígidas⁷ dos Estados Unidos da América, em 1787⁸, logo após a independência, e da França, em 1791, com a Revolução Francesa, consequente da Declaração de 1789. O principal objetivo do movimento foi a organização e a limitação do poder estatal, de modo que a sociedade possa viver de forma digna, com pleno respeito aos direitos e garantias fundamentais, previstos nas respectivas Cartas Magnas⁹.

O Estado Constitucional moderno não deve limitar-se a ser apenas um Estado de Direito. Ele tem de estruturar-se como Estado de Direito Democrático, isto é, como uma

⁶ CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7ª ed. *Op.Cit.* p. 51.

⁷ NOVELINO, Marcelo. **Curso de Direito Constitucional**. 13 ed. Salvador: Juspodivm, 2018. ISBN 9788544217504. p. 99/103. As constituições não escritas - também conhecidas como inorgânicas, costumeiras ou consuetudinárias - são aquelas cujas normas se originam, sobretudo, dos precedentes judiciais, das tradições, costumes e convenções constitucionais. O exemplo mais conhecido é o da Inglaterra que, apesar de não adotar uma constituição escrita, possui vários documentos de valor constitucional, tais como, a *Magna Charta Libertatum* (1215), o *Petition of Rights* (1628), o *Habeas Corpus Act* (1679), o *Bill of Rights* (1689), o *Act of Settlement* (1701) e, mais recentemente, o *Human Rights Act* (2000). Estruturalmente, a flexibilidade é uma característica própria das constituições costumeiras, apesar da possibilidade de existência de constituições escritas flexíveis. Com a entrada em vigor da *Human Rights Act* (2000), o Parlamento inglês passou a se submeter aos dispositivos desta declaração de direitos, colocando a sua supremacia em xeque e fazendo ruir o modelo de constituição flexível na Inglaterra.

⁸ Cfr. Registrado por JORGE MIRANDA, o Direito Constitucional norte-americano não começa apenas nesse ano. Sem esquecer os textos da época colonial (antes de mais, as Fundamental orders of connecticut de 1639), integram-no, desse logo, ao nível de princípios e valores ou símbolos a Declaração de Independência, a Declaração de Virgínia e outras Declarações de Direitos dos primeiros Estados, em **Manual de Direito Constitucional**. 7.ª ed. Coimbra Editora, 2003. t. 1. ISBN 972-32-1151-3. p. 141/142.

⁹ Declaração de Independência dos Treze Estados Unidos da América, proferida pelo Congresso Americano a 4 de Julho de 1776: “We hold these to be self-evident, that all men are created equal, that they are endowed by their Creator with certain unalienable rights, that among these are Life, Liberty ante the pursuit of Happiness.”/ (Tradução livre: Acreditamos que estas verdades são evidentes: que todos os homens foram criados iguais e que lhes foram dados pelo Criador determinados direitos inalienáveis, nomeadamente, os direitos à Vida, à Liberdade e à busca da Felicidade.). (Em linha). **Pennsylvania: US history**, 2015 [Consult. 12 Out. 2017]. Disponível em [http://www.ushistory.org/declaration/document/]. Direitos à Vida, à Liberdade e à busca da Felicidade).

ordem de domínio legitimada pelo povo¹⁰. Neste sentido, o constitucionalismo moderno representará uma técnica específica de limitação do poder com fins garantísticos¹¹.

Assim, com o avanço do constitucionalismo, foi legitimada a Constituição, denominada de Lei Maior, tendo como funções precípua: a constituição política do Estado, com regras de sua estrutura, organização das instituições e órgãos; forma de aquisição e limitação do poder, e previsão dos direitos e garantias fundamentais.

Podemos conceituar, então, a Constituição no âmbito do constitucionalismo moderno ocidental como um complexo de normas, escritas ou consuetudinárias, como expressão máxima da normatização de um Estado, que tem o escopo de dar uma estrutura sólida, com poderes, que emanam do povo, distribuídos e equilibrados entre diversos órgãos, sempre com o fim de realizar os valores que fundamentam e justificam a vida em sociedade.

Em decorrência da diversidade dos povos e da variedade de fatores que influenciam no discernimento de questões políticas, sociais e jurídicas, foram criados diversos modelos de Constituição por todo o mundo, buscando elencar o conjunto de valores de cada Estado, sem olvidar que existem divergências doutrinárias, quanto à forma de se conceber as constituições, se elas devem se ater a seu sentido sociológico, político ou jurídico.

Nada obstante as mencionadas dissonâncias, podemos registrar que, de forma geral, a Carta Política deve ser abrangente no tratamento de todas essas tendências, porquanto não se pode conceber uma Constituição sem normas sobre a organização política do Estado e também que não delibere sobre normas estruturais, princípios e garantias fundamentais, com pleno atendimento a todos os anseios e preocupações sociais.

De toda sorte, os Estados, cada um ao seu tempo, buscaram definir qual o melhor conteúdo, o modo de elaboração, a forma e a estabilidade de suas Constituições. Temos Constituições, quanto à forma, escritas ou com força apenas nos costumes; quanto à origem, promulgadas (democráticas) ou outorgadas; e existem aquelas que, quanto à estabilidade, são imutáveis, rígidas, flexíveis ou semi-rígidas.

Porém, deve-se destacar que a Carta Constitucional do Estado, qualquer que seja a classificação que se enquadre, deve ser respeitada como Lei Fundamental, colocada no ápice

¹⁰ CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7ª ed. *Op.Cit.* p. 98.

¹¹ MATTEUCI, N. “*La Costituzione statunitense ed Il moderno costituzionalismo*” em **Costituzione Statunitense e Il suo significato odierno**, Bolonha: Il Mulino, 1989.

da pirâmide jurídica, dentro de um escalonamento normativo idealizado e respeitado conforme ensinamentos de Hans Kelsen¹².

É de vital relevância que as leis ordinárias tenham a Constituição como sua fonte formal e material, haja vista a supremacia constitucional, que é a diretriz necessária para elaboração das leis. A supremacia da Carta Magna foi tão importante nos Estados Democráticos de Direito que, segundo Cappelletti, a expansão da justiça constitucional, após a Segunda Guerra Mundial, foi um fenômeno de grande relevância em muitos países europeus¹³.

A Constituição ganhou, então, *status* de Lei Fundamental do Estado Democrático de Direito, sendo que a supremacia constitucional é a garantia a todos os cidadãos, de que os direitos fundamentais, notadamente a dignidade da pessoa humana, seriam respeitados de forma plena. A Norma Maior visa à restrição dos abusos antes cometidos, notadamente em face da limitação dos poderes outorgados aos titulares das mais importantes funções estatais (executivo, legislativo e judiciário). Deve-se ressaltar que a Lei Fundamental Portuguesa não trata de poderes da república, mas de órgãos de soberania nos quais se incluem os tribunais (artigo 110º/1)¹⁴.

Em que pese a supremacia constitucional, que visa à preservação dos direitos e garantias fundamentais, não restam dúvidas de que os atos normativos, sejam legislativos, executivos ou judiciais, podem ser elaborados com a eiva da inconstitucionalidade, pois quem faz a interpretação da norma maior, neste momento, é o ente responsável pelo ato publicado. Portanto, a simples promulgação de uma norma superior, à qual todos os demais atos normativos estariam subordinados, por si só, não seria suficiente para manter a higidez dos direitos e garantias nela elencados.

Diante dessa possibilidade, ou seja, da edição de norma inconstitucional ou até mesmo da negativa de aplicação da norma constitucional, surgiu a necessidade do controle de constitucionalidade das normas. Controlar a constitucionalidade significa verificar a

¹² KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito: introdução à problemática científica do direito**. Tradução: J.Cretella Jr. e Agnes Cretella. 2. ed. rev. da tradução. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002. ISBN 8520321585. p. 99. Segundo o autor, devido ao caráter dinâmico do direito, uma norma vale porque e até ser produzida através de outra norma, isto é, através de outra determinada norma, representando esta o fundamento da validade para aquela. A relação entre a norma determinante da produção de outra norma produzida de maneira determinada pode ser representada com a imagem espacial do ordenamento superior e inferior.

¹³ CAPPELLETTI, Mauro. **Tribunales constitucionales europeos y derechos fundamentales**. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1984. p. 599 *apud* MORAES, Alexandre. **Direito Constitucional**. 14ª edição. São Paulo: Atlas, 2004. ISBN 85-224-3610-X. p. 577.

¹⁴ CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7ª ed. *Op.Cit.* p. 657.

adequação (compatibilidade) de uma lei ou de um ato normativo com a constituição, analisando seus requisitos formais e materiais¹⁵.

O fundamento legal para a existência do controle de constitucionalidade é a necessidade de preservar a supremacia, material e formal, das constituições. É o escalonamento normativo que irá situar a posição hierárquica dos atos jurídicos, funcionando como parâmetro de fiscalização (supremacia formal)¹⁶.

Todas as situações jurídicas devem adequar-se às normas constitucionais. Contudo, é possível defrontarmos com situações de inconstitucionalidade, tanto pela ação quanto pela omissão dos agentes políticos, os quais receberam parcela de poder da própria Lei Fundamental.

A inconstitucionalidade por ação ocorre quando há elaboração de atos normativos públicos que estão em dissonância parcial ou total com o texto da Constituição. Configura-se com a edição de atos que não se encontrem alinhados com a respectiva compatibilidade vertical das normas jurídicas, consubstanciada na hierarquia legal, segundo a qual a lei inferior só tem eficácia e validade se estiver em plena sintonia com a norma maior.

A inconstitucionalidade pode ser material, no caso em que a incompatibilidade esteja diretamente vinculada ao conteúdo do ato normativo que se pretende regular, ou ainda, pode a inconstitucionalidade ser formal, quando a contraposição à Lei Maior se apresenta através da forma como se iniciou, tramitou ou como foi editado o ato, podendo ocorrer até mesmo no caso de incompetência da autoridade que deu iniciativa à elaboração do texto normativo.

Já a inconstitucionalidade por omissão ocorre na ausência de medidas legislativas para conferir aplicação plena (exequibilidade) da norma constante da Constituição¹⁷. Há necessidade de regulamentação de algumas normas constitucionais, por meio de leis ordinárias, de forma que possam ser efetivamente aplicadas no mundo jurídico, assim, é possível que essa inércia do legislativo configure inconstitucionalidade por omissão.

¹⁵ MORAES, Alexandre. *Op.Cit.* p. 579.

¹⁶ BULOS, Uadi Lammêgo. *Op.Cit.* p. 111. Segundo o autor um dos fundamentos do controle de constitucionalidade é a proteção dos direitos e garantias fundamentais, porque existe uma tábua de valores na sociedade que deve ser preservada das injunções estritamente políticas, das decisões que contrariam a legitimidade democrática, dos conchavos que deturpam as conquistas alcançadas no longo e tormentoso processo de elaboração originária da *lex mater*.

¹⁷ Cf. Jorge Miranda sobre a omissão: “Ela verifica-se sempre que, mandando a norma reguladora de certa relação ou situação praticar certo acto ou certa actividade nas condições que estabelece, o destinatário não o faça, não faça nos termos exigidos, não o faça em tempo útil, e a esse comportamento se liguem consequências mais ou menos adequadas. MIRANDA, JORGE. **Manual de Direito Constitucional**. 2ª. ed. Coimbra Editora, 2005. t. VI. ISBN 972-32-1336-2. p. 292.

Sendo declarada a inconstitucionalidade por ação, o órgão responsável pelo julgamento e reconhecimento da invalidade da norma, em respeito ao princípio da coerência e harmonia das normas, decretará os seus efeitos. Já no caso de declaração de inconstitucionalidade por omissão, o Tribunal Constitucional dará conhecimento do fato ao órgão legislativo competente¹⁸.

Para que haja um controle eficaz da constitucionalidade de atos normativos públicos, os Estados Democráticos de Direito possuem sistemas preventivos e/ou repressivos, sendo que normalmente os primeiros são executados pelos órgãos de soberania do Legislativo e do Executivo, e os segundos ficam a cargo dos Tribunais, órgãos de soberania judicial.

1.1 Movimentos Constitucionais

Precipuamente, para a perfeita compreensão do Direito Constitucional, segundo J.J. Gomes Canotilho¹⁹ faz-se necessário analisar os problemas jurídicos e políticos que os movimentos constitucionais procuraram solucionar. Motivo pelo qual, antes de vislumbrarmos os aspectos jurídicos do controle difuso de constitucionalidade, impõe-se a observância geral dos movimentos constitucionais que ocasionaram o reconhecimento de direitos fundamentais e a formação da ideia atual de constitucionalidade²⁰.

1.1.1 Constitucionalismo Inglês

O Direito Constitucional inglês está diretamente ligado às perspectivas históricas, políticas e jurídicas, que foram trilhadas ao longo do século X. Inicialmente, com o Rei Guilherme I, os direitos particulares de cada um de seus territórios foram agrupados na

¹⁸ Quando o Tribunal Constitucional verificar a existência de inconstitucionalidade por omissão, dará disso conhecimento ao órgão legislativo competente. Art. 283.º, 2, da **Constituição da República de Portugal** (02-04-1976).

¹⁹ O movimento constitucional gerador da constituição em sentido moderno tem várias raízes localizadas em horizontes temporais diacrónicos e em espaços históricos geográficos e culturais diferenciados. Em termos rigorosos, não há um constitucionalismo, mas vários constitucionalismos. Será preferível dizer que existem diversos movimentos constitucionais (CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7ª ed. *Op.Cit.* p. 51).

²⁰ Por certo, regressando ao fundamento, o constitucionalismo tem sua essência na Constituição a partir da concepção de ser a forma pela qual o contrato fundamental é garantido por lei, uma lei solene e escrita sobre a qual repousariam os direitos e deveres de todos os membros do Estado (JELLINEK, Georg. **Teoría General del Estado**. Tradução: Fernando de los Ríos. Buenos Aires: Euros Editores, 2005 *apud* PIRES, Alex Sander Xavier. **Súmula Vinculante e Liberdades Fundamentais**. Rio de Janeiro: Pensar a Justiça, 2016. ISBN 978-85-909488-2-7. p. 117).

*Common Law*²¹, que permace desde aquela época no país²², com as necessárias adaptações de tempo e espaço.

Durante a longa jornada histórica do constitucionalismo inglês, diversos textos relevantes contribuíram para a formação do princípio do *Rule of Law*, que significativamente possui um peso maior na concepção da ordem constitucional.

Na Idade das Trevas, onde os regimes políticos eram absolutistas, não havia muita possibilidade participativa da população, tendo em vista que os reis eram considerados a representação de entidades divinas na terra²³. Foi neste período, todavia, que o constitucionalismo começou a obter certas vitórias na redução dos poderes absolutos dos monarcas, promovendo a garantia de direitos individuais, direitos de liberdade e de propriedade²⁴.

Deve ser mencioanda, em especial, a Magna Carta de 1215, que apesar de ser um pacto firmado pelo Rei João Sem Terra com os Bispos e Barões ingleses, para garantir prerrogativas feudais aos nobres, instituiu direitos clássicos²⁵, que hoje estão presentes em quase todas as Constituições pelo mundo, sendo eles, o devido processo legal²⁶, liberdade de locomoção e direito de propriedade²⁷.

²¹ A criação de um direito comum em toda a Inglaterra, cuja ideia central se desprende para a idealização da expressão *common law*; formulada sobre bases únicas para todo o reino, nascia como um procedimento formal que, no transcurso dos anos, demonstrou-se infrutífero para solucionar certas situações – mormente pela imprevisão de soluções para casos concretos –, o que gerou a necessidade de se instituir a equity (juízos de equidade), como mecanismo hábil a corrigir estes eventuais desvios (PIRES, Alex Sander Xavier. **Op.Cit.** p. 123).

²² LOSANO, Mario G. **Os grandes sistemas jurídicos**. São Paulo: Martins Fontes, 2007. ISBN-10: 8533623399. p. 324.

²³ John Locke questionava os poderes da Igreja Católica de “nomear os Reis”. Assim, combatia o governo divino (...) Para Locke, a tolerância, bem como a liberdade e igualdade, era um Direito natural fundamental. Dessa forma, defendia o Direito Natural da vida, da propriedade e da liberdade (ALBERGARIA, Bruno. **Histórias do Direito: Evolução das leis, fatos e pensamentos**. 2 ed. São Paulo: Atlas, 2012. ISBN 9788522470037. p.155).

²⁴ Em suma, a primeira e fundamental máxima do constitucionalismo é exatamente esta, segundo o qual quem detém o formidável poder de criar a lei não pode, nem deve, dispor dos recursos e dos meios de governo, incluindo também o formidável poder de coação sobre os indivíduos; e quem dispõe de tudo isto não pode ser, por sua vez, titular do poder legislativo (FIORAVANTI, Maurizio. Constitución. **De la Antigüedad a Nuestros Días**. Madrid: editorial Trotta, 2001 *apud* PIRES, Alex Sander Xavier. **Op.Cit.** p. 120).

²⁵ Em primeiro lugar, a liberdade radicou-se subjectivamente como liberdade pessoal de todos os ingleses e como segurança da pessoa e dos bens de que se é proprietário no sentido já indiciado pelo artigo 39.º da Magna Charta. (CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7ª ed. **Op.Cit.** p. 55).

²⁶ Em segundo lugar, a garantia da liberdade e da segurança impôs a criação de um processo justo regulado por lei (*due process of law*) onde se estabelecessem as regras disciplinadoras da privação da liberdade e da propriedade (CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7ª ed. **Op.Cit.** p. 56).

²⁷ JÚNIOR DA CUNHA, Dirley. **Curso de Direito Constitucional**. 12 ed. Salvador: Juspodivm, 2018. ISBN 9788544219263. online.

Neste sentido, a *Magna Charta Libertatum* é considerada a gênese da democracia moderna, uma vez que somente com a sua constituição o poder do soberano passou a ser limitado, não apenas por costumes ou crenças, mas agora por direitos subjetivos dos governados²⁸ (plebeus), vinculando o monarca a obdecer as leis que ele próprio editava.

Caminhando para a modernidade, o Rei Carlos I, em 1628, realizou o acordo de *Petition of Rights*²⁹ com o Parlamento, pelo qual o monarca reduziria os seus poderes para que pudesse ter aprovação orçamentária. O acordo cita de maneira expressa a *Magna Charta Libertatum* e acrescenta a exigência da concordância do Parlamento no que tange a tributação. Reafirmando, também, a indispensabilidade de julgamentos para efetuar a condenação de cidadãos, introduzindo a ponderação do uso irrestrito de leis militares e da convocação do exército³⁰.

Na sequência, durante o reinado de Carlos II, 1679, foi aprovado um dos *Habeas Corpus Acts*, que passou a garantir a certa classe de cidadãos ingleses a tutela da liberdade diante de algumas possíveis irregularidades cometidas pela monarquia³¹.

Diferentemente da Revolução Francesa (1789), o movimento sangrento liderado por plebeus que visavam à destruição do modelo absolutista, a Reforma Gloriosa, ocorrida no ano de 1688, caracterizava o retorno das tradições jurídicas, sem a substituição de modelos anteriormente vinculados³². Assim, após o episódio da Reforma, no ano de 1689, Guilherme III assumiu o poder da Inglaterra e proclamou a *The English Bill of Rights* com “verdadeiros, antigos e indubitáveis liberdades e direitos das pessoas”³³, que além das limitações do governo, declarou a necessidade de aprovação parlamentar para que o exército real se

²⁸ Se o governo deveria ser exercido pelo domínio das leis; por certo não deveria ser qualquer lei, senão aquela legitimamente consubstanciada em valores advindos da sociedade e que, por isso, desvelavam um conteúdo do que seria justo e verdadeiro (PIRES, Alex Sander Xavier. *Op.Cit.* p. 121).

²⁹ A *Petition of Rights*, embora trouxesse um constitucionalismo monárquico, contribuiu para a criação de uma Constituição balizadora de poder e garantidora de liberdades individuais. Surgiu, pela primeira vez, a ideia de participação popular no poder. A Inglaterra, contudo, aparta o povo, aparta o povo, denominado “comum”, dos aristocratas, denominados “lordes”. Buscou-se criar um equilíbrio entre todas as forças do Reino. Aproxima-se da *rule of law* (governo das leis), e não mais do governo dos homens. Iniciou-se, nesta época, o que Aristóteles já timidamente apregoava: uma divisão de poderes em que um poder assumisse funções distintas de seus pares. (PIRES, Antonio Fernando. *Manual de Direito Constitucional*. 2 ed. São Paulo: Forense, 2016. ISBN 853096649X. online).

³⁰ BARROS, Alberto de. “**Revolução Inglesa e constitucionalismo**”. In: Dimensões Políticas da Justiça. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2013. p. 162.

³¹ ALBERGARIA, Bruno. *Op.Cit.* p.155

³² MIRANDA, Jorge. *Teoria do Estado e da Constituição*. Coimbra: Coimbra Editora, 2002. ISBN 9788530933760. p. 115.

³³ CAENEGEM, R. C. *Uma introdução histórica ao Direito Constitucional Ocidental*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2009. ISBN 9789723112757. p. 147.

mantesse permanente mesmo nos tempos de paz, acrescentou o direito ao porte de arma para os cidadãos comuns e, reafirmou o direito à liberdade de discussão em um Parlamento eleito pelo voto livre.

Os juízes ingleses foram os responsáveis pela tutela e manutenção desses documentos, haja vista que a redação de tais textos baseava-se em termos abertos, que conferiam aos magistrados a discricionariedade interpretativa na aplicação do preceito normativo. Tais precedentes judiciais e os princípios gerais instituídos no *Common Law* fizeram com que as garantias se tornassem comuns a todo povo inglês³⁴, sempre no âmbito da *equity*.

Enfim, a tentativa de equilíbrio político e social permitiu que o Estado inglês instituisse um modelo governamental de representação e soberania parlamentar³⁵. Neste sentido, a soberania parlamentar passou a afirmar-se como instrumento basilar do dispositivo constitucional misto, sendo “aquela que o poder não está concentrado nas mãos de um monarca, antes é partilhado por ele e por outros órgãos do governo (Rei e Parlamento)”³⁶.

1.1.2 Constitucionalismo Estadunidense

Como é sabido, a coroa inglesa, no século XVI, colonizou parte do território que hoje é conhecido como Estados Unidos da América. Inicialmente, formaram-se treze colônias autônomas pertencentes à metrópole inglesa. Desse modo, cada uma das colônias possuía o seu próprio governo, eleito por meio da escolha popular.

A colonização das terras americanas, mais ao norte, ocorreu com base nas pequenas propriedades rurais, com mão de obra livre e assalariada. De forma diversa dos colonizadores ibéricos, os ingleses se transferiam para “o novo mundo”, onde não pretendiam apenas a exploração. Normalmente, os imigrantes ingleses chegavam às treze colônias com o intuito de construir uma nova nação, uma vez que na metrópole enfrentavam fortes perseguições religiosas, restrições comerciais e restrição à liberdades individuais.

³⁴ As leis do país (*laws of the land*) reguladoras da tutela das liberdades são dinamicamente interpretadas e reveladas pelos juízes - e não pelo legislador! – que assim vão cimentando o chamado direito comum (*common law*) de todos os ingleses (CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7ª ed. *Op.Cit.* p. 56).

³⁵ Rafael Jiménez Asensio, citado por Fachin (2008), assinala como principais características do constitucionalismo na Idade Média: I) a supremacia do Parlamento; II) a monarquia parlamentar; III) a responsabilidade parlamentar do governo; IV) a independência do Poder Judiciário; V) a carência de um sistema formal de direito administrativo; e VI) a importância das convenções constitucionais (NOVELINO, Marcelo. **Curso de Direito Constitucional**. 13 ed. *Op.Cit.* p. 52).

³⁶ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7ª ed. *Op.Cit.* p. 56.

Após o envolvimento da Inglaterra na Guerra dos Sete Anos, o déficit público resultante do conflito armado com a França era enorme. Assim, para arrecadar mais dinheiro, a metrópole passou a adotar nova política administrativa através da tributação. Como os colonizadores naquele momento se sentiam distantes e sem nenhuma conexão com a coroa britânica, houve certa restrição das medidas impostas, por ofensa ao precedente do Birth Right posto em nível ou princípio.

A situação se tornou insustentável, ensejando a Revolução Americana³⁷, que foi um movimento de base popular que se voltava contra a opressão da metrópole inglesa, a imposição de cargas tributárias cada vez mais severas e limitações às atividades econômicas. Neste cenário foi formalizada a ruptura entre as treze colônias e o reino inglês, e bem como a publicação da *Virginia Bill of Rights*³⁸.

Com a consolidação dos ideias iluministas de Direitos Naturais do Homem e da autodeterminação dos povos, foi declarada a independência em 04 de julho de 1776 com a ratificação em 1783, logo após o término da Guerra da Independência, cujas hostilidades se deram a partir de 1775.

Após esse acontecimento, foram aprovados os “Artigos da Confederação e a União Perpétua”, mecanismo pelo qual se formou uma Organização Política, a aliança entre os treze estados livres, conceituados como os Estados Unidos da América, sendo tal dispositivo substituído apenas pela atual Constituição do país, originalmente instituída no ano de 1787, durante a Convenção da Filadélfia³⁹.

No texto original, o dispositivo constitucional norte-americano não previa os direitos fundamentais, que foram incorporados posteriormente, em 1791, por meio de dez emendas. Momento em que foi instituída a ideia de soberania constitucional sobre os demais atos normativos. Para o Jorge Miranda, “a noção de Constituição é do valor superior a todos os

³⁷ Dessa forma, os movimentos iluministas-separatistas começaram a tomar conta de também do “novo continente”. Cada vez mais se consolidava a ideia iluminista filosófica dos Direitos Naturais do Homem e da autodeterminação dos povos (ALBERGARIA, Bruno. *Op.Cit.* p. 164).

³⁸ Toda vez que algum governo for considerado inepto ou contrário a esses fins, a maioria da comunidade tem o direito indubitável, inalienável e irrevogável de reformá-lo, modificá-lo ou aboli-lo, da maneira que julgar mais proveitosa ao bem-estar geral - Declaração de Direitos de Virgínia (COMPARATO, Fábio Konder. **Afirmção histórica dos direitos humanos**. 11 ed. São Paulo: Saraiva, 2017. ISBN 9788547216139. p. 113).

³⁹ Após inúmeros ajustes e debates fervorosos entre os representantes legítimos das treze colônias, em 17 de setembro de 1787, veio a lume a Constituição dos Estados Unidos da América do Norte, cuja produção de efeitos se deu em 1788 após necessária ratificação de dois terços dos estados, cuja base foi instituída sobre a forma de federação e a liberdade como benção (PIRES, Alex Sander Xavier. *Op.Cit.* p. 129).

demais atos da Federação e dos Estados federados e, em especial, a autoridade reconhecida aos tribunais na sua interpretação”⁴⁰.

Muito embora não houvesse previsão da possibilidade de “*judicial review*” dos atos normativos, na Constituição dos Estados Unidos, os motivos mais sólidos a justificavam. O controle de constitucionalidade na forma atual foi utilizado pela primeira vez no ano de 1803, no acórdão da Suprema Corte Americana, no caso Marbury vs. Madison, onde restou reconhecida a inconstitucionalidade da norma.

Neste sentido, o Alex Sander Xavier Pires afirma que, somente após o caso Marbury vs. Madison, “a Suprema Corte representa o órgão de garantia das relações justas, uma vez que avoca o dever de interpretar a Constituição nos limites contemporâneos e sob a responsabilidade de intervir nas atividades dos outros poderes para a preservação dos direitos individuais”⁴¹.

Ademais, cumpre registrar que a Constituição Americana iniciou o federalismo por agregação. De modo que as treze colônias recém declaradas independentes se juntaram para formar uma nação. Para os autores Flávio Martins e Alvez Nunes Júnior, o federalismo estadunidense se baseia em quatro princípios “a) poder constituinte de cada Estado, nos limites da Constituição Federal, respeitando obrigatoriamente a forma republicana (art. 4º, seção IV); b) intervenção institucionalizada na formação da vontade política federal (com a existência de um Senado, representante dos Estados, com igual representação - 2 senadores por Estado, processo de votação do colégio eleitoral presidencial, emendas à Constituição serem aprovados por 2/3 dos membros das duas câmaras e ratificados por ¾ dos Estados); c) repartição de competência entre os entes federativos; d) igualdade jurídica dos Estados Federados (representada, por exemplo, pela igualdade de representação no Senado Federal)”⁴².

Por fim, destacam-se outras duas características presentes no constitucionalismo estadunidense, sendo eles, a separação dos poderes - baseada em Montesquieu, a Constituição passou a dispor acerca da tripartição dos poderes: executivo, legislativo e judiciário - e o sistema de governo presidencial.

⁴⁰ MIRANDA, Jorge. **Manual Constitucional**: Tomo I. 8 ed. Coimbra: Coimbra, 2009. ISBN 9789723216813. p. 136.

⁴¹ PIRES, Alex Sander Xavier. *Op.Cit.* p. 134.

⁴² MARTINS, Flávio; JÚNIOR NUNES, Alves. **Curso de Direito Constitucional**. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018. ISBN 9788553210138. p. 69.

1.1.3 Constitucionalismo Francês

Antes do movimento constitucional francês, a composição social na França era fracionada em três ordens: o clero, a nobreza e o povo, sendo este último demasiadamente prejudicado na elaboração das leis, que conferiam diversos privilégios as outras classes sociais.

O Estado absolutista do Rei Luís XVI, passava por diversos problemas de ordem financeira. Enquanto os nobres sobreviviam com artigos de luxo, a população não detinha recursos para a sua própria manutenção.

Como resultado da insatisfação popular, no ano de 1788, foi promovida a Assembleia de Notáveis, composta pelas três classes. Contudo, como os nobres possuíam a maioria das cadeiras, resultante da votação censitária por estados, estes recusaram a instituição de reforma estatal, que pudesse ensejar a redução de privilégios, até mesmo de natureza tributária.

Posteriormente, foi instituída Assembleia Nacional Constituinte, onde as classes superiores conseguiram estipular que a votação fosse feita mediante classe social e não pelo número de representantes - por cabeça.

A terceira classe, o povo, observou que jamais venceriam qualquer votação, mesmo possuindo maior número de representantes. Diante deste cenário, as bases menos favorecidas com a finalidade de acabar com o absolutismo e seguidamente instituir as reformas políticas, sociais e econômicas, iniciou nova Assembleia Constituinte no ano de 1789.

Porém, a crise financeira do Estado francês só se agravava. Os preços dos condimentos básicos começaram a subir, o que ocasionou a revolta da população de Paris e do interior do país, resultando na Tomada da Bastilha, símbolo do absolutismo. Iniciou-se uma revolta sangrenta, que repercutiu na morte de milhares de pessoas, dentre elas, os membros da alta nobreza e do clero. Tudo isso, em prol da liberdade e da igualdade.

Seguidamente, em quatro de agosto de 1789, a Assembleia Constituinte iniciou reformas para abolir o sistema feudal e proclamou a Declaração Universal dos Direitos do Homem e do Cidadão - *Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen*, inspirada em regras de direito natural e nítida oposição ao feudalismo⁴³.

⁴³ A celebrada '*Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen*', com as suas garantias de direitos individuais e a afirmação do princípio da separação dos poderes, que ela apresentava como parte essencial de toda Constituição, visava ao estabelecimento de uma estrita soberania da lei (HAYEK, Friedrich August Von. Os

Alex Sander Xavier Pires ressalta que ao invés de tranquilidade após o período revolucionário, o ano de 1789 simbolizou o início de um interregno de instabilidade política no país, tendo em vista que os ideais revolucionários colocaram fim a um regime construído ao longo de décadas, sem estruturar o novo sistema que o sucederia⁴⁴⁻⁴⁵.

Em setembro de 1791, foi promulgada a primeira Constituição da França, opondo-se ao absolutismo e aos privilégios da nobreza e representantes do clero⁴⁶. Para os autores Flávio Martins e Alvez Nunes Júnior, “o fim do absolutismo já aparece no artigo 1º do Título III (“a soberania é uma, indivisível, inalienável e imprescritível. Ela pertence à Nação e nenhuma parte do povo nem indivíduo algum pode atribuir-se o exercício”) e principalmente no artigo 3º do Capítulo II (“não existe na França autoridade superior à da Lei. O Rei reina por ela e não pode exigir a obediência senão em nome da lei”)⁴⁷.

Mesmo com a Constituição Republicana de 1791, não houve na França a estabilidade política esperada. Implementada a monarquia, seguidamente, ocorreram eleições para Assembleia Legislativa, na qual foram eleitos predominantemente membros da burguesia. O Rei Luís XVI tentou reestabelecer os seus poderes absolutos, sendo preso por traição em agosto de 1792. E, em setembro do mesmo ano, foi criada a Convenção Nacional, constituída em sua maioria por jacobinos.

Fundamentos da Liberdade. Tradução: Anna Maria Capovilla e José Ítalo Stelle. São Paulo: Visão, 1983 *apud* PIRES, Alex Sander Xavier. *Op.Cit.* p. 137).

⁴⁴ PIRES, Alex Sander Xavier. *Op.Cit.* p. 137.

⁴⁵ O resultado foi sentido por quase oito décadas de instabilidades, conflitos e sucessões de regimes diametralmente opostos, tendo na discordância sobre os fundamentos de poder o seu ponto central, em que conflito de duas forças marcou o embate: uma assentada na teoria da soberania do povo, e, a outra, acoimada na defesa do direito divino (*Idem*, p. 138).

⁴⁶ Preâmbulo da Constituição Francesa de 1791: A Assembleia Nacional, desejando estabelecer a Constituição francesa sobre a base dos princípios que ela acaba de reconhecer e declarar, abole irrevogavelmente as instituições que ferem a liberdade e a igualdade dos direitos. Não há mais nobreza, nem pariatos, nem distinções hereditárias, nem distinções de ordens, nem regime feudal, nem justiças patrimoniais, nem qualquer dos títulos, denominações e prerrogativas que deles derivavam, nem qualquer ordem de cavalaria, de corporações ou condecorações para as quais se exigiram provas de nobreza, ou que supunham distinções de nascença, nem qualquer outra superioridade senão aquela de funcionários públicos no exercício de suas funções. Não há mais venalidades nem hereditariedade para qualquer cargo público. Não existe mais, para qualquer parte da Nação, nem para qualquer indivíduo, privilégio algum, nem exceção ao direito comum de todos os franceses. Não há mais corporações profissionais, de artes e ofícios. A lei não reconhece os votos religiosos, nem qualquer outro compromisso que seja contrário aos direitos naturais, ou à Constituição. (FRANÇA, **Constituição Francesa de 1791**. Paris, 1791. Disponível em: <<http://www.fafich.ufmg.br/~luarnaut/const91.pdf>>. [Consult. 28 dez. 2018].

⁴⁷ MARTINS, Flávio; JÚNIOR NUNES, Alves. *Op.Cit.* p. 73.

No sexto mês do ano de 1793, a Convenção elaborou a Constituição Jacobina, que posteriormente foi confirmada pelo voto da população francesa⁴⁸. Com base nesta Lei Maior, criou-se a República da França, indivisível e de soberania popular, porém contrária à ideia de separação dos poderes, pautando-se por um único poder político – o Corpo Legislativo, que possuía como atribuição a nomeação do Conselho Executivo. Estipulou-se também o voto universal, a reforma agrária e o fim da escravidão nas colônias pertencentes à metrópole francesa⁴⁹.

Contudo, no ano de 1794, o governo Jacobino sofreu um golpe, perdendo o poder para os Girondinos, que logo assumiram elaborando uma nova Constituição, agora moderada, pela qual foi restabelecido o voto censitário, restringindo o poder à classe burguesa.

Em nove de novembro de 1799 - 18 de Brumário do ano VIII, após outro golpe, iniciou-se o regime do Consulado, sendo o poder distribuído entre três cônsules: Emmanuel Joseph Sieyès⁵⁰, Napoleão Bonaparte e Roger Ducos. Como primeiro cônsul foi constituído o General Napoleão Bonaparte, que assumiu a chefia do governo caracterizado como conservador, autoritário e autocrático⁵¹. E com forte pressão do governo provisório, elaborou-se a Constituição de 1799, na qual foi reconhecida a República e o Consulado.

Não obstante, no ano de 1802, foi criada uma nova Constituição, reconhecendo Napoleão como cônsul vitalício, e também concedendo a ele o direito de escolher o próximo representante do povo francês. Em 1804, elaborou-se o Código Civil Napoleônico e outra Constituição, na qual retomou como forma de governo a monarquia hereditária⁵².

Por fim, segundo os autores Flávio Martins e Alvez Nunes Júnior⁵³, “inúmeras outras Constituições foram feitas na França, ao longo dos anos: a de 1848 (estabelecendo um sistema presidencial)⁵⁴, a de 1852 (prevendo a concentração do poder, conformando-se posteriormente

⁴⁸ A Declaração de 1793 não seguiu o ousado projeto de Robespierre; mas ela estabeleceu já alguns direitos sociais e em seu artigo 1º dispõe: ‘o fim da sociedade é a felicidade comum’ (JORGE, Manoel; NETO SILVA. **Curso de Direito Constitucional**. 8 ed. São Paulo: Saraiva, 2013. ISBN 9788502198029. online).

⁴⁹ MARTINS, Flávio; JÚNIOR NUNES, Alves. **Op.Cit.** p. 74.

⁵⁰ Neste ambiente, Emmanuel Joseph Sieyès sustentou a necessidade de reestruturação para que o Terceiro Estado, o povo, deixasse de ser considerado politicamente como “nada” e assumisse o seu lugar como o “tudo”, de sorte que o sistema de eleição igualitário quanto ao poder de representação entre os deputados deveria se tornar a base política do novo Estado (PIRES, Alex Sander Xavier. **Op.Cit.** p. 139).

⁵¹ MARTINS, Flávio; JÚNIOR NUNES, Alves. **Op.Cit.** p. 74.

⁵² ALBERGARIA, Bruno. **Op.Cit.** p. 160.

⁵³ MARTINS, Flávio; JÚNIOR NUNES, Alves. **Op.Cit.** p. 76.

⁵⁴ Com efeito, na Revolução Francesa (1789), o *droit au travail* ou “direito ao trabalho” era comumente ouvido nas manifestações populares que desencadearam um dos mais importantes acontecimentos políticos do milênio, sendo assunto ensejador de grande polêmica e controvérsia na Assembleia Constituinte de 1848, restando por ser

com a restauração do Império, com Napoleão III), a de 1870 (indiciando uma evolução do império em sentido parlamentar), a de 1875 (consagrando um sistema parlamentar), 1946 (aperfeiçoamente a anterior, mas mantendo o sistema) e 1958, com inúmeras revisões desde então”⁵⁵.

1.1.4 Constitucionalismo Alemão

Dentre os mais relevantes movimentos constitucionalistas, podemos dizer que na Alemanha houve um desenvolvimento tardio, contudo, da experiência alemã que fortaleceu a teoria do Estado de Direito⁵⁶. Segundo o autor Hayek, os germânicos trabalharam as experiências dos outros países de forma sistêmica, estudando-as e aplicando o conhecimento adquirido ao longo dos anos nos problemas enfrentados pelo Estado (estrutura e organização)⁵⁷. Assim, o movimento alemão assentou a perspectiva de supremacia da lei como forma de limitação dos poderes do Estado, delimitando as áreas de atuação de competência dos órgãos gestores das fundamentais funções públicas⁵⁸.

Para Alex Sander Xavier Pires “falar em limitação do Estado pela lei e da relação das normas jurídicas entre si, pressupunha uma hierarquia que deveria ter na Constituição sua fonte legítima da validade. Tal assertiva fez florescer, por detrás desta concepção de Estado de Direito, a doutrina responsável por vincular o Estado ao Direito; o poder público à norma jurídica; o indivíduo às proposições legais. Nascia, como variável, o normativismo”⁵⁹.

Lionel Richard retratou a situação política e social da Alemanha no início do século XX, no entre guerras, afirmando que “a Alemanha estava no limiar de uma nova era. Limiar ainda difícil de transpor, sobre o qual se amontoavam milhares de esfomeados, de revoltados, mas também de indiferentes, de vingadores. Atrás de toda essa gente, um milhão e 800 mil

inscrito na Constituição francesa de 1848, ao lado de alguns direitos sociais (JORGE, Manoel; NETO SILVA. *Op.Cit.* online).

⁵⁵ Contribuição francesa ao constitucionalismo moderno. Na França, as ideias iluministas transportadas para o contexto político ensejaram o surgimento da *rationalization du pouvoir*, ou a racionalização do poder, que significava simplesmente a necessidade de consolidação dos direitos individuais e da tripartição das funções estatais nas constituições (JORGE, Manoel; NETO SILVA. *Op.Cit.* online).

⁵⁶ PIRES, Alex Sander Xavier. *Op.Cit.* p. 141.

⁵⁷ HAYEK, Friedrich August Von. Os Fundamentos da Liberdade. Tradução: Anna Maria Capovilla e José Ítalo Stelle. São Paulo: Visão, 1983 *apud* PIRES, Alex Sander Xavier. *Op.Cit.* p. 141).

⁵⁸ *Idem*, p. 142.

⁵⁹ *Idem*, p. 142.

vítimas, escombros incalculáveis. Era sobre eles que deveria nascer um novo Estado. Mas como o passado podia ser apagado?”⁶⁰.

Neste cenário de destruição e desordem, determinava-se a necessidade de um novo Estado. Sendo assim, em 1919, foi eleita uma Assembleia Nacional Constituinte na cidade de Weimar, a fim de criar uma Constituição germânica⁶¹.

Historicamente, o fim da Primeira Guerra Mundial trouxe consigo as ideias do Constitucionalismo Social. A crise econômica pós primeira grande guerra contribuiu para a crise do liberalismo e isso foi determinante para que o Estado do Bem Estar Social viesse à tona, ampliando direitos, garantindo paz, justiça social e segurança, conforme Marcelo Novelino⁶².

A Constituição de Weimar foi uma das primeiras a inserir o Constitucionalismo Social em seu texto. Novelino⁶³ afirma que a Constituição alemã trazia em seu preceito legal várias inovações, como a consagração dos direitos econômicos e sociais relacionados ao trabalho, educação e seguridade social.

Destarte, percebe-se que em razão da necessidade de corrigir a grande desigualdade social criada pela crise do Estado Liberal e pelo caos pós primeira grande guerra, foram consagrados, juntamente aos direitos fundamentais de primeira geração (civis e políticos), os direitos de segunda geração (sociais e econômicos), ligados à igualdade material.

Significativas mudanças puderam ser observadas entre a Primeira e a Segunda Guerra Mundial. A perturbação ocasionada pelo nazismo e pela barbárie em geral despertou a consciência coletiva para os direitos humanos. Novelino⁶⁴ opina afirmando que, mesmo que a experiência da Segunda Guerra tenha sido uma tragédia indelével, por outro lado, foi responsável por esta reação da coletividade, fazendo com que a dignidade da pessoa humana se tornasse o centro do constitucionalismo atual e do Estado Democrático de Direito.

⁶⁰ RICHARD, Lionel. **A República de Weimar**. 1 ed. São Paulo: Companhia das Letras, 1988 *apud* JORGE, Manoel; NETO SILVA. *Op.Cit.* online.

⁶¹ Nesse passo, os sociais-democratas são encarregados quanto à formação do novo governo, mesmo sem constituírem a maioria absoluta, mas em razão de possuírem a maior agremiação partidária. Os socialistas independentes recusam a formalização de acordo com os democratas, que, a partir de então, tecendo, na medida do possível, acordo político com a corrente centrista, elaboram o que se convencionou denominar “a coalização de Weimer”, com três condições essenciais: a) criação e reconhecimento da forma republicana de governo; b) instituição de novas espécies tributárias de sorte a atingir as grandes fortunas; e c) socialização de empresas (JORGE, Manoel; NETO SILVA. *Op.Cit.* online).

⁶² NOVELINO, Marcelo. **Manual de Direito Constitucional**. 9. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo, Método, 2014. ISBN 9788530954956.

⁶³ *Idem*.

⁶⁴ NOVELINO, Marcelo. **Manual de Direito Constitucional**. 9. Ed. *Op.Cit.*

Em 1949, entrou em vigor a Lei Fundamental da República Federal da Alemanha⁶⁵, com reconhecimento, já no primeiro artigo, da intangibilidade da dignidade da pessoa humana, afirmando como compromisso do povo alemão a tutela dos direitos inalienáveis e invioláveis da pessoa humana⁶⁶.

A ideia inicial da Assembleia Constituinte era redigir uma Lei Fundamental com caráter provisório, para não ameaçar a futura unificação alemã, visto que, naquele tempo, a Alemanha estava dividida em Oriental (ocupada pelos soviéticos) e Ocidental (ocupada pelos aliados do ocidente). O termo “constituição” não foi utilizado devido ao caráter provisório do documento.

Quarenta anos após a elaboração da Lei Fundamental, com a queda do muro de Berlim foram extintas as fronteiras existentes entre as duas Alemanhas, dando início ao processo de unificação. Deste modo, em 1990, a Lei Fundamental de Bonn finalmente perdeu seu caráter provisório, assumindo o papel de Constituição, provando ser estável e aceita pelos alemães. Em 2002, houve uma das poucas mudanças na Constituição feitas via emenda, acrescentando a proteção aos animais como uma das tarefas fundamentais do Estado.

Após toda a trajetória do constitucionalismo germânico, hoje a Constituição Alemã ocupa posição de destaque, sendo muito influente em toda a Europa. É, portanto, correto afirmar que no panorama constitucional contemporâneo, a Lei Maior de 1949, revela-se como inspiração para diversos países, tendo em vista o seu exemplo de uma próspera democracia pós-autoritarismo.

1.1.5 Constitucionalismo Português

No período denominado por António Manuel Hespanha como pré-constitucionalismo, embora não sejam vistas como uma “constituição”, as Ordenações Afonsinas, Manuelinas e Filipinas, “em certos aspectos, eram consideradas como uma “lei fundamental”, na medida em que, por exemplo, não podiam ser revogadas ou dispensadas sem uma expressa menção”⁶⁷.

⁶⁵ DW Brasil. 1949: Promulgada a Lei Fundamental Alemã. Disponível em: <<https://www.dw.com/pt-br/1949-promulgada-a-lei-fundamental-alem%C3%A3/a-525432>>. [Consult. 29 dez. 2018].

⁶⁶ SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de Direito Constitucional**. 5 ed. São Paulo: Saraiva, 2016. ISBN 9788547204587.

⁶⁷ HESPANHA, António Manuel. **O Constitucionalismo Monárquico Português. Breve Síntese**, in História Constitucional: Revista Electrónica de História Constitucional, Nº. 13, 2012. p. 478. Disponível em: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=4021997>. [Consult. 29 dez. 2020].

O movimento constitucional português, apenas teve início no curso do século XIX, com uma flagrante ruptura do absolutismo monárquico. Assim, a história constitucional portuguesa possui como origem a via revolucionária, que se desenvolveu ao longo dos anos, reagindo às condições sociais e econômicas, desmembrando-se do passado.

Em 1822, foi dado início ao constitucionalismo em Portugal⁶⁸, através da criação da primeira Constituição de Portugal, que também ficou conhecida como a Constituição Vintista, que teve como marco pré-constituente a Revolução Liberal de 1820, movimento formado em oposição à Inglaterra opressora e discricionária, que apesar de sua indispensabilidade para afastar a ameaça napoleônica, aproveitou-se para ocupar o território de Portugal, enquanto a Corte portuguesa se encontrava no Brasil.

Inspirada na Constituição de Cádiz (1812) e nas Constituições francesas de 1791 e 1795, a Constituição Portuguesa de 1822 rompeu com o regime monarca, consagrando de forma expressa a soberania popular⁶⁹, alterando o conceito de “lei”, no qual deixou de ser a manifestação da vontade do rei, para ser o ato de vontade geral do povo.

Segundo Catarina Santos Botelho⁷⁰, a Constituição de 1822 tinha como proposta “assegurar os direitos fundamentais dos cidadãos e estabelecer a organização e limites dos poderes políticos do Estado”. De modo que, “constitui-se então uma monarquia constitucional hereditária (artigo 18.º), na qual subsistiam, porém, características do Antigo Regime, tal como a não separação entre a Igreja e o Estado (artigo 17.º) e a negação de capacidade eleitoral ativa e passiva às mulheres”.

No ano de 1823, o Rei D. João IV declara revogada a Constituição Vintista, por considera-la subversiva e insubsistente. Na sequência em que nomeia uma junta com a responsabilidade de elaborar uma nova constituinte, que, posteriormente foi recusada pelo monarca⁷¹. Com o insucesso da tentativa⁷², bem como a morte de D. João IV, e a ascensão de D. Pedro IV à coroa, em 1826 foi outorgada a nova Carta Constitucional. No entanto, tal

⁶⁸ A Constituição de 1822 é um dos textos mais importantes do constitucionalismo português. Isto, não tanto pela duração da sua vigência, mas porque ela marca não só o início do verdadeiro constitucionalismo em Portugal, mas também porque ela é um ponto de referência obrigatório da teoria da legitimidade democrática do poder constituinte (CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7ª ed. *Op.Cit.* p. 128).

⁶⁹ Constituição de Portugal de 1822 (23-09-1822), artigo 26º - A soberania reside essencialmente em a Nação. Não pode, porém, ser exercitada senão pelos seus representantes legalmente eleitos.

⁷⁰ BOTELHO, Catarina Santos. **A História faz a Constituição ou a Constituição faz a História? – Reflexões sobre a História Constitucional Portuguesa**, in RIDB, Ano 2 (2013), nº 1. p. 233. Disponível em: http://www.cidp.pt/revistas/ridb/2013/01/2013_01_00229_00247.pdf. [Consult. 29 dez. 2020].

⁷¹ HESPANHA, António Manuel. **O Constitucionalismo Monárquico Português**. *Op.Cit.* p. 499.

⁷² CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7ª ed. *Op.Cit.* p. 141.

procedimento, mostrou-se autoritário e limitador do poder real. Sendo esta a única exceção a matriz revolucionária do constitucionalismo português.

A Carta Constitucional inspirou-se na Constituição brasileira de 1824 e na Constituição francesa de 1814. Para José Miguel Sardica, a “Carta pretendeu ser um “meio-termo”, uma “via compromissória” entre a ideia de soberania nacional, defendida pela esquerda liberal, e a intenção de reforçar as prerrogativas régias, pugnada pela direita absolutista e pela direita liberal conservadora”⁷³.

Em decorrência da Revolução Setembrista de 1836,⁷⁴ surgiu a pré-constituente, que originou a Constituição de 1838. A elaboração desta Lei Maior desenvolveu-se por meio de um procedimento democrático indireto, com uma Assembleia Constituinte soberana, cuja sanção estava sujeita a Rainha D. Maria II.

Apesar da utilização dos modelos adotados pelas Constituições do Brasil, França (1830), Bélgica (1831) e Espanha (1837), o novo texto constitucional de 1838, também, reportou-se a Constituição de Portugal de 1822 e a Carta Constitucional de 1826. Sendo assim, os elementos marcantes da Constituição de 1838, foram: a) a tripartição dos poderes, com a extinção do Poder Moderador; b) o título específico dos direitos fundamentais; c) o reconhecimento da soberania popular.

Contudo, a vigência da Constituição de 1838 durou pouco tempo, sendo a mesma revogada através do golpe de Estado de Costa Cabral, em 1842⁷⁵, que resultou na restauração da Carta Constitucional de 1826, na qual foram introduzidos Atos Adicionais⁷⁶, nos anos de 1852, 1885, 1896 e 1907.

Em outubro de 1910, houve uma nova Revolução, que ocasionou a elaboração da Constituição de 1911, onde se extinguiu o regime monárquico e se estabeleceu a República, através de um ato democrático indireto, com fortes influências da Constituição da Suíça e da Constituição do Brasil de 1891.

O novo texto fundamental passou a admitir: a) a separação entre a Igreja e o Estado; b) a extinção de títulos nobiliárquicos e das ordens honoríficas⁷⁷; c) abolição da pena de morte e

⁷³ SARDICA, José Miguel, “A Carta Constitucional portuguesa de 1826”, *Historia Constitucional*, 2012. p. 527-561. Disponível em: <https://repositorio.ucp.pt/handle/10400.14/18185>. [Consult. 12 jan. 2021].

⁷⁴ A Revolução de Setembro de 1836, surgiu com a revolta de parte da população de Lisboa e o pronunciamento da Guarda Nacional a favor da reposição da constituição de 1822. **Arquivo Histórico Militar**. Disponível em: <https://arqhist.exercito.pt/details?id=174175>. [Consult. 29 dez. 2020].

⁷⁵ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7ª ed. Op.Cit. p. 154.

⁷⁶ HESPANHA, António Manuel. **O Constitucionalismo Monárquico Português**. *Op.Cit.* p. 500.

⁷⁷ N.º 3 do artigo 3.º da Constituição de Portugal de 1911 (21-08-1911).

das penas perpétuas; d) gratuidade do ensino primário, bem como a sua obrigatoriedade. Além do mais, cumpre destacar que a Constituição Portuguesa de 1911, passou a ser uma das pioneiras no continente europeu a importar o sistema americano de controle de constitucionalidade, através do modelo *judicial review of legislation*⁷⁸.

Na sequência, a Revolução de Maio de 1926⁷⁹, na qual se instituiu um regime militar, foi a responsável pela Constituição de 1933. Assim, a constituinte foi elaborada por um poder não eleito, sendo o texto levado à apreciação popular, através de plebiscito.

A constituinte de 1933 se baseou na Constituição de Weimar e no modelo fascista italiano. Segundo Jorge Miranda⁸⁰, o período compreendido entre 1926 e 1974 “representou a quase o obnubilação do Estado constitucional, substituído por um constitucionalismo de base corporativa e autoritária”. Os principais traços da Constituição de 1933 resumiam-se: a) destaque ao Poder Executivo; b) proibição de greve; c) positivação dos direitos sociais; d) limitação dos direitos e liberdades fundamentais.

Com o lema de “democratizar, descolonizar e desenvolver”, formou-se a Revolução dos Cravos, em 25 de abril de 1974, derrubando o Estado Novo, criando-se a Assembleia do Movimento das Forças Armadas e o Conselho da Revolução. No entanto, somente dois anos após o seu início (1976) é que entrou em vigor a Constituição da República Portuguesa, que ainda permanece vigente.

O Conselho da Revolução, criado como um órgão de soberania teve instituído como papel a garantia do fiel cumprimento da Constituição, bem como, o dever de perpetuar “fidelidade ao espírito da Revolução Portuguesa de 1974”⁸¹. Em paralelo, criou-se o órgão consultivo, intitulado como Comissão Constitucional, sendo o responsável pela emissão de pareceres prévios, envolvendo a atuação do Conselho da Revolução na garantia constitucional, deliberações que na maioria das vezes foram acatadas e seguidas.

⁷⁸ Artigo 63.º - O Poder Judicial, desde que, nos feitos submetidos a julgamento, qualquer das partes impugnar a validade da lei ou dos diplomas emanados do Poder Executivo ou das corporações com autoridade pública, que tiverem sido invocados, apreciará a sua legitimidade constitucional ou conformidade com a Constituição e princípios nela consagrados. (Constituição de Portugal de 1911).

⁷⁹ O movimento de 28 de maio de 1926 ficou conhecido por ser um levantamento militar que começou no norte do país e ao qual rapidamente a maioria das unidades do país aderiu. O golpe, que começou em Braga, retirou o poder aos partidos republicanos e foi o primeiro passo para o regime do Estado Novo, que depois apelidou este acontecimento de “Revolução Nacional” (AZEVEDO, Ariana. **28 de maio de 1926: O dia em que Portugal entrou no caminho do Estado Novo**, 2014. Disponível em: <https://www.jpn.up.pt/2014/05/28/28-de-maio-de-1926-o-dia-em-que-portugal-entrou-no-caminho-do-estado-novo/>. [Consult. 29 dez. 2020]).

⁸⁰ MIRANDA, Jorge. *Ob Cit.* t. I.

⁸¹ Artigo 142.º da Constituição de Portugal de 1976 (02-04-1976).

A natureza do Conselho da Revolução foi muito discutida, de modo que, acreditava-se que esta estava relacionada a ideia do regime militar. Para Maria Inácia Rezola⁸², a queda da ditadura, não significou diretamente o advento da democracia. Assim, a revisão constitucional realizada em 1982, impõe a figura do Tribunal Constitucional, extinguindo de modo direto do Conselho da Revolução, cenário em que se instituiu pela primeira vez, uma jurisdição constitucional autônoma, no sistema português.

1.1.6 Constitucionalismo Brasileiro

Inicialmente, cumpre mencionar que o constitucionalismo brasileiro evoluiu conjuntamente com as alterações políticas experimentadas pelo próprio país.

A primeira aparição do constitucionalismo brasileiro ocorreu após a declaração da independência em sete de setembro de 1822, com o início do Império. Assim, após solicitação de Dom Pedro I, formou-se a primeira Assembleia Nacional Constituinte, que nesse período foi eleita por voto indireto e censitário.

A elaboração da primeira Lei Maior brasileira iniciou-se em três de maio de 1823, contudo, os embates pessoais e políticos dos constituintes acabaram por tornar evidente uma disputa de interesses e de poder. E como consequência dessa crise, o Imperador optou pela dissolução da Assembleia Constituinte e a elaboração do texto constitucional de 1824 à portas fechadas com o auxílio do Marques de Sabará.

Inferese-se que a Constituição Imperial continha um texto avançado para a sua época. Contando com a previsão de eleições indiretas, voto censitário, definição de cidadão brasileiro, religião oficial e a quatripartição dos poderes estatais, entre: Poder Legislativo, Poder Executivo, Poder Judiciário e Poder Moderador.

De todas as funções do Estado, o poder que mais detinha atribuições⁸³ e prerrogativas era o Moderador, sendo ele o instrumento de toda a organização política do Brasil Império, responsável pela manutenção da independência, equilíbrio e harmonia entre os demais poderes.

⁸² REZOLA, Maria Inácia, “O Movimento das Forças Armadas e a Assembleia Constituinte na Revolução Portuguesa (1975- 1976)”, História Constitucional, 2012. p. 635-659. [Consult. 12 jan. 2021]. Disponível em: <http://www.historiaconstitucional.com/index.php/historiaconstitucional/article/view/347>.

⁸³ BRASIL. **Constituição Política do Império do Brasil**. Rio de Janeiro, 1824. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao24.htm>. [Consult. 02 jan. 2019].

No período compreendido pelo Segundo Reinado, o Brasil vivia a harmonia entre as classes abastadas que auxiliavam a manutenção do Império. Contudo, com a abolição da escravidão em 1888, houve certa oposição aos interesses dessas categorias sociais dominantes, o que ensejou a instauração da República no Brasil - Decreto nº 1/1889.

Posteriormente, seguindo a ordem histórico-evolutiva do constitucionalismo brasileiro, foi promulgada a Constituição de 1891, implantando de forma definitiva a Federação e a República. Com efeito, restou demonstrado que a nova estrutura política não daria guarida ao Poder Moderador. Voltando-se a teoria originária de Montesquieu, com um Poder Executivo presidencialista, um Legislativo composto por duas casas, sendo elas o Senado e a Câmara dos Deputados, e um Judiciário fortalecido, que passou a exercer determinadas funções que não eram de sua competência, como as de controle dos atos administrativos e legislativos.

No interregno de transição entre os séculos XIX e XX sobreveio o movimento do constitucionalismo social, tornando a estrutura republicana consagrada pela Constituição de 1891 incongruente em face preponderância do sentido social do direito, o que resultou na promulgação da Constituição de 1934.

Assim, a Constituição de 1934 configura um marco na evolução do constitucionalismo brasileiro, uma vez que inseriu e garantiu direitos sociais, avanço que por sua vez não foi deixado de lado pelos textos constitucionais posteriores, os quais elegeram a positivação dos direitos sociais como um instrumento de obtenção do bem-estar geral⁸⁴.

Historicamente, o cenário mundial encontrava-se impactado por correntes ideológicas que se disseminaram no período pós guerra. No Brasil, partidos políticos começaram a ganhar força, sendo criado o partido facista, a Ação Integralista Brasileira, concomitantemente, com a reorganização do partido comunista, liderado por Luís Carlos Prestes. Foi nesse contexto que o Presidente Getúlio Vargas, por meio de um golpe Estado, dissolveu o Congresso Nacional e revogou a Constituição de 1934, outorgando a Lei Maior Estadonivista de 1937.

A Constituição do Estado Novo demonstrou certa centralização do poder político nas mãos do Presidente da República, como era bastante habitual nos modelos autoritários. Todavia, conservaram-se como garantias basilares os direitos sociais anteriormente previstos, não havendo qualquer diminuição ou eliminação de tais normas.

⁸⁴ JORGE, Manoel; NETO SILVA. *Op.Cit.* online.

Terminados os conflitos armados da Segunda Guerra Mundial, a população brasileira clamava por paz e redemocratização, verificando-se a necessidade de instalação de uma nova Assembleia Nacional Constituinte para retomar a democracia e repelir o autoritarismo.

Com isso foi promulgada a Constituição de 1946, que é considerada um marco. Celso Ribeiro Bastos afirma que “a Constituição de 1946 se insere entre as melhores, senão a melhor, de todas que tivemos. Tecnicamente é muito correta do ponto de vista ideológico traçava nitidamente uma linha de pensamento libertária no campo político sem descuidar da abertura para o campo social que foi recuperada na Constituição de 1934⁸⁵”.

Em seu Título V, a Constituição de 1946 registra de forma expressa o termo “Ordem Econômica e Social”, preceituando a sua organização com base na justiça social, conciliando a livre iniciativa e a valorização do trabalho humano. O que configura o surgimento do Estado de Direito Social, nos mesmos moldes da Constituição Alemã de 1949.

Ainda no período da Constituição de 1946, o Brasil passou por uma exaustão emocional, encontrando-se desestabilizado politicamente após dois eventos marcantes. O primeiro deles foi o suicídio de Getúlio Vargas em 1954, e o segundo foi à renúncia do Presidente Jânio Quadros, que desencadeou uma crise política ainda maior no ano de 1961.

Deste modo, aproveitando-se da instabilidade e fragilidade política do país, os militares tomaram o poder, por meio de um Golpe Militar em 31 de março de 1964, com a justificativa de segurança nacional e com a finalidade de obstar “a tomada de poder pelos comunistas”⁸⁶.

Como primeira medida, os militares outorgaram o Ato Institucional nº 1, que estabeleceu diversas alterações de caráter autoritário como: eleições indiretas para Presidente e Vice-Presidente da República, possibilidade de suspensão dos direitos políticos por um período de dez anos, sendo autorizada a cassação de mandatos eletivos, sem qualquer intervenção do Poder Judiciário, ainda que na forma de controle.

Após a completa desfiguração da Constituição de 1946, se tornou indispensável um novo texto constitucional que apresentasse os aspectos de centralização e totalitarismo do poder revolucionário. Assim, o então Presidente, General Castelo Branco remeteu ao Congresso Nacional o projeto da nova Constituição, em dezembro de 1966.

⁸⁵ BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de Direito Constitucional**. 1 ed. São Paulo, Saraiva, 1997. ISBN 8502021737. p. 126.

⁸⁶ ALBERGARIA, Bruno. *Op.Cit.* p. 214.

Destarte, foi outorgada a sexta Constituição do Brasil em janeiro de 1967. O novo texto constitucional fortaleceu ainda mais o Poder Executivo. Assim, apesar da previsão expressa da existência de três poderes, na prática só um existia.

A maior representação deste direito iníquo se deu com a edição do Ato Institucional n. 5, que conferia ao Presidente da República poderes quase que ilimitados, para, por exemplo: decretar o recesso do Congresso Nacional, das Assembleias Legislativas e das Câmaras de Vereadores; determinar intervenção nos Estados e Municípios, sem qualquer limitação constitucional; suspender a garantia de *habeas corpus* e excluir a apreciação do Poder Judiciário em todos os atos praticados pelo governo militar.

Em outubro de 1969, com o Congresso Nacional suspenso, os Ministros da Marinha, do Exército e da Aeronáutica instituíram a célebre Emenda nº 1, de 1969, promovendo substanciais alterações no texto constitucional de 67. Por essa razão, alguns juristas consideram que este ato político possui não a natureza de emenda, mas, sim, de uma nova ordem constitucional⁸⁷, que tinha por objetivo a busca pelo desenvolvimento econômico justificado pela abertura ao capital externo, somada à ordem econômica interna, a mão de obra no mercado de trabalho e a matérias-primas disponíveis no território nacional. Fatores que fomentaram a produção agrícola, industrial e o próprio consumo da população, o que fez com que este período ficasse conhecido como milagre econômico.

Desde o Golpe Militar de 1964 a população brasileira clamava pela redemocratização, tendo em vista a insustentabilidade do governo autoritário, que se intensificou após a edição do Ato Institucional nº 5, resultando no agigantamento dos movimentos sociais, os quais, na década de 80, ficaram conhecidos como Diretas Já.

Esse movimento político democrático pleiteava uma Emenda Constitucional que instaurasse eleições diretas para o cargo de Presidente da República. No entanto, a Emenda não foi aprovada pelo Congresso Nacional. Deste modo, realizar-se-iam novas eleições indiretas, porém com candidatos civis, sendo eles: Paulo Salim Maluf e Tancredo Neves, que foi eleito em 1985, prometendo uma Nova República.

Não obstante, Tancredo nunca chegou a tomar posse. Quem assumiu a presidência definitivamente foi o Vice-Presidente eleito, José Sarney de Araújo Costa. Que embora fosse

⁸⁷ DA SILVA, José Afonso. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 37 ed. São Paulo: Malheiros, 2014. ISBN 8539202131. p. 88.

relacionado a ideais autoritários, governou o país com base nas propostas feitas por Tancredo Neves.

Assim, o Presidente Sarney foi o responsável pelo envio ao Congresso Nacional da proposta de Emenda que desencadeou a abertura da Assembleia Constituinte, a qual promulgou a Constituição cidadã de 1988, ampliando o rol dos direitos e garantias individuais - proibição da tortura, vedação da censura, *habeas data*, mandado de injunção - e coletivos.

Importante destacar que o texto constitucional de 1988 com inspiração nas Constituições sociais, positivou a dignidade da pessoa humana como um dos fundamentos da organização nacional, tornando-o o centro do vasto rol de direitos civis, políticos, econômicos, sociais e culturais, ofertados aos indivíduos e a coletividade.

Sendo assim, observa-se que a ideia constitucionalista contemporânea não se limita apenas na previsão abstrata de isonomia jurídica, mas compreende a busca por dispositivos concretos que serão capazes de fomentar a aproximação social, política e econômica entre o povo e o Estado.

1.2 Espécies de Controle de Constitucionalidade: Sujeitos do Controle

As diferentes espécies de controle de constitucionalidade integram as normas constitucionais de cada Estado, de modo que, promulgada ou outorgada a Carta Magna, é possível a todos verificar a qual órgão de soberania foi delegada a relevante função de garantir a supremacia constitucional, ou seja, quem são os sujeitos ou agentes políticos responsáveis pelo controle.

A sistemática de controle quanto aos seus sujeitos, brevemente abordada neste tópico, analisa a verificação de constitucionalidade do ato normativo já em vigor no ordenamento jurídico, ou seja, após cumprir todos os trâmites do procedimento legislativo, regularmente aprovado.

Portanto, deve-se destacar, antes da análise dessas espécies, a possibilidade do controle preventivo, que há de ser exercido pelos órgãos de soberania Legislativos e Executivos, não se permitindo a edição de ato normativo com mácula de inconstitucionalidade. Registre-se que é função precípua do órgão responsável pela iniciativa de elaboração ou pela sanção do ato, a verificação da constitucionalidade, mas em Portugal,

esta também pode ser exercida pelo Tribunal Constitucional, conforme previsão do artigo 278.º da Constituição da República.

No histórico-comparativo, verifica-se a possibilidade do controle repressivo de constitucionalidade dos atos normativos públicos ser realizado por meio político, judicial ou de forma mista.

No controle político, os órgãos desta natureza, é que fazem a verificação da constitucionalidade das leis e dos demais atos normativos, não sendo controle judicial. Tal espécie se caracteriza como um controle prévio de constitucionalidade, primando pela defesa da supremacia Constitucional, sem o engessamento da fiscalização. O modelo de *fiscalização política* é dito habitualmente de tipo francês (por estar ligado aos dogmas do constitucionalismo francês - e, portanto, europeu - dos séculos XVIII e XIX, embora tenha tido aplicação em sistemas de índole de todo em todo contrastante, como os marxistas-leninistas)⁸⁸.

Há discussão doutrinária sobre o enquadramento do Tribunal Constitucional de Portugal no Poder Judicial⁸⁹, sendo que, tratando-se de tribunal com inspiração na construção teórica de Hans Kelsen não é necessário que integre o Poder Judicial.⁹⁰ Entretanto, na forma

⁸⁸ MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito Constitucional**. 3ª ed. Coimbra: Coimbra Editora, t.III, 1996. ISBN 972-32-0419-3. p. 381.

⁸⁹ Segundo Canotilho a CRP não especifica concretamente a posição jurídico-constitucional do Tribunal Constitucional (TC). É indiscutível tratar-se de um tribunal (cfr. Arts. 209º/1 e 221º), com as características de um órgão constitucional, institucional e funcionalmente autónomo (cfr. Art. 221º). Continua o renomado doutrinador; “A sua natureza de órgão constitucional do Estado não merece o acordo unânime da doutrina. Salienta-se, por um lado, a sua competência extrajudicial (arts. 223º/2/a, b, d, g e h), o acento político da sua *jurisdictio* e a escolha política dos seus membros (art. 222). Alguns vão mais longe, negando carácter jurisdicional às funções de controlo da constitucionalidade e da legalidade exercidas por um tribunal desta natureza. As suas decisões seriam, fundamentalmente, decisões políticas em forma de justiça, podendo, quando muito, classificar-se a jurisdição constitucional como uma função autónoma, com carácter tendencialmente jurídico-constitucional. Contra essa concepção, que acentua o carácter político e a função *sui generis* dos tribunais constitucionais, sustenta outra corrente doutrinária ser o Tribunal Constitucional um **órgão jurisdicional**, porque, tal como nos outros tribunais, as decisões obtêm-se de acordo com um processo judicial através do qual se diz vinculativamente o que é o direito segundo a medida jurídico-material do direito constitucional. Além disso, o facto de o direito constitucional ser um “direito político” não perturba a natureza jurídica da actividade do TC. Decisivo é, sim, que o fundamento e racionalidade das decisões do TC se determinem por um direito – o direito constitucional. A jurisdição constitucional reconduzir-se-ia, pois, a uma “jurisdição autónoma” sobre “questões constitucionais (Friesenhan), ou, dito de outro modo, a uma jurisdição directamente incidente sobre questões constitucionais (Eichenberg). CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7ª ed. *Op.Cit.* p. 678/679.

⁹⁰ ROSÁRIO, Pedro Trovão do. **Tribunal Constitucional: ¿un legislador negativo o positivo?** [Em linha]. RDUNED: Revista de Derecho UNED (16), 2015 (1º semestre). EISSN: 2255-3436. p. 713-740. [Consult. 28 Out. 2017]. Disponível em <http://e-spacio.uned.es/fez/view/bibliuned:RDUNED-2015-16-7220>. Escreve o autor sobre o Tribunal Constitucional: “*En todos encontramos aspectos comunes, a veces designados como característicos o determinantes de un modelo europeo de tribunales constitucionales inspirado en la construcción teórica de Hans Kelsen. De acuerdo con el modelo de Hans Kelsen, la competencia exclusiva de un tribunal constitucional es la de proceder al control jurisdiccional de las leyes. Aunque, tal situación no*

como foi inserido na Constituição da República Portuguesa, com as garantias de independência e prerrogativas próprias de magistrados e, também, considerando as atribuições que lhe foram confiadas, deve-se admitir sua inclusão no Poder Judicial. Para Jose Manuel da Costa⁹¹, a Constituição não permite nenhuma dúvida acerca da natureza do Tribunal Constitucional, sendo indiscutível que o concebe como um verdadeiro tribunal e sua atividade nuclear e característica, como uma parcela da função judicial (e não da função política).

Assim, conforme assinalado supra, o controle repressivo judicial (*judicial review*), nascido nos Estados Unidos em 1803, verifica-se quando a constitucionalidade das normas é efetivada por membros do poder judicial. A revisão pode correr de maneira difusa, por qualquer membro do poder judicial e/ou através de um órgão autônomo, o qual deverá exercer a jurisdição constitucional soberanamente, com poderes para declarar a inconstitucionalidade da lei, até mesmo de forma abstrata.

Em Portugal, depois do período de transição constitucional, com o fim do Conselho da República, instalou-se o Tribunal Constitucional, ocorrendo a posse de seus membros em 06 de Abril de 1983, com plenas funções jurisdicionais para solução das questões juridico-constitucionais.

E por fim temos o controle misto, no qual a regra constitucional atinente ao controle de inconstitucionalidade prevê a possibilidade de certas categorias de leis serem submetidas ao controle político e outras ao controle judicial, a exemplo da Suíça, onde as leis federais ficam sob a análise da Assembleia Nacional e as leis locais são submetidas ao poder judicial.

A Constituição da República Portuguesa atribuiu ao Tribunal Constitucional a função⁹² de realizar tanto o controle preventivo, se acionado for para esse fim, quanto o controle repressivo, nas situações previstas na Lei Fundamental⁹³.

Portanto, diante de cada espécie adotada, é possível discriminar todo o procedimento e definir quais os agentes serão responsáveis pela averiguação da constitucionalidade dos atos normativos.

presupone, su integración en el Poder Judicial. Según Mary Volcansek, los tribunales constitucionales se caracterizan por no funcionar como tribunales de primera instancia o como tribunales de apelación.

⁹¹ DA COSTA, José Manuel M. Cardoso. **A Jurisdição Constitucional em Portugal**. 3ª Ed. Coimbra: Almedina, 2007. ISBN 978-972-40-3253-5. p. 22.

⁹² Cf. Jorge Miranda, a Constituição define o Tribunal Constitucional como o tribunal ao qual compete administrar a justiça em matérias de natureza jurídico-constitucional (art. 221.º), em **Manual de Direito Constitucional**. 2ª. ed. Coimbra Editora, 2005. t. VI, p. 292.

⁹³ Para conferir as atribuições do Tribunal Constitucional confira os artigos 277º a 283º da Constituição da República de Portugal, bem como a Lei do Tribunal Constitucional (LTC).

Ressalte-se nos casos do controle judicial, modelo mais comum nos Estados da Europa e das Américas, o efetivo controle de atos oficiais, legislativos ou administrativos, em face da Lei Fundamental, deu ensejo a uma nova forma de jurisdição. Exercendo essa função, conhecida como Jurisdição Constitucional, o agente político irá apreciar de forma imparcial a consonância de todas as normas com a constituição ou mesmo a ausência de normas de efetividade da Carta Magna.

1.3. Sistemas de Controle de Constitucionalidade

Encontramos diversas formas de controle da constitucionalidade das leis no âmbito do constitucionalismo, notadamente se considerados períodos distintos, quando podem ter ocorrido alterações significativas na ordem constitucional de cada Estado, mas pode-se afirmar que os inúmeros ordenamentos jurídicos estão sempre próximos de três modelos clássicos, quais sejam: sistema norte-americano, sistema austríaco e sistema francês⁹⁴.

O sistema norte-americano consiste na possibilidade do Tribunal declarar a inconstitucionalidade de uma norma, apreciando o caso concreto, invalidando-a naquele julgamento, com efeitos jurídicos somente entre as partes litigantes. No caso, cabe recurso para Suprema Corte, a qual poderá ou não confirmar a decisão de instância inferior, assumindo assim a jurisdição constitucional.

Nessa forma de controle, compete ao Tribunal restringir a aplicação da legislação reconhecida como inconstitucional, prestigiando o Princípio da Supremacia da Constituição, impedindo a arbitrariedade no exercício da função legislativa ou executiva, numa atuação de protagonismo do poder judicial frente a outros órgãos de soberania⁹⁵.

⁹⁴ Cf. destaca Jorge Miranda a observação histórico-comparativa revela três grandes modelos ou sistemas típicos de garantia da constitucionalidade.(...) São esses os modelos: 1.º) O modelo de *fiscalização política*, dito habitualmente de tipo francês (por ligado aos dogmas do constitucionalismo francês –e, portanto, europeu continental – dos séculos XVIII e XIX); 2.º) O modelo de *fiscalização judicial (judicial review)* desenvolvido nos Estados Unidos desde 1803; 3.º) O modelo de *fiscalização jurisdicional concentrada* em Tribunal Constitucional ou austríaco (por ter por paradigma o tribunal instituído pela Constituição austríaca de 1920) ou europeu (por hoje se ter estendido a quase toda a Europa), em **Manual de Direito Constitucional**. 2ª. ed. Coimbra Editora, 2005. t. VI. ISBN 972-32-1336-2. p. 113/114.

⁹⁵ ROSÁRIO, Pedro Trovão do. **Op.Cit.** p. 713-740. Segundo o autor: “esta forma de fiscalización difusa de la constitucionalidad realizada por los tribunales norteamericanos corresponde a un poder esencial, en la confrontación con los demás poderes del Estado, que aproxima los tribunales al fenómeno de la actuación de los principios políticos. En la opinión de Tocqueville, esta competencia de los tribunales sería una de las más fuertes barreras jamás erguidas contra la tiranía de las asambleas políticas”.

Com a disseminação desse controle difuso, os Estados passaram a ter a noção de que, com a adoção deste modelo de controle de raiz americana, estaria atribuindo ao poder judicial comum⁹⁶ a função de preservar a supremacia da Constituição, inobstante a possibilidade de se ter, de forma simultânea, um controle abstrato por órgão autônomo.

Depois de alguns anos dessa deflagração do controle difuso, em 1920, foi criado na Áustria, pela primeira vez, um Tribunal Constitucional, com a exclusividade do controle de constitucionalidade das leis e demais atos normativos, em diversidade com o que propunha o controle difuso americano, haja vista que o objetivo era a solução genérica sobre a invalidade de lei ou ato normativo contrário à constituição, e não apenas seu controle para o caso concreto.⁹⁷

Não há dúvidas de que o controle concentrado da constitucionalidade está evidentemente ligada a Hans Kelsen, que o concebeu para ser consagrado na Constituição Austríaca de 1920, como uma função autônoma, não sendo necessário para tanto a análise de nenhum caso concreto e nem o uso da função judicial.

A ideia do Tribunal Constitucional foi crescendo após o fim da segunda grande Guerra Mundial, diante dos grandes abusos sofridos por parte da população, que viu sucumbir por completo os direitos fundamentais, tendo sido adotada em diversos países europeus, dentre eles Portugal, Espanha, Itália e Alemanha.

Já o sistema francês de controle de constitucionalidade, consagrado pela Constituição Francesa de 1958, consiste em um controle preventivo por meio de um Conselho Constitucional, o qual pode ser acionado pelo governo ou por qualquer dos Presidentes das Casas Legislativas. Assim, ocorre uma análise do ato normativo no momento de sua entrada em vigor⁹⁸. Trata-se, portanto, como se pode ver, de um controle dos projetos legislativos e não especificamente de um controle de normas já aprovadas e em vigor.

Em face desses modelos de controle, o Estado pode adotar qualquer um deles, ou inovar com a criação de novo sistema. Deve-se destacar que os Estados agem e desenvolvem

⁹⁶ AZAMBUJA, Carmen Luiza Dias de. **Controle Judicial e Difuso de Constitucionalidade no Direito Brasileiro e Comparado: efeito erga omnes de seu julgamento**. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 2008. ISBN 978-857525-455-4. p. 81.

⁹⁷ KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. São Paulo: Martins Fontes, 1985, p. 228, *apud* MORAES, Alexandre. **Direito Constitucional**. 14ª edição São Paulo: Atlas, 2004. ISBN 85-224-3610-X. p. 579.

⁹⁸ CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7ª ed. *Op.Cit.* p. 901. Segundo o autor: “O controle preventivo, consagrado pela constiuição francesa de 1958 (art. 61º), como o controlo mais importante exercido pelo *Conseil Constitutionnel*, é um controlo que se aproxima de um controlo político. Não se trata, por um alado, de um controlo sobre norma válidas, mas sobre projetos de normas.”

suas políticas conforme suas peculiaridades. Assim, os sistemas de controle podem ser adotados de forma simples ou complexa, com atuação autônoma ou difusa, podendo existir ambas, e havendo a possibilidade de controle preventivo. Portanto, se consolidará conforme o anseio da população, a vontade política e o momento vivido por ocasião da alteração constitucional referente à forma de controle de constitucionalidade.

1.4 Jurisdição Constitucional

A função jurisdicional consiste na composição dos litígios mediante a tutela dos direitos e interesses legalmente protegidos, pelo exercício do poder jurisdicional (arts 110 e 202 da Constituição da República).⁹⁹ Já a jurisdição constitucional compreende o poder exercido por juízes e tribunais na aplicação direta da norma constitucional, no desempenho do controle de constitucionalidade das leis e dos atos administrativos do Poder Público em geral e na interpretação do ordenamento infraconstitucional conforme a Constituição¹⁰⁰. Portanto, os órgãos de soberania do Estado, representados pelos Tribunais e, em última instância, pelo Tribunal Constitucional, procura fazer cumprir a norma constitucional, reexaminando o sentido da legislação ordinária, com a adequada interpretação da Carta Fundamental e o efetivo controle do cumprimento dos preceitos constitucionais.

Esse poder-dever do Estado de dizer o direito no campo da interpretação das normas constitucionais e no controle da legislação ordinária, para que não haja lesão ao texto constitucional, surgiu exatamente em função da preservação do Estado Constitucional. Segundo Canotilho, o Estado Constitucional Democrático de Direito procura estabelecer uma conexão interna entre democracia e Estado de Direito¹⁰¹.

Nada obstante a importância da jurisdição em destaque, Luís Roberto Barroso, pontifica que a jurisdição constitucional pode não ser um componente totalmente indispensável ao constitucionalismo democrático, mas tem servido bem à causa, de uma maneira geral¹⁰². Para o Ministro, o espaço na jurisdição constitucional é de legitimação

⁹⁹ FREITAS, José Lebre de. **INTRODUÇÃO AO PROCESSO CIVIL**. 3.^a ed. Coimbra Editora, 2013. p. 78.

¹⁰⁰ BARROSO, Luís Roberto. **JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL: A TÊNUE FRONTEIRA ENTRE O DIREITO E A POLÍTICA**. [Em linha] Migalhas. [Consult. em 02 Nov. 2017]. Disponível em <http://www.migalhas.com.br/arquivos/2014/2/art20140204-06.pdf>.

¹⁰¹ CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7.^a ed. *Op.Cit.* p. 93.

¹⁰² BARROSO, Luís Roberto. *Op.Cit.* comenta que V. Dieter Grimm, Jurisdição constitucional e democracia, Revista de Direito do Estado 4:3, 2006. p. 9, reflete que: “A jurisdição constitucional não é nem incompatível nem indispensável à democracia. (...) [Há] suficientes provas históricas de que um estado democrático pode

discursiva e argumentativa das decisões políticas, notadamente em países de redemocratização mais recente, onde o amadurecimento institucional ainda se encontra em curso, enfrentando uma tradição de hegemonia do Executivo e uma persistente fragilidade do sistema representativo. Em suma, conclui que, nas situações em que não estejam em jogo os direitos fundamentais ou os procedimentos democráticos, juízes e tribunais devem acatar as escolhas legítimas feitas pelo legislador, destacando que o Reino Unido e a Holanda não adotam o controle de constitucionalidade.

De qualquer forma, o serviço público na prestação da jurisdição constitucional é muito relevante, para um controle efetivo da constitucionalidade dos atos normativos. Como contraponto à argumentação supra, algumas considerações poderiam ser feitas, reativas à possibilidade do legislador, quando for o caso de o Tribunal reconhecer a inconstitucionalidade da norma ordinária, buscar a solução via revisão constitucional, adequando-se o texto constitucional a norma a ser editada, quando esta for realmente o anseio do Legislativo.

Conforme destaca Canotilho, a instituição da fiscalização judicial da constitucionalidade das leis e demais atos normativos do Estado consubstancia-se, nos modernos Estados constitucionais democráticos, em um dos mais relevantes instrumentos de controle do cumprimento e observância das normas constitucionais.¹⁰³ Segundo o doutrinador é uma garantia de observância da constituição, evitando-se atos normativos, formais e substancialmente violadores das normas e princípios constitucionais.

Não se pode olvidar que a fiscalização judicial operou paulatinamente um desenvolvimento da própria constituição a ponto de se poder afirmar que ela foi “reinventada pela jurisdição constitucional”¹⁰⁴.

O poder judicial, com o avanço do constitucionalismo e a necessidade de controle da legalidade dos atos normativos públicos, assegurou grande espaço nos modernos Estados Democráticos de Direito, sendo que o Pedro Trovão do Rosário destaca que, dos vários poderes constitucionalmente estabelecidos pelo Estado moderno, o judiciário foi o que mais claramente sofreu a maior transformação de seu papel no âmbito dos sistemas políticos ocidentais. Destaca ainda que, concebido inicialmente como mero intérprete e aplicador da lei

dispensar o controle de constitucionalidade. (...) Ninguém duvidaria do caráter democrático de Estados como o Reino Unido e a Holanda, que não adotam o controle de constitucionalidade”.

¹⁰³ CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7ª ed. *Op.Cit.* p. 889.

¹⁰⁴ SAMPAIO, José Adércio Leite, **A Constituição reinventada pela Jurisdição Constitucional**, Belo Horizonte, 2001, *apud* Canotilho, J.J. Gomes, *Op.Cit.* p. 889.

nos conflitos que lhe competia dirimir, o judiciário, ou os tribunais, passaram a ter um papel crescente na vida pública das sociedades contemporâneas.¹⁰⁵

Portanto, em que pese a possibilidade de o Tribunal, conforme o caso, ao analisar a constitucionalidade do ato normativo, ter a faculdade de modificá-lo, agindo, dessa maneira, como se fora um legislador positivo, deve-se apoiar mecanismo de controle constitucionalidade, o qual concede a segurança jurídica e garante a Lei Fundamental, que consagra todos os princípios fundamentais que dão sustentação ao Estado Democrático de Direito.

Em Portugal, só com a vigente Constituição da República de 1976, e mais precisamente com a revisão de que ela foi objeto em 1982, instituiu-se uma jurisdição constitucional autônoma¹⁰⁶ e foi definitivamente instalado o Tribunal Constitucional.

Encontramos na doutrina de Portugal e européia, o tratamento da jurisdição constitucional como direito processual constitucional, assim entendido como o complexo de regras e princípios constitucionais que regulam a solução de questões jurídico-constitucionais, notadamente a análise da constitucionalidade da legislação ordinária. O processo constitucional “reconduz-se a um complexo de actos e formalidades tendentes à prolação de uma decisão judicial reativa à conformidade ou desconformidade constitucional de actos normativos públicos”¹⁰⁷. Dessa forma, o direito processual constitucional tem a função de regular tanto o procedimento quanto a competência para o efetivo julgamento das causas relativas às questões constitucionais, garantindo que a ordem constitucional não seja lesada.

1.5 A Revisão Constitucional de 1982 e o Tribunal Constitucional Português

Vimos, então, que a jurisdição constitucional compreende o poder-dever do Estado-juiz em exercer a aplicação direta das diretrizes preceituadas na Constituição de determinado país, desempenhando o controle de constitucionalidade de leis e atos administrativos. Destarte, o Estado, representado por um Tribunal Constitucional, fará cumprir os direitos e garantias positivados ou, principiologicamente, relacionados à Carta Fundamental.

¹⁰⁵ *De entre los varios poderes constitucionalmente establecidos por el Estado moderno, el poder judicial fue aquel que más claramente sufrió una mayor transformación de su papel en el ámbito de los sistemas políticos occidentales. Inicialmente concebido como un mero intérprete y aplicador de la ley en los conflictos que le competía dirimir, el poder judicial, o los tribunales, han tendido un creciente protagonismo en la vida pública de las sociedades contemporáneas.* ROSÁRIO, Pedro Trovão do. *Op.Cit.* p. 713-740.

¹⁰⁶ DA COSTA, José Manuel M. Cardoso. *Op.Cit.* p. 11.

¹⁰⁷ CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7ª ed. *Op.Cit.* p. 965.

Cumprir destacar, antes mesmo da forma instrumental como esse procedimento é realizado em Portugal, a sua história, e por consequência o modo como se deu o processo de construção da justiça constitucional portuguesa. Como é sabido, a instituição do Tribunal Constitucional Português (TCP) - ano de 1982 - resultou de uma série de tentativas voltadas ao desenvolvimento da fiscalização de constitucionalidade no país, onde se pensava em propostas acerca da concentração da competência do controle de constitucionalidade em um único órgão.

É certo que o instrumento de controle de constitucionalidade em Portugal veio sendo formulado ao longo dos anos, tendo como sua gênese o artigo 63 da Constituição de 1911, que representou uma inovação em termos de direito constitucional no continente europeu. Este artigo previa que “o poder judicial, desde que, nos feitos submetidos a julgamento, qualquer das partes impugnar a validade da lei ou dos diplomas emanados do poder executivo ou das corporações com autoridade pública que tiverem sido invocadas, e apreciará a sua conformidade com a Constituição e os princípios nela consagrados”¹⁰⁸.

Ainda neste cenário da Constituinte de 1911, surgiram propostas no sentido de atribuir ao Supremo Tribunal de Justiça Português a competência para realizar a fiscalização da constitucionalidade. Da proposta elaborada pelo deputado Goulart Medeiros constava que “o Supremo Tribunal de Justiça, como primeira instância, julgará qualquer reclamação contra a promulgação de leis inconstitucionais”¹⁰⁹.

Na sequência, a Constituição de 1933 passou a dispor em seu artigo 123¹¹⁰, um regime que, segundo o Jorge Miranda¹¹¹, ocasionou avanços importantes, mas também certo retrocesso. De um lado os tribunais passaram a ter a faculdade de apreciar questões constitucionais de ofício, e noutro, lhes foram vedadas as possibilidades de pronunciamento no

¹⁰⁸ **Assembleia Nacional Constituinte**. Diário do Governo n.º 195/1911, Série I de (1911-08-22).

¹⁰⁹ ARAÚJO, António. **A construção da justiça constitucional portuguesa: o nascimento do Tribunal Constitucional**. [Em linha]. Revista do Instituto de Ciências Sociais da Universidade de Lisboa. Quarta Série, Vol. 30, No. 134 (1995). ISSN 1983-2303. p. 887 [Consult. em 07 Ago. 2019]. Disponível em: <http://analisesocial.ics.ul.pt/documentos/1223388874O1uVY4lu4Jo34YG6.pdf>.

¹¹⁰ Artigo 123. Nos feitos submetidos a julgamento não podem os Tribunais aplicar leis, decretos ou quaisquer outros diplomas que infringam o disposto nesta Constituição ou ofendam os princípios nela consignados. §1º A constitucionalidade da regra de direito, no que respeita à competência da entidade de que dimana ou à forma de elaboração, só poderá ser apreciada pela Assembleia Nacional e por sua iniciativa ou do Governo, determinando a mesma Assembleia os efeitos da inconstitucionalidade, sem ofensa, porém das situações criadas pelos casos julgados. §2º A exceção constante do parágrafo anterior abrange apenas os diplomas emanados dos órgãos da soberania (*Idem*. p. 888).

¹¹¹ MIRANDA, Jorge, *Op.Cit.* t. VI, p. 125.

que tange a questões relacionadas à inconstitucionalidade orgânica e formal dos dispositivos promulgados¹¹².

Também na vigência da Constituição Política de 1933 foram feitas diversas propostas para que houvesse a concentração da competência do controle de constitucionalidade em um único órgão jurisdicional. Este modelo, aliás, já estava sendo utilizado pelo Conselho Ultramarino, que realizava o controle concentrado de constitucionalidade das legislações concernentes ao ultramar.

Após o Programa para a Democratização da República, no ano de 1961, Antônio de Oliveira Braga - membro da Comissão Eleitoral de Unidade Democrática - elaborou uma proposta com a finalidade de se estabelecer “em preceito constitucional que: suscitada a questão de inconstitucionalidade, o incidente sobe em separado ao Supremo Tribunal de Justiça a fim de, funcionando em plenário, ser emitida decisão, a qual será obrigatória para todos os tribunais e autoridades administrativas”¹¹³. Contudo, tal proposta não foi acolhida.

Indiretamente, desenvolvia-se o caminho para a previsão de um ou vários tribunais exclusivamente voltados à realização da fiscalização de constitucionalidade. Assim, em 1971, foi proposto o aditamento do §1º do artigo 123, por meio de uma revisão constitucional onde se consignou a possibilidade da lei “concentrar em algum ou alguns tribunais a competência para a apreciação da inconstitucionalidade e conferir as decisões desses tribunais força obrigatória geral”¹¹⁴.

Sendo aprovada a proposta de aditamento, diversos políticos e juristas da época tentaram inserir no ordenamento jurídico português um órgão de fiscalização constitucional das leis, porém, este acréscimo legislativo não repercutiu na instituição de um sistema de controle concentrado de constitucionalidade no país.

Com a Revolução de 1974 e a queda do regime ditatorial do Estado Novo passou a coexistir a fiscalização política e a fiscalização jurisdicional. A primeira era exercida conforme as leis de natureza constitucional e caráter pós-revolucionário, pela Junta de

¹¹² O sistema de fiscalização difuso transitou para a Constituição de 1933 (art.122.º). O controlo judicial era, porém, excluído, quando se tratasse de inconstitucionalidades orgânicas ou formais de diplomas carecidos de promulgação do Chefe de Estado (Leis da Assembleia Nacional e decretos do Governo). CANOTILHO, J.J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7ª ed. *Op.Cit.* p.198.

¹¹³ MIRANDA, Jorge, *Op.Cit.* t. VI. p. 128.

¹¹⁴ ARAÚJO. António. *Op.Cit.* p. 893.

Salvação Nacional, pelo Presidente da República e pelo Conselho do Estado¹¹⁵, de modo que, esses legitimados poderiam declarar de forma vinculada e geral a inconstitucionalidade de qualquer norma. A segunda fiscalização - jurisdicional - permaneceu conforme já restava estabelecido no artigo 123 da Constituição de 1933, sendo acrescidos os casos de inconstitucionalidade orgânica e formal.

Destarte, observa-se que ao menos no período imediato após o memorável 25 de abril de 1974, não houve acréscimos significativos no que tange ao controle de constitucionalidade. Verifica-se que o sistema de controle difuso de constitucionalidade enfrentou diversas dificuldades, de modo que a cultura constitucional somente passou a ser difundida após a implementação de órgãos voltados de maneira específica a defesa da Constituição.

A 1ª Plataforma de Acordo Constitucional, elaborada em 13 de abril de 1975, foi a responsável pela redução da fiscalização jurisdicional, acumulando o poder no Conselho da Revolução, substituto do Conselho do Estado. Segundo o Jorge Miranda, “ao Conselho passaria, por regra, a competir apreciar a inconstitucionalidade das leis e de outros diplomas legislativos e aos tribunais apenas era deixado o poder de conhecer a inconstitucionalidade formal”¹¹⁶.

No entanto, nesse mesmo ano foram publicados dois livros que defendiam a elaboração do tribunal constitucional. E, com base nas ideias de Jorge Miranda¹¹⁷ e Francisco Lucas Pires¹¹⁸, foram encaminhados projetos¹¹⁹ a Assembleia Constituinte, a qual não chegou

¹¹⁵ As competências de controlo da constitucionalidade atribuídas à Junta de Salvação Nacional e ao Conselho de Estado vieram a ser transferidas para o Conselho da Revolução pelo artigo 6º, n.º 1, da Lei n.º 5/75, de 14 de Março (*Idem*. p. 898).

¹¹⁶ Cf. Jorge Miranda, *Op.Cit.* t. VI. p. 129.

¹¹⁷ Propunha a existência de um tribunal constitucional, que definia como o órgão jurisdicional especificamente encarregado da defesa da Constituição. Para além do controlo de constitucionalidade, competiria a esse tribunal exercer diversos poderes no âmbito do contencioso eleitoral do registo de partidos e da responsabilização criminal dos titulares de cargos políticos. No que respeita ao controlo de constitucionalidade, o Tribunal, a requerimento do Presidente da República, exerceria a fiscalização preventiva das leis ou resoluções do parlamento, dos decretos do governo ou das resoluções do Conselho do Estado; por outro lado, no âmbito da fiscalização por via da exceção, o Tribunal conheceria ainda das questões de constitucionalidade suscitadas pelos tribunais ou pelas partes [o que equivaleria, *mutatis mutandis*, ao regime hoje configurado nas alíneas a) e b) do n.º1 do artigo 280.º da Constituição]; por fim, o Tribunal conheceria da constitucionalidade das leis dos órgãos das regiões autónomas, a pedido do governo (ARAÚJO. António. *Op.Cit.* p. 899).

¹¹⁸ O livro fora escrito para servir de base ao projeto do partido Centro Democrático Social, para enunciar opções de fundo que o partido deveria propor em matéria constitucional (...). Contudo, o projeto apresentado pelo partido acabaria por prever a criação de um tribunal constitucional, sendo a fiscalização da constitucionalidade repartida em Tribunal e Conselho da Revolução (*Idem*. p. 901).

¹¹⁹ No projecto do Centro Democrático Social (cuja parte IV era dedicada à <defesa e revisão da Constituição>) chegava-se a prever um tribunal constitucional (arts. 133.º e segs.). No projecto do Partido Popular Democrático pretendia-se extrair do sistema de fiscalização pelos tribunais judiciais o máximo de compreensão dos poderes do Conselho da Revolução (art. I das disposições finais e transitórias). E, se bem que menos ambicioso no

a votar qualquer proposta, ante aos acontecimentos de 25 de novembro de 1975, e a famosa tentativa de Golpe Militar.

Após todos os acontecimentos de novembro de 1975, até a celebração do 2.º Pacto MFA/Partidos no ano de 1976, o problema da fiscalização constitucional foi lembrado em outras duas oportunidades. Na primeira, a 5ª Comissão - sobre organização do poder político - passou a prever em seu artigo 27.º, uma espécie de órgão auxiliar do chefe do poder executivo, um conselho consultivo constitucional, que o Presidente da República poderia ouvir com a finalidade de preservar o respeito às garantias e liberdades fundamentais, a democracia e a hermenêutica constitucional diante do processo revolucionário. A segunda e a mais importante menção ocorreu em um debate curto e sem conclusões da 6.ª Comissão - sobre tribunais, onde Jorge Miranda propôs, novamente, a criação de um tribunal constitucional e criticou a atribuição da competência de fiscalização constitucional ao Conselho da Revolução, tendo em vista que se tratava de um órgão político, formado por militares.

Os partidos políticos novamente começaram a repensar formas de organização do poder político, e como se constituiria a fiscalização de constitucionalidade em Portugal. Destarte, o próprio Conselho da Revolução elaborou uma contraproposta criando a fiscalização preventiva, a de inconstitucionalidade por omissão, e, por último, fixando a sua competência para o julgamento de questões de inconstitucionalidade de qualquer ato suscitado nos tribunais.

Assim, o Conselho de Revolução funcionaria auxiliado por uma Comissão de Constitucionalidade, que seria formada por juristas de relevante competência no cenário português, sendo eles magistrados eleitos pelo Supremo Tribunal de Justiça e Tribunal Administrativo. Deste modo, a Comissão possuiria a competência para: dar parecer acerca dos dispositivos sujeitos ao controle preventivo e por omissão; encaminhar os procedimentos sujeitos a fiscalização concreta para o Conselho, submetendo-lhe os projetos de acórdão¹²⁰.

Contudo, a forma de fiscalização sugerida pelo Conselho da Revolução não foi bem aceita entre os partidos, tendo em vista a atribuição de certo monopólio acerca da interpretação da Constituição e da intervenção no exercício da função jurisdicional dos

tocante a articulação entre os tribunais e o Conselho da Revolução, no projecto do Partido Socialista instituía-se um Conselho de Defesa das Liberdades e da Garantia Constitucional (arts. 69.º e 70.º), que poderia ter sido o primeiro órgão específico dirigido à fiscalização preventiva da constitucionalidade no Direito português (MIRANDA, Jorge, *Op.Cit.* t. VI. p. 130).

¹²⁰ MIRANDA, Jorge. *Op.Cit.* t. VI. p. 131.

tribunais. Ademais, António Araújo acrescenta que neste aspecto “a garantia da Constituição só poderia ser eficaz se todos os tribunais tiverem, no cumprimento da sua missão específica, o dever de conhecê-la e aplicar diariamente” ¹²¹.

O Partido Popular Democrático não formulou apenas objeções, pois defendeu, segundo Jorge Miranda, que: ao julgar os feitos submetidos aos tribunais, estes não podem aplicar normas que estejam em desacordo com a Constituição ou princípios nela firmados; quando a norma aplicável tiver como origem a lei, decreto-lei ou dispositivo equiparável, obrigatoriamente haverá recurso nos casos de desaplicação da mesma para o julgamento definitivo do caso e que o recurso justificável pela desaplicação da norma, na forma citada no número anterior, será interposto para um tribunal, que possuirá como membros constituídos o Provedor de Justiça, cinco juízes do Supremo Tribunal de Justiça, cinco juízes do Supremo Tribunal Administrativo e um integrante do Conselho da Revolução, que atuará como Presidente e possuirá voto de qualidade¹²².

Defendeu ainda, segundo o mesmo autor, que, no caso de um mesmo dispositivo legislativo deixar de ser aplicado em três demandas jurisdicionais, com a justificativa pautada em sua inconstitucionalidade, o tribunal mencionado no tópico 3, deverá submeter à apreciação do Conselho da Revolução, para que este julgue a conformidade da norma com a Constituição e, se for o caso, declare a sua discordância/invalidade em caráter *erga omnes* com força obrigatória e observância de inconstitucionalidade formal de lei, decreto-lei ou dispositivo equiparável, deverá ser levada ao Conselho da Revolução, que poderá optar pela sua declaração de invalidade ¹²³.

Neste sentido, o regime acordado na 2ª Plataforma de Acordo Constitucional seguiu em sua essência a proposta elaborada pelo Partido Popular Democrático, fundamentando-se em um compromisso entre os projetos apresentados não só pelo partido, mas também pelo Conselho da Revolução, solução que posteriormente restou consagrada no Título I da Parte IV da Constituição.

Tem-se que o sistema de fiscalização adotado pelo texto constitucional de 1976 comportava modalidades ambiciosas, associadas à presença do Conselho da Revolução e a

¹²¹ ARAÚJO, António. *Op.Cit.* p. 909.

¹²² MIRANDA, Jorge. *Op.Cit.* t. VI. p. 132.

¹²³ *Idem.*

criação da Comissão Constitucional como um órgão de auxílio direto no controle de constitucionalidade, de modo a prefigurar o próprio Tribunal Constitucional¹²⁴.

Em uma visão geral ao longo dos anos, a Comissão Constitucional criada com a finalidade de subsidiar o Conselho da Revolução adquiriu uma predominância técnico-jurídica, de forma pacífica, sendo este protagonismo discreto essencialmente relevante à atuação do futuro Tribunal Constitucional. António Araújo pontua que “é inquestionável que o Tribunal se beneficiou da experiência acumulada pela CC. Desde, logo, porque, se essa experiência tivesse suscitado problemas, certamente a criação do TC não teria sido tão pacífica e consensual. Depois, porque a própria elaboração da Lei do Tribunal Constitucional teve em conta muitos dos problemas vividos pela CC”¹²⁵.

Ao final dos anos 70, o Conselho da Revolução se tornou um incômodo à democracia portuguesa, sendo este fato um consenso entre os diversos partidos, já no ano de 1982. Este consenso interpartidário se justificava ante ao pedido de adesão à Comunidade Económica Europeia, que raramente aceitaria um Estado cuja vida política estivesse relacionada a um órgão não democrático.

Iniciando-se a extinção do Conselho da Revolução, os partidos políticos começaram a repensar a estrutura constitucional e o sistema de fiscalização, retomando a alternativa de criação do tribunal constitucional. Neste aspecto, existiam diversas ideias acerca da competência e funcionamento desse novo tribunal.

Dentre os projetos apresentados, a Aliança Democrática vislumbrava a eliminação da fiscalização preventiva e por omissão. De forma que advogava a existência do controle abstrato e concreto de constitucionalidade, nos moldes já estabelecidos na Constituição “(recurso de decisões que recusassem a aplicação de normas com fundamento em inconstitucionalidade ou de decisões que aplicassem normas já anteriormente julgadas inconstitucionais pelo Tribunal Constitucional). Previa-se, além disso, o recurso de decisões de normas que aplicassem normas arguidas de inconstitucionais pelas partes, se se mostrasse

¹²⁴ Foi ela, na verdade, que desbravou terrenos praticamente desconhecidos na jurisprudência nacional: interpretação e concretização de normas sobre direitos fundamentais, garantias constitucionais de processo penal, sentido e limites das autonomias regionais, compatibilização entre diferentes sectores da economia, reserva da função jurisdicional, distribuição de competências entre o parlamento e o governo, etc (ARAÚJO. António. *Op.Cit.* p. 917).

¹²⁵ *Idem.*

violado algum direito, liberdade ou garantia dos cidadãos e estivessem esgotados os recursos ordinários”¹²⁶.

O projeto elaborado pela Frente Republicana Socialista mantinha apenas com algumas alterações o sistema de controle de constitucionalidade firmado pela versão originária da Constituição. A sutil diferença residia na modalidade do controle concreto de constitucionalidade, onde se dispunha também o recurso das decisões que aplicassem os dispositivos arguidos como inconstitucionais pelas partes.

Jorge Miranda assinala algumas questões que dividiam os partidos políticos no período inicial da revisão constitucional de 1982: a continuidade ou suspensão da fiscalização preventiva; a continuidade ou a eliminação da fiscalização por omissão; na fiscalização da inconstitucionalidade por omissão, se esta seria designada ao Conselho da República ou se deveria esta análise ser incluída no rol de competências do Tribunal Constitucional; e o regime de intervenção do Tribunal Constitucional na fiscalização concreta, por, num dos projectos (no da Frente Republicana e Socialista), se propor a subida ao Tribunal de qualquer questão de inconstitucionalidade não manifestamente infundada e não irrelevante para a causa e, nos demais (nos da Aliança Democrática, do Partido Comunista Português e do Movimento Democrático Português), se preferir manter, ou manter com alterações, o regime de recursos de 1976”¹²⁷.

Esse impasse acerca do Tribunal Constitucional trouxe certa preocupação aos juristas da época, posto que, a criação deste órgão jurisdicional simbolizava a chave da revisão constitucional de 1982. Sendo assim, a saída para essa controvérsia ocorreu através da formação de cúpula interpartidária, onde foram realizados alguns acordos.

Deste modo, as questões suscitadas por Jorge Miranda¹²⁸ foram resolvidas da seguinte forma: foi mantido o modelo de fiscalização preventiva, com algumas alterações pontuais; foi mantida a fiscalização por omissão; foi estruturada a fiscalização da inconstitucionalidade por omissão, sendo a decisão declarativa ordenada como competência do Tribunal Constitucional; em relação à fiscalização concreta, o Tribunal Constitucional foi confirmado como o de recursos, em contornos mais amplos do que, antes, com a Comissão Constitucional; e no que concerne a composição do Tribunal Constitucional, estabeleceu-se o formato com “10 membros eleitos pela Assembleia da República, por maioria de dois terços, e três outros

¹²⁶ *Idem.* p. 927.

¹²⁷ MIRANDA, Jorge. *Op.Cit.* t. VI. p. 139.

¹²⁸ *Idem.* p. 140.

cooptados por aqueles - e devendo seis dos juízes serem escolhidos de entre juízes dos restantes dos tribunais e os demais de entre juristas”.

E antes mesmo do fim da revisão constitucional, o governo passou a preparar um projeto para a criação de uma lei que regesse o Tribunal Constitucional. Assim, a elaboração da chamada Lei do Tribunal Constitucional foi confiada a dois investigadores da Universidade de Coimbra, António Barbosa de Melo e José Manuel Cardoso da Costa, que com traços fortes de independência e autonomia, criaram duas versões como projeto de lei, sendo o segundo encaminhado para deliberação a nível ministerial, com posterior concretização da proposta, nomeada de Lei n.º 130/II, de 30 de setembro.

Concluiu-se que a revisão constitucional já havia resolvido os diversos entraves à criação do Tribunal Constitucional, contudo, muitas outras questões ainda estavam lacunosas, como: a forma de organização e funcionamento; a forma de eleição dos juízes pela Assembleia; o número de sessões e o número de juízes por sessão.

Após calorosos debates foi confiada à Comissão Eventual para o Tribunal Constitucional a missão de solucionar as divergências políticas-jurídicas, chegando-se a um consenso no prazo de dez dias.

Findo o prazo, apresentou-se o seguinte resultado: a eleição dos juízes, realizada pela Assembleia, passou a ser feita com a identificação expressa dos nomes dos candidatos, (artigos 15.º e seguintes da Lei n.º 28/82). Deixou de ser tratada como requisito à idade, para fins de elegibilidade no cargo de juiz do Tribunal Constitucional (cf. Artigo 7.º da proposta e artigo 13.º, n.º 1, da Lei n.º 28/82). Extinguiu-se a limitação à recondução dos juízes (artigo 21.º, n.º 2, da proposta). Fixou-se que apenas as reclamações estão sujeitas a custas, de modo que são isentos os recursos (artigo 84.º da Lei n.º 28/82).

E mais, “desapareceu a exigência de quórum de nove juízes (cf. Artigo 47.º, n.º 1, da proposta, e artigo 42.º, n.º 1, da Lei n.º 28/82) e de maioria qualificada para decidir pela inconstitucionalidade (artigo 47.º, n.º 3, da proposta). O presidente passou a ter direito de voto. Desapareceu o requisito de admissibilidade dos recursos respeitante à violação de um direito fundamental do recorrente (artigo 89.º da proposta). Previu-se a existência de duas secções não especializadas (artigo 41.º da Lei n.º 28/82). Desapareceu a regra sobre audição do órgão autor da norma impugnada em fiscalização concreta (artigo 84.º da proposta). Atribuíram-se ao TC novas competências no âmbito do contencioso eleitoral, do registo de partidos e da

extinção das organizações que perfilhem a ideologia fascista (artigo 8.º, 9.º e 10.º e seguintes da Lei n.º 28/82)”¹²⁹.

Observa-se que somente foi possível uma aprovação tão eficiente da Lei do Tribunal Constitucional pelo fato do parlamento possuir um alicerce muito forte no que tange ao projeto base, onde as demandas de maior relevância técnico-jurídica já tinham sido vislumbradas em um aspecto geral, tanto no âmbito interno, quanto no âmbito externo, preocupando-se sempre com a tradição jurídica portuguesa, com diversos instrumentos e regras, algumas delas concernentes a um estatuto dos juízes, bem como as formas de organização interna do Tribunal.

Resolvidos os problemas de ordem operacional, jurídica e política, os magistrados eleitos pelo parlamento tomaram posse em abril de 1983, mesmo momento em que elegeram os respectivos presidente e vice-presidente, para que no mês seguinte, em 31 de maio de 1983, proferissem o primeiro acórdão do sonhado Tribunal Constitucional Português.

¹²⁹ ARAÚJO. António. *Op.Cit.* p. 944.

2. CONTROLE DIFUSO DE CONSTITUCIONALIDADE: RECURSOS PARA O TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

Buscando o estudo histórico-comparativo dos diversos modelos adotados nos países da Europa e das Américas, bem como apoio na doutrina, verificam-se críticas e elogios a um ou a outro sistema, o que se mostra perfeitamente compreensível, pois existem vantagens e desvantagens num e noutro sistema. Ensina muito bem Jorge Miranda¹³⁰, de forma categórica, que são clássicos os argumentos utilizados nas respectivas ponderações.

Assim, a adoção de um ou outro sistema, ou até mesmo de um sistema híbrido, depende muito do momento histórico do país e da vocação do constituinte, que buscará, no momento de elaboração de uma norma constitucional em um Estado Democrático de Direito, a preservação da supremacia constitucional e de seus princípios e garantias fundamentais.

O controle de constitucionalidade vigente em Portugal, com fundamento na Constituição da República de 1976, consubstancia-se numa confluência entre o sistema norte americano (*judicial review*, justificado no *checks and balances system*) e o modelo austríaco idealizado por Kelsen e consagrado na Constituição da Áustria de 1920¹³¹. Portugal foi pioneiro em implantar o sistema judicial de controle de constitucionalidade com a aprovação da Constituição de 1911, tendo inspiração na Constituição da República do Brasil de 1891. O

¹³⁰ São bem conhecidos e quase clássicos os argumentos favoráveis e contrários à fiscalização judicial difusa e à fiscalização concentrada. Em abono da primeira, diz-se que só ela confere aos tribunais a sua plena dignidade de órgãos de soberania, responsabilizados no cumprimento da Constituição; que, com ela, a questão de inconstitucionalidade se põe naturalmente como questão jurídica, e não política (pois *jure novit curia*); que ela permite a maior eficácia possível da garantia da Constituição, já que, sem haver que aguardar pela decisão de qualquer órgão central, o tribunal que julga no caso concreto deixa de aplicar a lei inconstitucional. P. 383/384. Contra a fiscalização difusa invocam-se a possibilidade de desarmonia de julgados, com o consequente risco de desvalorização dos julgamentos de inconstitucionalidade e da própria Constituição; e a diluição do poder de controlo pelas centenas de tribunais existentes, com o consequente risco de não acatamento das decisões pelos órgãos políticos, legislativos e administrativos. Em favor da fiscalização concentrada apontam-se a certeza do direito, mormente quando haja eficácia geral das decisões sobre inconstitucionalidade; o aprofundamento das questões, ligado às especialidades da interpretação constitucional, com a consequente formação de uma jurisprudência enriquecedora do conteúdo da Constituição; a sensibilidade às implicações políticas ou comunitárias globais dos problemas; o realçar da autoridade do órgão fiscalizador a par dos órgãos legislativos e de governo (o que significa que, se a concentração diminui a posição de cada um dos restantes tribunais, em contrapartida reforça a dos tribunais no seu conjunto, do Poder Judicial ou do tribunal de concentração no confronto dos demais órgãos de soberania). Contra a fiscalização concentrada alegam-se o perigo de um exagerado poder do órgão fiscalizador ou a sua vulnerabilidade às pressões vindas dos órgãos com poder efectivo no Estado; a rigidez do funcionamento do sistema, os riscos de cristalização jurisprudencial e, muitas vezes, a sua desproporção frente às necessidade de decisão jurídica a satisfazer; o acabar por se subtrair, na prática, a Constituição, a sua interpretação e os seus valores aos tribunais judiciais. MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito Constitucional**. 3ª ed., Coimbra: Coimbra Editora, t.I, 1996. p. 384.

¹³¹ MOREIRA, Vital. **A «fiscalização concreta» no quadro do sistema misto de justiça constitucional**, in *Boletim da Faculdade de Direito*, Volume Comemorativo do 75.º Tomo, Coimbra, 2003. ISBN 978-75-3039-7732. p. 815.

art. 63º da Constituição de 1911 representa a consagração formal do princípio da *judicial review* dos atos legislativos desconformes com a constituição¹³².

Algumas alterações foram feitas nas Constituições que se seguiram à de 1911 até à Constituição de 1976 e suas revisões, sendo que na atualidade o controle de constitucionalidade em Portugal é de um sistema misto complexo¹³³. Foram eleitos: o modelo de controle difuso, concreto e incidental (com reconhecimento de competência para fiscalização dos atos normativos a todos os tribunais), o controle concentrado e abstrato de normas, que pode ser realizado de forma preventiva ou sucessiva (de competência do Tribunal Constitucional, de forma autônoma e independente de um caso concreto a ser analisado). O controle pode, ainda, ser exercido em face de ação (atos normativos editados pelo Poder Público em desconformidade com a Constituição) ou por omissão (não cumprimento da Constituição por ausência das medidas legislativas necessárias para tornar exequíveis as normas constitucionais).

Pode-se dizer que o controle de constitucionalidade em Portugal é amplo e democrático, com oportunidades variadas para que o cidadão ou os agentes políticos legitimados possam requerer a manifestação de Tribunais ou do próprio Tribunal Constitucional. Este pode atuar de forma preventiva ou sucessiva, para a adequação de atos normativos, e também na ausência deles, em face do que estabelece os preceitos constantes na Lei Fundamental vigente.

No controle concreto de constitucionalidade, objeto deste estudo, todos os tribunais tem competência para apreciar a inconstitucionalidade das normas legais, por meio de impugnação de uma das partes ou de ofício pelo juiz, dentro do julgamento de um caso

¹³² CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7.^a ed. *Op.Cit.* p. 914. Cfr. autor: “Costuma ver-se no texto da primeira constituição republicana o rasto da constituição brasileira de 1891 (que legitimou também, no Brasil, a implantação da república).(...)Em abono da verdade, deve dizer-se que a fiscalização judicial da constitucionalidade das leis foi consagrada logo na constituição provisória de 1890 do Brasil (art. 58º, 1/a e b), e no Decreto 848, de 11 de Outubro de 1890. Os constituintes portugueses de 1911 não desconheciam também, certamente, a lei brasileira nº 221, de 20 de novembro de 1894, art. 13º/10, onde se explicava: ‘Os juízes e os tribunais apreciarão a validade das leis e regulamentos e deixarão de aplicar aos caso ocorrentes as leis manifestamente inconstitucionais e os regulamentos manifestamente incompatíveis com as leis e a constituição.’”

¹³³ Portugal é um dos países pioneiros e um dos mais característicos exemplos da coabitação entre o “sistema americano” e o “sistema austriaco” de justiça constitucional. Com efeito, o sistema de justiça constitucional em Portugal é uma combinação do sistema difuso e concreto de *judicial review* e do sistema concentrado e abstracto de *Verfassungsgerichtsbarkeit*. MOREIRA, Vital. *Op.Cit.* p. 63.

concreto, conforme previsão nos artigos 204.º e 280.º da Constituição da República de Portugal¹³⁴.

O controle difuso da constitucionalidade das normas jurídicas por qualquer tribunal do país, dentro de um caso *sub judice*, facilita o exercício da defesa da supremacia constitucional, não se exigindo um peticionamento direto ao Tribunal Constitucional, porquanto o magistrado de primeiro grau vai apreciar a adequação da norma de forma incidental. A Corte Constitucional será acionada apenas no caso de recurso interposto pela parte ou pelo Ministério Público, em face da decisão proferida sobre a impugnação. Deve-se destacar que, neste caso de apreciação do recurso contra a decisão que julgou a impugnação da inconstitucionalidade da norma, o Tribunal Constitucional deve restringir o seu julgamento à questão constitucional¹³⁵, sem apreciação do mérito do processo.

2.1 Caracterização

O controle concreto das normas consiste, então, na permissão que se concede a todo e qualquer Tribunal do país realizar, no julgamento de um caso concreto, a adequação da norma jurídica ao texto constitucional, numa análise prévia, independente do julgamento do mérito do processo. Conforme ensina Cappelletti os tribunais, em qualquer processo, têm a faculdade e a obrigação de não aplicar a um caso concreto as leis e atos normativos que considerem inconstitucionais. Esse controle não acarreta a anulação da lei ou do ato normativo com efeitos *erga omnes*, aplicando-se somente ao caso concreto em que a norma foi julgada inconstitucional.¹³⁶

O magistrado não pode permitir a aplicação de uma norma jurídica eivada de nulidade, quando verifica que confronta diretamente com os preceitos constitucionais. Assim, de ofício, ou por impugnação da parte, deve julgá-la inconstitucional para aquele caso

¹³⁴ Constituição da República de Portugal (02-04-1976), Art. 204.º - Nos feitos submetidos a julgamento não podem os tribunais aplicar normas que infrinjam o disposto na Constituição ou os princípios nela consignados. Art. 280.º Fiscalização concreta da constitucionalidade e da legalidade. 1. Cabe recurso para o Tribunal Constitucional das decisões dos tribunais: a) que recusem a aplicação de qualquer norma com fundamento na sua inconstitucionalidade; 2) que apliquem norma cuja inconstitucionalidade haja sido suscitada durante o processo.

¹³⁵ Conforme dispõe o artigo, 79.º-C da Lei do Tribunal Constitucional (LTC), sobre os Poderes de Cognição do Tribunal, o TC só pode julgar a questão da inconstitucionalidade da norma, confirmam: O Tribunal só pode julgar inconstitucional ou ilegal a norma que a decisão recorrida, conforme os casos, tenha aplicado ou a que haja recusado aplicação, mas pode fazê-lo com fundamento na violação de normas ou princípios constitucionais ou legais diversos daqueles cuja violação foi invocada”.

¹³⁶ CAPPELLETTI, Mauro. *Tribunales constitucionales europeos y derechos fundamentales*. Madri: Centro de Estudios Constitucionales, 1984. ISBN 85-224-3610-X. p. 601.

concreto, com preservação da supremacia constitucional. Conforme pontua Canotilho os juízes têm “acesso directo à constituição”, aplicando ou desaplicando normas cuja inconstitucionalidade foi impugnada¹³⁷.

Portanto, o controle concreto vai ter início por provocação da parte, via impugnação incidental ou por exceção, ou ainda de ofício pelo magistrado, no âmbito de um processo comum (civil ou penal). Deve-se salientar que a análise da questão suscitada precisa mostrar-se relevante para julgamento do litígio em apreço, quando o magistrado decidirá, então, sobre a constitucionalidade da norma jurídica.

O controle difuso revela-se, portanto, descentralizado, ou seja, é feito por qualquer tribunal do país, e concreto, será analisado em face de um litígio que esteja em julgamento, e não de uma forma abstrata. Deve-se dar destaque, ainda, para o fato de que o controle é realizado de forma incidental, e, ademais, ocorre somente depois que a norma já está em vigor, e não de forma preventiva. Destarte, sob o ponto de vista temporal, o controle da constitucionalidade tem um caráter sucessivo ou *a posteriori*¹³⁸.

Em outra linha de raciocínio, cumpre registrar, também, que o controle difuso tem raízes na matriz norte americana, não se exigindo um tribunal autônomo para a declaração da inconstitucionalidade, porquanto o julgamento do magistrado de primeiro grau tem força para invalidar a norma para o caso concreto, embora a decisão esteja sujeita a recurso para o Tribunal Constitucional. A declaração concreta de inconstitucionalidade no processo judicial assenta-se na coisa julgada material da mesma forma que as demais decisões do processo individual. Qualquer declaração proferida pelo juiz da causa tem a força e a imutabilidade de coisa julgada pelo império da jurisdição una instituída pela *Judicial Review*¹³⁹.

Cumpre pontuar que os efeitos da decisão do Tribunal, no controle difuso de constitucionalidade, conforme se verá adiante, são declarativos para as partes, ou seja, não produz efeito *erga omnes*, mas sim *inter partes*.

Basicamente, nos artigos 204.º e 280.º da Constituição da República Portuguesa e nos artigos 69.º e seguintes da Lei Orgânica do Tribunal Constitucional (Lei nº 28/82) encontra-se a competência para o exercício da jurisdição constitucional difusa. Pode-se verificar assim que a decisão, que acolhe ou desacolhe a inconstitucionalidade, no âmbito de um processo

¹³⁷ CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7.ª ed. *Op.Cit.* p. 983.

¹³⁸ ROUSSEAU, Dominique. **La justicia constitucional en Europa**, trad. Isabel Ortiz Pica, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2002. ISBN 270761078X. p. 10.

¹³⁹ AZAMBUJA, Carmen Luiza Dias de. *Op.Cit.* p. 147.

judicial comum, poderá ser objeto de recurso para o Tribunal Constitucional, o qual tomará uma decisão, da mesma forma, com efeitos *inter partes*, ou seja, “diz-se também que a fiscalização concreta, incidental e difusa é uma introdução necessária dos recursos para o TC”¹⁴⁰.

A Lei Orgânica do Tribunal Constitucional regula todo o procedimento para a apresentação do recurso, bem como os requisitos de admissibilidade, a legitimidade para recorrer, âmbito, efeitos e regime de subida do recurso, além dos poderes do relator.¹⁴¹

Dessa forma, em suma, o controle difuso da constitucionalidade caracteriza-se, notadamente, por ser exercido por qualquer Tribunal, contudo sempre para fins de análise de um caso concreto, incidentalmente, onde a averiguação da constitucionalidade da norma é relevante para deslinde do caso. O controle será feito de ofício ou por meio de impugnação da parte litigante, sendo que a decisão não obriga quem não faz parte do processo, e está sujeita a recurso para o Tribunal Constitucional, que julgará, também, de forma difusa, sem estender o alcance da decisão para os demais jurisdicionados.

2.2 Requisitos Processuais

De acordo com Canotilho para que se possa suscitar um incidente de inconstitucionalidade é necessária a verificação de certos requisitos e circunstâncias que na doutrina processual geral, designam-se por requisitos ou pressupostos processuais.¹⁴²

Portanto, para que sejam delineados esses requisitos, não se pode olvidar que a impugnação sobre a inconstitucionalidade da norma jurídica deve ocorrer de forma incidental, no âmbito de um processo já instaurado. Partindo deste pressuposto, pode-se pensar então em quais requisitos são indispensáveis para a deflagração do procedimento de inconstitucionalidade.

O artigo 204.º da Constituição Portuguesa, conforme destaca Jorge Miranda, é o ponto de partida necessário de fiscalização concreta da constitucionalidade¹⁴³, porquanto não permite aos Tribunais aplicar normas que infrinjam a Constituição ou os princípios nela consignados, sendo que o art. 280.º prevê o cabimento de recurso das decisões dos Tribunais

¹⁴⁰ CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7.ª ed. *Op.Cit.* p. 983.

¹⁴¹ Vide artigos 69 e seguintes da Lei Orgânica do Tribunal Constitucional – LTC, Lei 28/82 (15 nov. 1982)

¹⁴² CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7.ª ed. *Op.Cit.* p. 983.

¹⁴³ MIRANDA, JORGE. *Op.Cit.* t. VI. p. 208.

para o Tribunal Constitucional. Poranto, verifica-se que os Tribunais, compreendidos os órgãos de jurisdição que estejam instalados no país, podem declarar a inconstitucionalidade. Este é, portanto, o primeiro pressuposto, de ordem subjetiva, de que haja uma impugnação quanto à inconstitucionalidade da norma jurídica perante os Tribunais.

Os Tribunais e seus juízes devem estar investidos na função jurisdicional, legitimados a decidir a questão subjacente que lhes foi proposta, para, assim, deliberar sobre a declaração de constitucionalidade.

No procedimento instaurado exigem-se ainda outros requisitos, agora de ordem objetiva, relacionados mais diretamente com a questão da inconstitucionalidade. A impugnação ofertada por uma das partes ou pelo representante do Ministério Público deve por em causa exatamente a afronta do ato normativo aos preceitos constitucionais ou os princípios contidos na Lei Fundamental.

O controle difuso de constitucionalidade tem por escopo exatamente permitir aos Tribunais, de forma ampla, a verificação da adequação da norma impugnada frente à Constituição, com objetivo de preservação da supremacia constitucional.

A impugnação deve, ainda, ser suscitada durante o curso do processo. Como ensina Canotilho; “suscitar-se a questão da inconstitucionalidade durante o processo não significa que a inconstitucionalidade possa ser suscitada até a extinção da instância, mas sim que essa invocação pode e deve se feita em momento em que o Tribunal *a quo* ainda possa conhecer da questão.”¹⁴⁴ Assim, deve a parte cuidar para que a questão seja levantada perante o Tribunal antes da prolação da sentença, preliminarmente ao esgotamento da jurisdição daquela instância. Do contrário, a questão só poderá ser analisada na instância própria para o recurso atinente ao objeto do processo principal¹⁴⁵.

Deve-se pontuar, também, que a questão relativa à inconstitucionalidade precisa ser relevante para solução do mérito da causa principal que se encontra *sub judice*. Essa relevância está relacionada com a importância que a declaração de inconstitucionalidade terá para o desfecho do processo. Portanto, a norma impugnada deve ser decisiva para solução do caso ou, no mínimo, deve ser tida pelo magistrado como norma necessária para um julgamento estritamente constitucional.

¹⁴⁴CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7.^a ed. *Op.Cit.* p. 986.

¹⁴⁵ Cf. acórdão n.º 309/94, de 24 de março, em Diário da República, 2.^a série, n. 199, de 29 de agosto de 1994; e acórdão n.º 225/95, de 26 de abril, *ibidem*, 2.^a série, n. 250, de 28 de outubro de 1995, citado por Jorge Miranda, *Op.Cit.* t. VI. p. 208.

Há discussão quanto à necessidade de o juiz tratar tão somente do conhecimento da alegação de constitucionalidade e não analisar o mérito do processo *sub judice*¹⁴⁶. Entretanto, vigora em Portugal o controle difuso de constitucionalidade, sendo que, para o fiel cumprimento do que dispõe o art. 204.º da Constituição da República, compete ao magistrado de primeira instância tanto o conhecimento da inconstitucionalidade, cujo incidente poderá ser submetido ao Tribunal Constitucional, como também a decisão do mérito do processo principal.

Por derradeiro, deve-se considerar como um requisito do efetivo controle concreto a decisão sobre a inconstitucionalidade da norma, pois só com a manifestação do Tribunal, em decisão que pode ser questionada junto ao Tribunal Constitucional, haverá efetivamente o exercício da fiscalização do ato jurídico e o respeito à supremacia constitucional.

2.3 A Fiscalização Concreta

Como se viu, vigora em Portugal o sistema de fiscalização concreta de constitucionalidade, conforme previsto na Constituição da República, o qual autoriza a qualquer Tribunal a apreciação da constitucionalidade dos atos normativos, de forma incidental. Essa função deve ser exercida pelos órgãos previstos na organização judicial, porquanto se restringe ao exercício de função jurisdicional, a teor do disposto no artigo 204.º (feitos submetidos a julgamento).¹⁴⁷

Registre-se que além dos Tribunais como um todo, o próprio Tribunal Constitucional pode vir a apreciar a constitucionalidade de normas de forma concreta, quando estiver exercendo suas funções jurisdicionais, que estão previstas na Constituição¹⁴⁸, fora do exercício do controle concentrado.

¹⁴⁶ Cf. Canotilho, **Op.Cit.** p. 987, não é esta a concepção constitucionalmente consagrada. Os tribunais continuam com o direito de “*judicial review*” (Cfr. ar. 204º), ou seja, têm acesso directo à Constituição, aplicando ou desaplicando normas cuja constitucionalidade foi impugnada no feito submetido a decisão judicial. Sendo assim, o juiz *a quo* não se limita a conhecer do incidente da inconstitucionalidade e a reenviá-lo para o Tribunal Constitucional; decide o caso, interpretando a norma a aplicar como constitucional ou inconstitucional, independentemente do recurso posterior, restrito à questão da inconstitucionalidade para o Tribunal Constitucional. A solução conduziria, em todo o seu rigor, a eliminar a fiscalização concreta do ordenamento constitucional português (*apud* MIRANDA, Jorge. **Op.Cit.** t. VI. p. 372).

¹⁴⁷ Cf. Jorge Miranda, a fiscalização concreta da constitucionalidade revela-se indissociável da função jurisdicional – pela natureza das coisas e porque o art. 204.º se refere expressamente a feitos submetidos a julgamento, em **Op.Cit.** t. VI. p. 210.

¹⁴⁸ **Idem.**

Além do controle concreto, realizado pelos Tribunais de primeira e segunda instância e, às vezes, até mesmo pelo próprio Tribunal Constitucional, há previsão na Constituição da República para fiscalização abstrata da inconstitucionalidade por ação¹⁴⁹, ou por omissão¹⁵⁰, podendo ocorrer ainda o controle preventivo¹⁵¹ ou sucessivo¹⁵² da legislação, este quando o ato normativo já esteja em vigor.

Assim, o controle da constitucionalidade das normas na República Portuguesa é efetivado de forma bem abrangente e mista¹⁵³, com a possibilidade do controle por qualquer dos Tribunais do país, de forma difusa e concreta, bem como pelo Tribunal Constitucional nas formas declinadas na Carta Fundamental.

Ressalte-se que o controle efetivado de forma incidental pelos Tribunais inferiores, no exercício da jurisdição constitucional difusa, está sujeito a recursos, conforme previsão do art. 280.º da Constituição da República de Portugal, possibilitando ao Tribunal Constitucional a revisão do julgado.

¹⁴⁹ Art. 277.º da Constituição da República de Portugal (02-04-1976) - **Inconstitucionalidade por acção**. 1. São inconstitucionais as normas que infrinjam o disposto na Constituição ou os princípios nela consignados. 2. A inconstitucionalidade orgânica ou formal de tratados internacionais regularmente ratificados não impede a aplicação das suas normas na ordem jurídica portuguesa, desde que tais normas sejam aplicadas na ordem jurídica da outra parte, salvo se tal inconstitucionalidade resultar de violação de uma disposição fundamental.

¹⁵⁰ Art. 283.º da Constituição da República de Portugal (02-04-1976) - **Inconstitucionalidade por omissão** 1. A requerimento do Presidente da República, do Provedor de Justiça ou, com fundamento em violação de direitos das regiões autónomas, dos presidentes das Assembleias Legislativas das regiões autónomas, o Tribunal Constitucional aprecia e verifica o não cumprimento da Constituição por omissão das medidas legislativas necessárias para tornar exequíveis as normas constitucionais. 2. Quando o Tribunal Constitucional verificar a existência de inconstitucionalidade por omissão, dará disso conhecimento ao órgão legislativo competente.

¹⁵¹ Art. 278.º da Constituição da República de Portugal (02-04-1976) - **Fiscalização preventiva da constitucionalidade** 1. O Presidente da República pode requerer ao Tribunal Constitucional a apreciação preventiva da constitucionalidade de qualquer norma constante de tratado internacional que lhe tenha sido submetido para ratificação, de decreto que lhe tenha sido enviado para promulgação como lei ou como decreto-lei ou de acordo internacional cujo decreto de aprovação lhe tenha sido remetido para assinatura. 2. Os Representantes da República podem igualmente requerer ao Tribunal Constitucional a apreciação preventiva da constitucionalidade de qualquer norma constante de decreto legislativo regional que lhes tenha sido enviado para assinatura. 3. A apreciação preventiva da constitucionalidade deve ser requerida no prazo de oito dias a contar da data da recepção do diploma.

¹⁵² Art. 281.º da Constituição da República de Portugal (02-04-1976) - **Fiscalização abstracta da constitucionalidade e da legalidade**, 1. O Tribunal Constitucional aprecia e declara, com força obrigatória geral: a) A inconstitucionalidade de quaisquer normas; b) A ilegalidade de quaisquer normas constantes de acto legislativo com fundamento em violação de lei com valor reforçado; c) A ilegalidade de quaisquer normas constantes de diploma regional, com fundamento em violação do estatuto da região autónoma; d) A ilegalidade de quaisquer normas constantes de diploma emanado dos órgãos de soberania com fundamento em violação dos direitos de uma região consagrados no seu estatuto.

¹⁵³ O regime de controlo concreto da constitucionalidade adoptado em Portugal vem a assumir, assim, um carácter misto, e bastante original, não se reconduzindo inteiramente ao figurino de qualquer dos dois conhecidos modelos clássicos – o do controlo difuso, de inspiração americana, e o do controlo concentrado, hoje dominante no direito constitucional comparado europeu. Conforme destaca José Manuel M. Cardoso da Costa em **A Jurisdição Constitucional em Portugal**. 3ª Ed. Coimbra: Almedina, 2007. ISBN 978-972-40-3253-5. p. 42.

Regulamentado dessa forma, conclui-se que o controle de constitucionalidade em Portugal é realmente misto, com possibilidade de convivência da fiscalização por órgãos de soberania inferiores (difusa) com aquela exercida pelo órgão máximo, o Tribunal Constitucional (fiscalização concentrada)¹⁵⁴. Não fica a cargo do TC a apreciação exclusiva das impugnações relativas à falta de adequação dos atos normativos com os preceitos constitucionais. Portanto, em Portugal, diferentemente do que ocorre em outros países, como Itália, França e Bélgica¹⁵⁵, que possuem o Tribunal Constitucional, a impugnação incidental quanto à inconstitucionalidade dos atos normativos não vai direto para julgamento do TC, sendo apreciada na instância inferior, embora a apreciação concreta e difusa possa ensejar recurso ao órgão máximo.

A escolha do sistema de fiscalização constitucional realizada foi peculiar, diferente dos demais países que adotam o Tribunal Constitucional, porquanto revela uma miscigenação entre o sistema americano (*judicial review*) com o sistema austríaco que foi idealizado por Hans Kelsen. Essa forma original propicia um amplo e geral controle das normas jurídicas, autorizando o jurisdicionado, por si, ou por meio dos agentes políticos, o questionamento da inconstitucionalidade, buscando a preservação da supremacia da Constituição e dos princípios e garantias fundamentais que estruturam um Estado Democrático de Direito.

2.4 Recursos para o Tribunal Constitucional

Conforme determina a Constituição da República, das decisões dos tribunais cabem recurso para o Tribunal Constitucional restrito à impugnação da constitucionalidade ou legalidade de norma aplicada ou afastada pelo magistrado.¹⁵⁶

Os recursos para o Tribunal Constitucional não cuidarão do mérito da causa submetida a julgamento, mas sim da questão da inconstitucionalidade¹⁵⁷, ou seja, o objeto do recurso será apenas o fato de o juiz aplicar norma inconstitucional ou deixar de aplicar norma tida como constitucional.

¹⁵⁴ Cf. MOREIRA, Vital. **Fiscalização concreta no quadro do sistema misto de justiça constitucional**, in *Boletim da Faculdade de Direito*, Volume Comemorativo do 75.º Tomo, Coimbra, 2003. ISBN 978-75-3039-7732. p. 832.

¹⁵⁵ FILHO TAVARES, Newton. **Tribunais Constitucionais**. [Em linha] Brasília: Biblioteca Digital da Câmara dos Deputados, 2009. [Consult. 16 Nov. 2017]. Disponível em www2.camara.leg.br/a-camara/documentos-e-pesquisa/estudos-e.../2009-76.pdf.

¹⁵⁶ Cf. Constituição da República de Portugal (02-04-1976), art. 280.º, n. 1 a 6.

¹⁵⁷ CANOTILHO, J.J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7.ª ed. *Op.Cit.* p. 987

2.4.1 Hipóteses

Conforme dispõe a Constituição da República Portuguesa, os recursos para o Tribunal Constitucional são restritos à inconstitucionalidade ou à ilegalidade, e devem ser interpostos contra: a) decisões que recusem a aplicação de certa norma com fundamento em inconstitucionalidade ou em ilegalidade; b) decisões que apliquem norma cuja inconstitucionalidade ou ilegalidade haja sido suscitada durante o processo; c) decisões dos tribunais que apliquem norma anteriormente julgada inconstitucional ou ilegal pelo próprio Tribunal Constitucional¹⁵⁸.

No primeiro caso, a recusa de aplicação da norma não precisa ser expressa, podendo ser implícita, quando há extração de conclusões da norma tida como inconstitucional.¹⁵⁹ Neste caso, o recurso será facultativo e competirá à parte que se sentir prejudicada com a decisão. Todavia, será obrigatório para o Ministério Público, a teor do disposto no art. 280.º, n. 3, quando a norma recusada constar de convenção internacional, de ato legislativo ou de decreto regulamentar, em face do princípio da presunção da constitucionalidade das leis¹⁶⁰.

Já no caso da letra “b” supra, quando o magistrado deixar de reconhecer a questão da inconstitucionalidade, o recurso competirá tão somente à parte que tenha levantado a questão¹⁶¹.

Quanto ao terceiro recurso, a razão da necessidade de sua interposição está no fundamento de que cabe ao Tribunal Constitucional, órgão máximo da soberania jurisdicional, dizer sobre a adequação das leis, portanto, se já houve manifestação no sentido da inconstitucionalidade da norma jurídica, não podem os tribunais inferiores continuar com sua aplicação, tendo legitimidade para interpor o recurso as partes e também o Ministério Público.

Em todas as hipóteses mencionadas, conforme registra Jorge Miranda, “está patente o postulado da supremacia do Tribunal Constitucional – o postulado de que, em matéria de inconstitucionalidade, se a *primeira* palavra cabe a qualquer tribunal, a *última* lhe deve pertencer, e este postulado, por sua vez, decorre da ideia de garantia da Constituição, por o Tribunal Constitucional ser o órgão especificamente legitimado para esse efeito”¹⁶².

¹⁵⁸ Cf. Constituição da República de Portugal (02-04-1976), art. 280.º, n. 1, alíneas “a” e “b”; e n. 5.

¹⁵⁹ MIRANDA, Jorge. *Op.Cit.* t. VI. p. 213.

¹⁶⁰ CANOTILHO, J.J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7.ª ed. *Op.Cit.* p. 994.

¹⁶¹ *Idem*, esta solução é justificada pelo facto de não estar em causa o princípio do *favor legis*.

¹⁶² MIRANDA, Jorge. *Op.Cit.* t. VI. p. 213.

Entretanto, a Lei do Tribunal Constitucional, em seu art. 70º, 1 - *h* e *i*, prevê também a possibilidade do recurso das decisões que apliquem norma já anteriormente julgada inconstitucional pela Comissão Constitucional, e daquelas que recusem a aplicação de norma constante de acto legislativo com fundamento na sua contrariedade com uma convenção internacional, ou a apliquem em desconformidade com o anteriormente decidido sobre a questão pelo Tribunal Constitucional.

2.4.2 Admissibilidade e Legitimidade

Os recursos para o Tribunal Constitucional, com pedido de apreciação da constitucionalidade ou da legalidade das normas jurídicas são dirigidos ao seu Presidente e devem especificar, além das normas cuja apreciação se requer, as normas ou os princípios constitucionais violados.¹⁶³ Assim, é o Presidente do Tribunal Constitucional quem decide sobre a admissibilidade do recurso, sendo-lhe facultado notificar o autor do recurso para suprir eventuais deficiências.

Registre-se que, mesmo após recebido o recurso, é possível que o Tribunal Constitucional, no curso do julgamento possa, ainda, rejeitá-lo. Por outro lado, deve-se indagar quem está legitimado a requerer a declaração de inconstitucionalidade de forma incidental no processo em curso. As partes litigantes estão autorizadas a impugnar a constitucionalidade da norma, desde que haja conexão direta entre a alegada inconstitucionalidade e a questão levada a julgamento¹⁶⁴. Além da situação descrita, pode haver a apreciação oficiosa da inconstitucionalidade pelo magistrado¹⁶⁵ e manifestação do Ministério Público no mesmo sentido, quando for parte no processo, em defesa da ordem jurídica.

Então, são partes legitimadas para interpor recurso ao Tribunal Constitucional: o Ministério Público; terceiros direta e efetivamente prejudicados pela decisão da qual se recorre ao Tribunal Constitucional, na forma do artigo 631.º do Código de Processo Civil

¹⁶³ Conforme art. 51, 1, da Lei Orgânica do Tribunal Constitucional – LTC, Lei 28/82.

¹⁶⁴ Sobre a necessidade da conexão entre o feito submetido a julgamento e a questão de inconstitucionalidade, acórdão n.º 169/92 do Tribunal Constitucional, de seis de maio, em Diário da República, 2.ª série, n. 216, de 18 de setembro de 1992, citado por Jorge Miranda, em **Manual de Direito Constitucional**. 2ª. ed. Coimbra Editora, 2005. t. VI, p. 209.

¹⁶⁵ Cf. art. 204.º da Constituição da República de Portugal (02-04-1976).

Português¹⁶⁶; as partes vencidas e as “pessoas que, de acordo com a lei reguladora do processo em que a decisão foi proferida, tenham legitimidade para dela interpor recurso”¹⁶⁷.

Nestes termos, deve ser, portanto, a formação da relação processual para regular instauração do incidente de declaração de inconstitucionalidade, com a presença destes requisitos de ordem subjetiva.

Deve ficar registrado, que a parte recorrente, nos casos do art. 280.º, nº 1, alínea *b*, e nº 2, alínea *d*, da Constituição da República, deve ter suscitado a questão da inconstitucionalidade dentro do processo, de forma processualmente adequada, perante o Tribunal.

2.4.3 Limites cognitivos e efeitos dos recursos

De acordo com a estrutura organizacional, o Tribunal Constitucional possui determinada delimitação quanto aos poderes cognitivos, em função das competências que lhes são conferidas para apreciar e julgar matérias voltadas à constitucionalidade e legalidade de normas. Sendo assim, conforme menciona o Professor Carlos Lopes do Rego, situa-se “fora do âmbito do recurso de fiscalização concreta a apreciação ou dirimição de quaisquer outras questões, substantivas ou adjetivas, atinentes ao – ou suscitadas no – “processo-base” em que se enxerta o recurso de fiscalização concreta”¹⁶⁸.

Destarte, não cabe ao Tribunal Constitucional a análise de questões voltadas à aplicação de direito infraconstitucional¹⁶⁹, ainda que meramente interpretativa ou na qualificação jurídica dos fatos¹⁷⁰. Por essa razão, a aplicação de uma norma jurídica, bem como a interpretação adotada, constitui para o Tribunal Constitucional apenas uma

¹⁶⁶ Cf. Dispõe o art. 631 do CPC (26-06-2013): 1- “Sem prejuízo do disposto nos números seguintes, os recursos só podem ser interpostos por quem, sendo parte principal na causa, tenha ficado vencido. 2 - As pessoas direta e efetivamente prejudicadas pela decisão podem recorrer dela, ainda que não sejam partes na causa ou sejam apenas partes acessórias. 3 - O recurso previsto na alínea g) do artigo 696.º pode ser interposto por qualquer terceiro que tenha sido prejudicado com a sentença, considerando-se como terceiro o incapaz que interveio no processo como parte, mas por intermédio de representante legal.”

¹⁶⁷ Vide artigos 72 da Lei Orgânica do Tribunal Constitucional – LTC, Lei 28/82 (15-11-1982).

¹⁶⁸ REGO, Carlos Lopes do. **Os Recursos de Fiscalização Concreta na Lei e na Jurisprudência do Tribunal Constitucional**, 2010. ISBN: 9789724040424. p. 271.

¹⁶⁹ Art. 71, número 1: Os recursos de decisões judiciais para o Tribunal Constitucional são restritos à questão da inconstitucionalidade ou da ilegalidade suscitada (**Lei n.º 28/1982**. Diário da República I Série. N.º 264 (15-11-1982)).

¹⁷⁰ O Tribunal Constitucional não pode actuar como última “instância de supervisão” ou “instância suprema” quanto ao mérito da causa (QUEIROZ, Cristina. **Justiça Constitucional**. Portugal: Editora Petrony, 2017. ISBN: 9789726852384. p. 188).

informação, a base para que possa apreciar a questão de constitucionalidade ou de legalidade. Entretanto, nos casos de decisões interpretativas a Corte não se limita a dirimir a questão de constitucionalidade no sentido *stricto* da decisão recorrida, uma vez que possui o poder de declarar como adequada ou inadequada, do ponto de vista constitucional, determinada interpretação adotada pelo tribunal comum.

Ao Tribunal Constitucional cabe a verificação de conformidade da matéria com os preceitos e princípios constitucionais, não devendo controlar a forma como foi enfrentada pelos tribunais recorridos nem mesmo fiscalizar se as normas elencadas no processo base correspondem ou não ao melhor direito a ser aplicado ao caso concreto. Deste modo, não cumpre ao Tribunal a valoração da forma ou mecanismo escolhido pelo juiz primevo ao realizar a subsunção dos fatos ocorridos com o dispositivo normativo¹⁷¹.

No entanto, apesar da regra, há uma hipótese de interferência do Tribunal Constitucional no direito infraconstitucional, qual seja nos casos sujeitos a uma conexão entre o direito vinculado ao processo base e a solução da demanda de constitucionalidade ou de legalidade arguida aos autos, cenário em que se torna indispensável tal ingerência. A título de exemplo, cumpre mencionar o Acórdão nº 90/04, no qual a questão de constitucionalidade estava arraigada ao regime processual, no que tangia à definição das competências dos tribunais, decidindo o Tribunal pelo provimento do recurso, reconhecendo a constitucionalidade da aplicação da norma ínsita no artº 18º, nº 5, do Decreto-Lei nº 96/87, “na parte em que atribui competência executiva, exclusiva, aos tribunais do ‘foro da comarca de Lisboa’”¹⁷².

Observa-se que a cognição do Tribunal Constitucional transcende o julgamento da questão de inconstitucionalidade que constitui o objeto da peça recursal, de modo que a apreciação das demandas pode envolver matérias procedimentais com grande relevância na tramitação e resolução das demandas constitucionais. Nesse sentido, cabe ao relator verificar a existência de vícios processuais que pode incidir diretamente na instância do recurso, realizando, também, a admissão da juntada de documentos/pareceres e dirimição de incidentes (v.g., habilitação de herdeiros).

¹⁷¹ REGO, Carlos Lopes do. *Op.Cit.* p. 273.

¹⁷² Acórdão nº 90/04 do Tribunal Constitucional, de 10 de Fevereiro de 2004. [Em linha] Lisboa: Tribunal Constitucional. Disponível em <http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20040090.html>, [Consult. em 17 Jul. 2020].

Ademais, o artigo 78-B, número 1, da Lei do Tribunal Constitucional¹⁷³, define expressamente os poderes conferidos aos relatores, mencionando que compete a eles “julgar desertos os recursos, declarar a suspensão da instância quando imposta por lei, admitir a desistência do recurso, corrigir o efeito atribuído à sua interposição, convidar as partes a aperfeiçoar as conclusões das respectivas alegações, ordenar ou recusar a junção de documentos e pareceres, julgar os incidentes suscitados, mandar baixar os autos para conhecimento de questões de que possa resultar a inutilidade superveniente do recurso”.

Quanto aos efeitos do recurso por ocasião de seu recebimento, prevê o artigo 78 da LTC que ele, de forma geral, tem efeito suspensivo e sobe nos próprios autos. Contudo, pode o Tribunal Constitucional, oficiosamente e a título excepcional, fixar-lhe efeito meramente devolutivo, se, com isso, não afectar a utilidade da decisão a proferir.¹⁷⁴

Em três casos específicos, previstos nos números 1 a 3 do mesmo dispositivo, resta determinado que: i) o recurso interposto de decisão que não admita outro, por razões de valor ou alçada, tem os efeitos e o regime de subida do recurso que no caso caberia se o valor ou a alçada o permitissem; ii) o recurso interposto de decisão da qual coubesse recurso ordinário, não interposto ou declarado extinto, tem os efeitos e o regime de subida deste recurso; iii) o recurso interposto de decisão proferida já em fase de recurso mantém os efeitos e o regime de subida do recurso anterior, salvo no caso de ser aplicável o disposto no número anterior¹⁷⁵.

¹⁷³ Lei n.º 28/1982. Diário da República I Série. N.º 264 (15-11-1982).

¹⁷⁴ Lei n.º 28/82 (LTC).

¹⁷⁵ *Idem.*

3. QUESTÕES INTERPRETATIVAS: POSSIBILIDADES E EFEITOS

O ponto de partida para a fiscalização concreta de constitucionalidade é o artigo 204.º da Constituição da República Portuguesa, o qual possibilita a todos os juízes seja resguardada a Lei Fundamental, permitindo a atuação com a finalidade de garantir a primazia da ordem constitucional nos feitos submetidos a julgamento, através da verificação da validade das normas adstritas ao caso concreto. Neste estudo, são tratadas as competências, possibilidades e extensões das decisões proferidas pelos tribunais, sejam de acolhimento ou rejeição da inconstitucionalidade.

Considerando os julgamentos do Tribunal Constitucional, pode-se afirmar que a grande maioria de suas decisões configura-se no sentido da negativa da inconstitucionalidade ou decisão positiva da inconstitucionalidade da norma jurídica, de forma simples e pura, o que prevalecerá no julgamento do caso *sub judice*. Entretanto, as decisões do TC proferidas em recurso podem não se limitar aos dois tipos puros¹⁷⁶ como assinalado, haja vista a possibilidade de decisões interpretativas da norma, seja de acolhimento, seja de rejeição, que se reconduzem a “tipos intermédios”¹⁷⁷, para dar um sentido conforme a Constituição da República, nos termos da própria LTC, em seu art. 80.º/ 3.

Quando o Tribunal Constitucional não julga integralmente inconstitucional a norma, mas a interpreta conforme a Constituição, esse fato tem grande relevância para a jurisprudência portuguesa, pois ao julgar pela inconstitucionalidade parcial, o TC produz decisões redutivas ou aditivas¹⁷⁸. Diz-se redutiva a decisão quando, na verdade, a norma estava regulando mais do que devia, e aditiva quando dizia menos do que precisava.

Não se pode olvidar que a decisão proferida pelo TC, para fins de efeito concreto, faz lei entre as partes e tem efeito apenas no processo em andamento, mas não é menos verdade dizer que ela produz efeitos indiretos, além do processo, como jurisprudência, mesmo porque o Ministério Público deve fiscalizar a aplicação de norma já julgada inconstitucional pelo Tribunal Constitucional, com obrigação de interpor recurso neste caso.¹⁷⁹

Cumprir destacar, ainda, que quando a norma já foi julgada inconstitucional pelo Tribunal Constitucional, em três casos concretos, os juízes do Tribunal Constitucional podem

¹⁷⁶ CANOTILHO, JJ. Gomes, **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7.ª ed. *Ob Cit.* p.1002.

¹⁷⁷ *Idem.*

¹⁷⁸ Cf. citação de REGO, Carlos Lopes do. *Ob Cit.* p. 286.

¹⁷⁹ O Ministério Público deve interpor recurso para o Tribunal Constitucional em relação a decisões dos tribunais que apliquem norma julgada anteriormente inconstitucional pelo próprio TC, conforme art. 280.º, n.º 5, CRP).

requerer a apreciação da constitucionalidade do ato normativo em sede de fiscalização abstrata sucessiva, com organização de um processo com cópias das correspondentes decisões, no escopo de que a inconstitucionalidade seja declarada com força obrigatória geral (art.º 281.º n.º 3, CRP; art.º 82.º, LTC)¹⁸⁰.

Assim, ocorre a transfiguração da fiscalização concreta para fiscalização abstrata, como respeito ao princípio da segurança jurídica e da economia processual, porque não seria coerente que o Tribunal Constitucional voltasse a examinar a mesma norma, em inúmeros casos, prolatando sempre a mesma decisão, sem poder dar ao resultado uma força geral, *erga omnes*. Portanto, pode-se concluir que há uma decisão do TC que realiza a fiscalização concreta, mas com “efeito concentrado”.

3.1 – Interpretações da norma jurídica pelos tribunais

O constituinte português, ao criar originariamente uma estrutura de justiça constitucional, optou pelo sistema misto, integrado pela junção do sistema americano com o sistema austríaco, ou seja, uma combinação do difuso/concreto do *judicial review* com o concentrado/abstrato do *Verfassungsgerichtsbarkeit*¹⁸¹. Nesse sentido, fracionado em quatro espécies, o sistema de controle de constitucionalidade é formado pela fiscalização preventiva, abstrata, concreta e por omissão.

Em especial, será tratada a fiscalização concreta, a qual assume um papel incidental nas demandas judiciais, nas quais os tribunais são autorizados, em razão do princípio da constitucionalidade, a decidirem acerca da questão constitucional arguida, reconhecida *ex officio* pelo juiz ou pelo Ministério Público.

O conceito de “tribunal” se assenta na ideia de um órgão que desempenha função jurisdicional, ou seja, àquela resultante do exercício do poder decisório de um magistrado em sede de tutela definitiva ou cautelar. Em outro sentido, o Tribunal Constitucional firmou o entendimento de que não constituem verdadeiros tribunais os órgãos de resolução de

¹⁸⁰ Cf. ensina Jorge Miranda, “A iniciativa da passagem, da abertura do processo de fiscalização abstracta subsequente à terceira decisão concreta coincidente, pertence a qualquer dos juizes ou ao Ministério Público (art. 82.º da Lei 28/82). Não se faz oficiosamente, por deliberação do tribunal. (como sucedia, no texto inicial da Constituição, com o conselho da Revolução)” em MIRANDA, Jorge. *Ob Cit.* t. VI. p. 267

¹⁸¹ MOREIRA, Vital. **O Tribunal Constitucional Português: a “Fiscalização Concreta” no Quadro de um Sistema Misto de Justiça Constitucional**, in Revista Direito Público nº 3 – Jan-Fev-Mar/2004, Instituto Brasiliense de Direito Público. p. 63.

conflitos¹⁸², reconhecendo originariamente o vício de interposição de um possível recurso após decisão de um juízo arbitral.

A fiscalização concreta das normas se perfaz através de um direito/dever conferido aos magistrados, uma autonomia garantida pelo livre acesso à Constituição, para que estes, antes mesmo da apreciação do caso concreto, venham observar a conformidade normativa, verificando-se a adequação material, formal ou procedimental com os preceitos definidos constitucionalmente¹⁸³.

Conforme disciplina o artigo 3º, número 3, da Constituição da República Portuguesa¹⁸⁴, as leis e atos emanados do Estado, das regiões autónomas, do poder local e de outras entidades, devem estar em perfeita sintonia com a disposição jurídica constitucional. Assim, a ordem jurídica fundamental não permite a existência de atos normativos *contra constitutionem*.

Em consonância com o dispositivo supramencionado, o artigo 204 da Carta Magna Portuguesa¹⁸⁵, garante que, nos instrumentos postos a julgamento, os tribunais não podem aplicar ao caso concreto normas que estejam em desacordo com a Constituição e os princípios nela entranhados, considerando tais conteúdos normativos como inconstitucionais¹⁸⁶.

A matéria de constitucionalidade pode ser erigida em qualquer instância judicial ou fase processual, “e pode dizer respeito a qualquer tipo de norma, desde uma lei da Assembleia da República, passando por um decreto legislativo regional, até a um regulamento de uma autarquia local”¹⁸⁷.

A exigência de interpretação conforme a Constituição da República (*Verfassungskonformgesetzsauslegung*) autoriza que os tribunais comuns decidam as questões

¹⁸² É certo que, em determinados aspectos, os tribunais arbitrais não são tribunais como os outros. Não são órgãos estaduais, sendo constituídos por vontade das partes; não são órgãos permanentes, sendo constituídos para resolver um certo litígio; os árbitros não são juizes de carreira, não estando sujeitos, portanto, em alguns aspectos, ao estatuto constitucional destes. Poder-se-á invocar que o artigo 205º da Constituição define os tribunais como «os órgãos de soberania com competência para administrar a justiça em nome do povo», definição a que escapariam os tribunais arbitrais, por não serem órgãos de soberania. (Acórdão nº 230/86 do Tribunal Constitucional, de 12 de Setembro de 1986. [Em linha] Lisboa: Tribunal Constitucional. Disponível em <http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/19860230.html>, [Consult. em 21 Jul. 2020]).

¹⁸³ Devendo o juiz, antes de decidir qualquer caso concreto de acordo com essa norma, examinar (direito de exame, direito de fiscalização) se ela viola as normas e princípios da constituição. Desta forma, os juizes têm <acesso directo à constituição>, aplicando ou desaplicando normas cuja inconstitucionalidade foi impugnada (CANOTILHO, J.J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**, 7ª Ed. *Ob Cit.* p. 983).

¹⁸⁴ Cf. Art. 3.º da Constituição da República de Portugal (02-04-1976).

¹⁸⁵ Cf. Art. 204.º da Constituição da República de Portugal (02-04-1976).

¹⁸⁶ Cf. Art. 277.º, número 1: São inconstitucionais as normas que infrinjam o disposto na Constituição ou os princípios nela consignados.

¹⁸⁷ MOREIRA, Vital. *Ob Cit.* p. 75.

constitucionais de processos vinculados a sua jurisdição, de modo que as decisões proferidas (de acolhimento ou de rejeição) poderão ser revistas incidentalmente em sede recursal¹⁸⁸.

Nesse sentido, cada tribunal é competente para a apreciação de questões constitucionais relevantes para a solução do direito material ou processual que venha a ser requerida através de um processo judicial de natureza cível, penal ou administrativa, desde que dentro dos contornos exigidos em razão da matéria, hierarquia e território¹⁸⁹. Tal competência, decorrente do *judicial review*, resulta do dever do magistrado de examinar o direito aplicável ao caso, sendo o juízo responsável pela solução do que foi peticionado, portanto incongruente o envio direto ao Tribunal Constitucional - conforme leciona o sistema austríaco -; assim há apenas a possibilidade do mecanismo recursal.

Esse processo incidental de controle de constitucionalidade, caracteriza-se como oportunidade de acesso dos cidadãos à Corte Constitucional, uma “*introdução necessária*”¹⁹⁰. Porém, apesar da possibilidade de alteração da decisão do juízo *a quo* pela Corte, esta não pode atuar como instância suprema, fazendo as vezes de revisora do mérito da causa¹⁹¹.

Nesse sentido, a questão de inconstitucionalidade a ser debatida deve ser arguida perante os tribunais nos feitos que já foram submetidos a julgamento, com a finalidade de evitar o esgotamento do poder jurisdicional, diante do entendimento de que tal matéria somente deve ser invocada até o momento em que o magistrado *a quo* possa dela ter conhecimento¹⁹². Conforme outrora destacado, tais incidentes, para que tenham a devida

¹⁸⁸ A unidade e ausência de contradição na ordem jurídica impõem que a atividade de interpretação das normas se faça em conformidade com o estalão mais alto, isto é, a Constituição. Por isso o princípio da “interpretação conforme” terá o sentido de uma necessária “complementação” e desenvolvimento” face às regras tradicionais da hermenêutica jurídica geral (QUEIROZ, Cristina. *Ob Cit.* p. 217).

¹⁸⁹ CANOTILHO, Mariana. **O modelo português de justiça constitucional. Exposição, valoração crítica e possíveis contributos para um modelo europeu de justiça constitucional.** Cuadernos Críticos Del Derecho, in Revista Aletheia, número 2-2009. ISSN: 1887-0929. p. 97.

¹⁹⁰ Cf. Como bem elucidado pela autora Cristina Queiroz, “os processos de fiscalização concreta funcionam como uma espécie de “filtro” no acesso dos cidadãos ao Tribunal Constitucional. Este último poderá “revogar” a decisão do juiz *a quo* em incidente sobre questões de inconstitucionalidade, forçando o tribunal *a quo* a reformular a sua decisão de acordo com a pronúncia do Tribunal Constitucional” em QUEIROZ, Cristina. *Ob Cit.* p. 187.

¹⁹¹ Conforme dispõe o artigo, 79.º-C da Lei do Tribunal Constitucional (LTC), sobre os Poderes de Cognição do Tribunal, o TC só pode julgar a questão da inconstitucionalidade da norma, confirmando: “O Tribunal só pode julgar inconstitucional ou ilegal a norma que a decisão recorrida, conforme os casos, tenha aplicado ou a que haja recusado aplicação, mas pode fazê-lo com fundamento na violação de normas ou princípios constitucionais ou legais diversos daqueles cuja violação foi invocada”.

¹⁹² A inconstitucionalidade há-de suscitar-se antes de esgotado o poder jurisdicional do juiz sobre a matéria a que a questão de constitucionalidade versa, entendendo-se, por conseguinte, a locução durante o processo não em sentido formal que permita equacionar o problema até à extinção da instância, mas sim em sentido funcional, determinante de a invocação ocorrer em momento em que o tribunal recorrido ainda possa conhecer da questão (Acórdão nº 155/00 do Tribunal Constitucional, de 22 de Março de 2000. [Em linha] Lisboa: Tribunal

validade, somente podem ser apresentados aos verdadeiros órgãos jurisdicionais, que desenvolvam atividades de cunho jurisdicional¹⁹³, através de juízes submetidos unicamente à Constituição da República Portuguesa e às demais legislações pertinentes.

Especialmente no que tange a natureza da demanda proposta, há diversos entendimentos de que não é necessária a configuração concreta de um litígio entre as partes, razão pela qual permite-se a instauração do incidente de alegação de inconstitucionalidade nos processos de jurisdição voluntária. Assim, a expressão “feitos submetidos a julgamento” abarca tanto os processos de jurisdição contenciosa, como os processos declaratórios.

Quanto à legitimidade, destaca-se aquela conferida às partes, cuja função específica se traduz na defesa de direitos individualmente subjetivos. Ressalta-se, do mesmo modo, a legitimidade garantida aos juízes e ao Ministério Público, sendo esta resultante da defesa aos princípios da constitucionalidade e da unicidade da ordem jurídica.

Em respeito aos requisitos processuais objetivos, todas as questões levadas perante o juízo devem demonstrar a adequação ou desconformidade de certas normas em face da Constituição e dos princípios nela imiscuídos, na forma do retratado artigo 277.º da Constituição da República Portuguesa. Em continuidade, destaca-se que a “questão de constitucionalidade”, além de concreta e objetiva, deve-se caracterizar como verdadeira e própria, sendo assim, ela deverá carregar consigo uma ideia de conformidade ou desconformidade da norma perante dos dispositivos e princípios constitucionais “ou, no caso de ilegalidade, de valor reforçado (legalidade qualificada), excluindo as questões de natureza contencioso-administrativa (...), as questões de mérito da causa e as questões sobre a eventual inconstitucionalidade de decisões judiciais”¹⁹⁴.

Por fim, exige-se que a “questão de constitucionalidade” seja de ordem relevante à causa, tendo em vista que a matéria constitucional arguida no curso do processo não diz respeito à questão principal, possuindo apenas um caráter incidental, porém de extrema relevância à solução da demanda baseada em preceitos infraconstitucionais. Entende-se por relevante aquela temática decisiva para o julgamento da lide¹⁹⁵, a qual condiciona a solução

Constitucional. Disponível em <http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20000155.html>, [Consult. em 23 Jul. 2020]).

¹⁹³ No primeiro caso, deverá tratar-se de um verdadeiro “tribunal”, e não de um simples órgão de composição de conflitos, como sejam os órgãos disciplinares das ordens profissionais (QUEIROZ, Cristina. **Ob Cit.** p. 188).

¹⁹⁴ QUEIROZ, Cristina. **Ob Cit.** p. 189.

¹⁹⁵ Só quando a norma *desaplicada*, com fundamento em inconstitucionalidade (ou *aplicada*, não obstante a suspeita de inconstitucionalidade que sobre ela foi lançada) for relevante para a decisão da causa (isto é: só quando tal norma for aplicável ao julgamento do caso decidido pelo tribunal recorrido), é que se justifica a

da demanda principal à desconfiguração do problema prévio que envolve a constitucionalidade.

Nos fundamentos aplicados ao texto decisório, não basta a simples menção de inconstitucionalidade de determinada norma, para tanto o tribunal deverá efetivamente aplicar ou desaplicar a norma, segundo a hermenêutica de inconstitucionalidade ou constitucionalidade do dispositivo. Nesse contexto, a utilização ou inutilização da norma no *decisum* não necessariamente deverá ser expressa, permitindo-se a forma implícita¹⁹⁶.

O objeto da “questão de constitucionalidade” deve ser constituído, conforme mencionado, por normas que possivelmente serão aplicadas à causa, não havendo qualquer restrição quanto à natureza de tais normas, se de direito material ou processual, de modo que o pedido de cunho constitucional pode estar voltado ao direito traduzido no mérito da causa ou aos procedimentos instrumentalmente adotados no decorrer do postulado.

Há, também, a oportunidade de se apresentar como objeto os atos provenientes da faculdade privada das partes, as quais, através de ato de vontade, pactuaram obrigações jurídicas que confrontam de certo modo com a Constituição da República Portuguesa ou os seus princípios, *v.g.*, testamento com cláusulas discriminatórias ou violadoras¹⁹⁷. Contudo, este vício será classificado como ilegal por violação dos princípios de ordem pública constitucional.

Dertarte, o poder hermenêutico do magistrado pode percorrer em diversos meios normativos, desde que a questão seja determinantemente relevante ao julgamento voluntário ou contencioso do pedido, sendo possível que o juízo *a quo* decida positivamente – desaplicação da inconstitucionalidade – ou negativamente – aplicação da inconstitucionalidade –, ainda que esta última tenha sido invocada como inconstitucional pelas partes.

intervenção do Tribunal Constitucional, em via de recurso (Acórdão nº 169/92 do Tribunal Constitucional, de 06 Maio 1992. [Em linha] Lisboa: Tribunal Constitucional. Disponível em <https://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/19920169.html>, [Consult. em 23 Jul. 2020]).

¹⁹⁶ Como é sabido, os recursos interpostos de decisões negativas de inconstitucionalidade (decisões de rejeição, na terminologia italiana) pressupõem que na decisão a sindicar em sede de fiscalização concreta de constitucionalidade se haja operado, explícita ou implicitamente a aplicação de uma norma cuja conformidade constitucional tenha sido suscitada durante o processo, recusando-se desse modo o vício de inconstitucionalidade que lhe era assacado (Acórdão nº 119/90 do Tribunal Constitucional, de 18 de Abril 1990. [Em linha] Lisboa: Tribunal Constitucional. Disponível em <https://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/19900119.html>, [Consult. em 23 Jul. 2020]).

¹⁹⁷ Artigo 13. Ninguém pode ser privilegiado, beneficiado, prejudicado, privado de qualquer direito ou isento de qualquer dever em razão de ascendência, sexo, raça, língua, território de origem, religião, convicções políticas ou ideológicas, instrução, situação económica, condição social ou orientação sexual (Constituição da República de Portugal).

Das sentenças proferidas pelos tribunais, segundo delineado, cabe recurso ao Tribunal Constitucional. Essa espécie recursal é conhecida como recurso de constitucionalidade, sendo o seu objeto apenas a “questão de constitucionalidade”, independentemente do resultado proferido pelo juízo *a quo*, de aplicação ou de desaplicação do dispositivo à causa.

No que concerne às subclassificações do recurso de constitucionalidade, apresentam-se dois tipos resultantes do próprio objeto das decisões e qualidades dos recorrentes. Em um primeiro prisma, estão os vinculados ao objeto, sendo eles: o recurso de decisão positiva de inconstitucionalidade¹⁹⁸, recurso de decisão negativa de inconstitucionalidade¹⁹⁹ e recurso de decisão aplicadora²⁰⁰.

3.2 Decisões em Fiscalização Concreta

No bojo da fiscalização concreta, as decisões de desaplicação - recusa de aplicação - de normas inconstitucionais ou, em sentido contrário, a aplicação da norma nos casos de reconhecimento da inexistência de inconstitucionalidade, constituem os contornos da competência conferida pela Lei Fundamental aos tribunais. Segundo Jorge Miranda, “a fiscalização concreta pressupõe três poderes: o de determinar a norma aplicável ao caso, o de apreciar a sua conformidade com a Constituição e, como consequência o de não aplicar quando desconforme”²⁰¹.

Como os magistrados não podem se eximir de julgar as causas que lhe são propostas, em razão de problemas voltados a ordem da constitucionalidade, vislumbra-se a existência de um poder ordinário e positivo, traduzido na forma do artigo 204.º da Constituição da República Portuguesa. Registre-se que tal poder possui eficácia retroativa, tendo em vista que o juiz em análise do caso concreto, poderá aplicar normas anteriores ao se deparar com o cenário de inconstitucionalidade originária. Para Canotilho, “a recusa de aplicação de normas inconstitucionais aos casos concretos é um afloramento da ideia de que a norma inconstitucional é inválida desde a origem”²⁰². Na falta de norma a ser aplicada, pela ausência de norma anterior passível de repristinação, haja vista o reconhecimento superveniente da

¹⁹⁸ Cf. Art. 280.º, números 1 e 2 da Constituição da República de Portugal (02-04-1976).

¹⁹⁹ Cf. Art. 280.º, número 1, alínea b, da Constituição da República de Portugal (02-04-1976).

²⁰⁰ Cf. Art. 280.º, número 5 da Constituição da República de Portugal (02-04-1976).

²⁰¹ MIRANDA, Jorge. **Fiscalização de Constitucionalidade**. 1 ed. Coimbra: Almedina, 2017. ISBN: 978-972-40-7100-8. p. 72.

²⁰² CANOTILHO, J.J. Gomes; MOREIRA, Vital. **Constituição da República Portuguesa Anotada**. 4 ed. Coimbra: Almedina, 2014. p. 531.

inconstitucionalidade, o magistrado no exercício de seu poder poderá preencher o vazio legal – lacuna – através dos critérios de integração da norma – analogia, costumes e princípios gerais do direito²⁰³. Somente nos instrumentos que envolvem matéria penal, em decorrência do princípio da aplicação da norma mais favorável, este procedimento não poderá ser aplicável, na forma do disposto no artigo 29.º, número 4 da Carta Magna portuguesa.

A distinção entre a desaplicação da norma considerada inconstitucional e a aplicação de outra norma pertinente, somente se verifica nas hipóteses em que a decisão proferida pelo tribunal é passível de recurso restritivo, afeto à questão de inconstitucionalidade, conforme estipula o artigo 280.º, número 6 da Constituição da República Portuguesa, sendo voltada ao tribunal recorrido a solução do direito postulado, ou seja, o responsável por encontrar a norma a ser expressa na decisão em causa.

Precipuamente, a eficácia da decisão, em regime concreto, apresenta-se limitada, tendo em vista que se esgota no caso, possui efeitos entre as partes e constitui coisa julgada. Contudo, pode ocorrer que, conexa à decisão, haja uma outra de controle abstrato, originado através da fiscalização concreta, ou, ainda, “que a decisão de inconstitucionalidade propicie, se seguida de outras com idêntico sentido, a passagem à fiscalização abstrata”²⁰⁴.

Nesses termos, com vistas no artigo 281.º, número 3 da Constituição, “o Tribunal Constitucional aprecia e declara ainda, com força obrigatória geral, a inconstitucionalidade ou a ilegalidade de qualquer norma, desde que tenha sido por ele julgada inconstitucional ou ilegal em três casos concretos”²⁰⁵. É a mencionada passagem do controle concreto para o controle abstrato.

3.3 – Interpretações do Tribunal Constitucional

A fiscalização incidental, da qual origina os recursos de inconstitucionalidade, é reconhecida como a introdução necessária ao Tribunal Constitucional, o qual poderá revogar ou manter a decisão do juízo primevo quanto às questões voltadas a inconstitucionalidade²⁰⁶.

²⁰³ Em qualquer caso é ainda a própria norma da Constituição violada pela norma julgada inconstitucional que recebe aplicação e é porque a aplica que o tribunal desaplica a norma inconstitucional (MIRANDA, Jorge. **Fiscalização de Constitucionalidade**. 1 ed. *Ob Cit.* p. 72).

²⁰⁴ MIRANDA, Jorge. **Fiscalização de Constitucionalidade**. 1 ed. *Ob Cit.* p. 73.

²⁰⁵ Cf. Art. 281.º, número 3 da Constituição da República de Portugal (02-04-1976).

²⁰⁶ CANOTILHO, J.J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**, 7ª Ed, 2003. 7ª Ed. *Ob Cit.* p. 983.

O procedimento recursal que genericamente recebe o nome de “recurso de inconstitucionalidade” é fracionado e definido por Canotilho²⁰⁷ em duas classes: recurso por inconstitucionalidade (recurso de decisões positivas) e recurso por constitucionalidade (recurso de decisões negativas). Por sua vez, o recurso por constitucionalidade, especificamente, também é cabível ante decisões dos tribunais que rejeitam a inconstitucionalidade de preceitos normativos anteriormente declarados inconstitucionais pelo Tribunal Constitucional²⁰⁸.

Diante da limitação dos poderes cognitivos da Corte Constitucional, não lhe são atribuídas como competência as questões processuais relacionadas direta e prioritariamente ao processo base, a título de exemplo, a prescrição de um processo criminal que deve ser conhecida e valorada pelo juízo *a quo* - regime devolutivo da demanda -, mantendo-se no âmbito da competência do Tribunal Constitucional a apreciação dos impactos da decisão que porventura venha a ser proferida, após ser revisado o requisito da utilidade do recurso em sede de fiscalização concreta.

Manifestamente, de acordo com a jurisprudência portuguesa, não se adere às competências do Tribunal Constitucional a análise de nulidades ou irregularidades, ocorridas no curso da tramitação da causa em fase anterior à interposição do recurso constitucional. Ainda na forma dos entendimentos reiterados, não lhe é atribuída competência nos casos em que houver conexão entre a questão procedimental e os pressupostos processuais para a interposição de recurso ou reclamação perante o Tribunal Constitucional, no qual a vicietude suscitada perante o juízo *a quo* devesse ter sido dirimida pelo magistrado primevo, sem que o tema suscitado fosse levado ao conhecimento dos membros do Tribunal²⁰⁹.

A cognição dos membros da Corte Constitucional se limita aos argumentos de constitucionalidade feitos pelos legitimados à interposição de recurso, posto que, através do requerimento, consegue-se vislumbrar o objeto da demanda apresentada na justiça

²⁰⁷ Consagram-se dois tipos de recursos das decisões dos tribunais: (1) que recusem a aplicação de qualquer norma por inconstitucionalidade (art.280.º/1-a); (2) que apliquem norma cuja inconstitucionalidade haja sido suscitada durante o julgamento (art.280.º/1-b). Na hipótese (1), os recursos designam-se recursos por inconstitucionalidade ou recursos de decisões positivas de inconstitucionalidade; na hipótese (2) temos os recursos por constitucionalidade ou recurso de decisões negativas de inconstitucionalidade (**Idem**, p. 993).

²⁰⁸ Cf. Art. 280.º, número 5: Cabe ainda recurso para o Tribunal Constitucional, obrigatório para o Ministério Público, das decisões dos tribunais que apliquem norma anteriormente julgada inconstitucional ou ilegal pelo próprio Tribunal Constitucional.

²⁰⁹ A título de exemplo o autor Carlos Lopes do Rego menciona o Acórdão 603/94, “que incide sobre a questão, já oportunamente analisada, da não realização no tribunal “a quo” da notificação para o pagamento de multa devida como condição de tempestividade do recurso ou reclamação para o Tribunal Constitucional (REGO, Carlos Lopes do. **Ob Cit.** p. 276).

constitucional, momento em que o relator poderá proferir despacho-convite²¹⁰, chamando o recorrente aos autos, para o aperfeiçoamento e complementação da peça processual, apresentando normas ou interpretações vinculadas à temática pleitada, não sendo possível nesse aspecto qualquer alteração ampliativa ulterior a este interregno.

Os poderes de apreciação do Tribunal Constitucional estão coarctados à temática da constitucionalidade ou legalidade, em sintonia da norma ou interpretação normativa apresentadas pelo recorrente, consoante também com a tipificação do recurso interposto, seja ele originado de decisões negativas ou positivas. Entretanto, o acórdão proferido pela Corte Constitucional não deve se limitar à qualificação jurídica ou fundamento jurídico-constitucional trazidos no bojo da peça recursal ou oficiosamente apresentado pelo juízo de primevo, assim o Tribunal pode apreciar o objeto do recurso da forma como lhe aprouver, utilizando-se de normas ou princípios constitucionais diversos dos que foram apresentados no corpo dos autos.

Com efeito, observa-se que não há uma taxatividade no que diz respeito à natureza da inconstitucionalidade alegada, posto que o Tribunal possui completa liberdade para convolar um pedido de inconstitucionalidade material em orgânica²¹¹, sendo fungível as espécies de acordo com a hermenêutica da legalidade de cada caso.

Um ponto que gera polémica refere-se à possibilidade do Tribunal Constitucional proceder à interpretação da norma, que teve impugnada a constitucionalidade. É certo que a cognição do Tribunal Constitucional não pode ser afastada, sempre que ela se mostre absolutamente necessária para apreciação da constitucionalidade. Desde o Acórdão n.º 2/84²¹² ficou reconhecido que o Tribunal Constitucional não pode ser cerceado de seus poderes cognitivos em face da decisão anterior não transitada em julgado, pois isso seria negar-lhe a fiscalização concreta que a Constituição da República assegura-lhe.

²¹⁰ Art. 75-A, número 5: Se o requerimento de interposição do recurso não indicar algum dos elementos previstos no presente artigo, o juiz convidará o requerente a prestar essa indicação no prazo de 10 dias; Número 6: O disposto nos números anteriores é aplicável pelo relator no Tribunal Constitucional, quando o juiz ou o relator que admitiu o recurso de constitucionalidade não tiver feito o convite referido no nº 5 (**Lei n.º 28/1982**. Diário da República I Série. N.º 264 (15-11-82).

²¹¹ Para além da inconstitucionalidade orgânica que os recorrentes assacam àquele preceito legal, assacam-lhe também o vício de inconstitucionalidade material por violação dos artigos 13º, nº 1 e 59º, nº 1, alíneas a) e) da Constituição (Acórdão nº 664/97 do Tribunal Constitucional, de 05 de Novembro de 1997. [Em linha] Lisboa: TC. Disponível em <http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/19970664.html>, [Consult. em 21 Jul. 2020]).

²¹² Acórdão 02/84 do Tribunal Constitucional, de 11 de Janeiro de 1984. [Em linha] Lisboa: Tribunal Constitucional. Disponível em <http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/19840002.html>, [Consult. em 16 Nov. 2017]

Entretanto, esta forma de interpretação do Tribunal Constitucional deve prevalecer sempre que o fundamento para o afastamento da interpretação do direito ordinário realizado pelo tribunal *a quo* ocorrer por motivos de inconstitucionalidade, conforme restou decidido no Acórdão n.º 304/94²¹³.

Enfim, mesmo com todas as limitações aos poderes cognitivos em instância superior, o Tribunal Constitucional possui uma autonomia relativa para a reformulação das decisões proferidas em grau inferior. Assim, se o juízo primevo tinha decidido pela desaplicação da norma, diante de uma inconstitucionalidade e a Corte posteriormente ratifica tal entendimento, não há nessa situação específica a necessidade de alteração da sentença. Em sentido diverso, se o tribunal de origem desaplicar a norma, “o Tribunal Constitucional entende que a norma não é inconstitucional, o tribunal recorrido deverá reformular a sua decisão, aplicando a norma e retirando dessa aplicação todas as necessárias consequências jurídicas”²¹⁴.

O mesmo ocorre caso o juiz *a quo* entenda pela constitucionalidade da norma e a Corte Constitucional a recusa, julgando-a como inconstitucional, motivo pelo qual o tribunal competente para o julgamento da causa deverá readequar a sua decisão, resolvendo estas e as demais questões vinculadas ao caso concreto.

As decisões delineadas no parágrafo anterior constituem decisões interpretativas²¹⁵, tendo em vista que, para uma hermenêutica conforme a Constituição e sua matriz principiológica, “a Corte Constitucional deverá demonstrar quais interpretações que invalidam a norma e quais as que lhe garantem subsistência válida no ordenamento jurídico. Isto é, declara, expressa ou implicitamente, algumas interpretações inconstitucionais ou ilegais e outras não inconstitucionais ou ilegais”²¹⁶.

Assim, decisões proferidas pela Corte Constitucional podem ser simples, nas quais se julga pura e diretamente a inconstitucionalidade ou a constitucionalidade da norma. Lado

²¹³ Acórdão 304/94 do Tribunal Constitucional, de 24 de Março de 1994. [Em linha] Lisboa: Tribunal Constitucional. Disponível em <http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/19940304.html>, [Consult. em 16 Nov. 2017]

²¹⁴ RIBEIRO, Ana Teresa; BOTELHO, Catarina Santos; FOLHADELA, Inês; VAZ, Manuel Afonso; CARVALHO, Raquel. **DIREITO CONSTITUCIONAL: O sistema constitucional português**, 2ª Ed, 2015. ISBN 978-989-8366-931. p. 179.

²¹⁵ Artigo 80.º, número 3: No caso de o juízo de constitucionalidade ou de legalidade sobre a norma que a decisão recorrida tiver aplicado, ou a que tiver recusado aplicação, se fundar em determinada interpretação da mesma norma, esta deve ser aplicada com tal interpretação no processo em causa (Constituição da República de Portugal, 02-04-1976).

²¹⁶ Acórdão nº 128/84 do Tribunal Constitucional, de 12 de Dezembro de 1984. [Em linha] Lisboa: TC. Disponível em <https://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/19840128.html>, [Consult. em 23 Jul. 2020].

outro, também é possível que o Tribunal se pronuncie por meio de decisões intermediárias e interpretativas (de acolhimento ou rejeição), reconhecendo a adequação ou inadequação da interpretação adotada pelo tribunal comum com os dispositivos elencados pela Carta Magna Portuguesa. Tal competência somente lhe é conferida, pois, além de guardião da Constituição, o Tribunal Constitucional é o guardião da certeza e da segurança jurídica.

3.4. Decisões Intermédias

A noção de Justiça Constitucional e os seus contornos têm sofrido diversas mutações ao longo de sua história. Por essa razão, parte da doutrina portuguesa, autores como Rui Medeiros e Vitalino Canas, reconhecem novos aspectos de constitucionalismo e admitem a possibilidade de criação de outros instrumentos de decisão constitucional.

Em sentido diverso aos meios clássicos de fiscalização de constitucionalidade – e das decisões simples –, as decisões intermédias ainda são uma novidade que depende da adequação com o ordenamento, a jurisprudência e a posição doutrinária. Em grande parte dos países europeus, já se reconhece que a dicotomia clássica entre as decisões de acolhimento e rejeição não se revela suficiente ao estabelecimento da Justiça Constitucional²¹⁷.

Tais figuras decisórias somente tiveram origem quando os magistrados se atentaram que poderiam criar Direitos. Quanto a esta possibilidade, a doutrina é medianamente unânime, reconhecendo que o marco motivador de tal legitimidade pode ter como origem a ordem política e a ordem jurídica constitucional.²¹⁸

Diante desse cenário de mutações, pode-se dizer que as decisões interpretativas tiveram uma gênese natural, tendo em vista que surgem de uma das funções mais básicas

²¹⁷ Hoje, na Alemanha, em Itália, em Espanha, em França, e também entre nós, a dicotomia clássica entre as decisões de acolhimento e de não acolhimento revela-se insuficiente, havendo mesmo quem proponha, em alternativa, outros modelos de efeitos da declaração de inconstitucionalidade, distintos dos estabelecidos na Constituição ou nas diferentes leis orgânicas (QUEIROZ, Cristina. *Ob Cit.* p. 232)

²¹⁸ Cf. O autor Bernardo de Castro aponta razões comuns para o surgimento da figura jurídica das decisões intermédias, “como o afastamento do pensamento legalista exegético após a Segunda Guerra Mundial; o aumento de desconfiança em torno da lei, o que levou a evolução para sistema de heterocontrolo, o reforço do papel dos tribunais constitucionais e das funções de controlo, assim como a necessidade de moderar os efeitos nefastos das decisões positivas de inconstitucionalidade de modo a proteger tais direitos e expectativas” em CASTRO, Bernardo de. **As sentenças de interpretação conforme à Constituição. Análise dos limites jurídico-funcionais do Tribunal Constitucional nas relações com as demais jurisdições**, in Revista Eletrônica de Direito Público, vol. 3, n.º 2, Novembro de 2016. p. 236 [Consult. em 27 Jul. 2020]. Disponível em: www.e-publica.pt.

conferidas à Justiça Constitucional: a interpretação²¹⁹. Ressalta-se, ainda, que as decisões intermédias se fazem presente em termos constitucionais, o que comprova a pertinência e permissibilidade dessas decisões.

Destaca-se a relevância da correta interpretação das diretrizes constitucionais, de modo que se reconhece que o alcance da jurisdição constitucional depende da hermenêutica constitucional adotada ao caso concreto. No entanto, apesar da real importância das questões de ordem interpretativa, verifica-se que a fiscalização de constitucionalidade resulta em uma série de problemas quando confrontada com o princípio da separação dos poderes.

Há de se lembrar que o “conflito” entre o poder legislativo e o poder judicial sempre esteve presente, no entanto observa-se um possível aumento dessa tensão. Conforme destacado por Maria Benedita Urbano, a tensão entre os poderes legislativo e judiciário tem se agudizado, “com efeito, o juiz constitucional tem vindo paulatinamente a cercear a liberdade de acção e conformação dos outros poderes do Estado, com particular destaque para o legislativo”²²⁰, ainda que esta não seja a modalidade reinante em Portugal.

Segundo a teoria kelsiana, o Tribunal Constitucional foi criado para agir como um “inibidor legislativo”, quando a sua atuação ocorre antes do fato, e como um “legislador negativo”, quando a sua atuação é posterior ou se dá em grau recursal, ao julgar casos em sede de fiscalização concreta. Essa tese, assim como a de Otto Bachoff, que considera que à Corte não compete a correção do “mau direito”, mas tão somente “não aplicar o não direito”, foram superadas pela doutrina moderna, de modo que se entende que o juiz constitucional não deve apenas servir como “boca de lei”, mas também não se aceita que se comporte como um novo legislador²²¹. Sendo assim, os magistrados são plenamente livres, no que diz respeito à atuação jurisdicional, sem, contudo, reduzir a liberdade do legislador ordinário.

²¹⁹ A interpretação jurídica deve ser não só objetivista como evolutiva (MIRANDA, Jorge. “**Caducidade de normas constitucionais**”, Comunicação em 24 de Abril de 2014 ao Seminário sobre mutações constitucionais, promovido pelo Instituto de Ciências Jurídico-Políticas da FDUL, in O Direito, Lisboa, A., 146, n.º 2, 2014. p. 287).

²²⁰ URBANO, Maria Benedita. **Curso de Justiça Constitucional** – Evolução Histórica e Modelos do Controlo da Constitucionalidade, 2.ª edição, Almedina: Coimbra, 2016. p. 96.

²²¹ DUARTE, Marta Raquel Cabral. **As sentenças intermédias na Justiça Constitucional Portuguesa. Revisitação do tema a propósito da jurisprudência da crise**. Dissertação de Mestrado. Universidade de Coimbra. Julho de 2017. p. 44 [Consult. em 27 Jul. 2020]. Disponível em: <https://eg.uc.pt/bitstream/10316/84260/1/disserta%C3%A7%C3%A3o%20para%20entrega.pdf>.

Assim, segundo Vitalino Canas “o Tribunal Constitucional pode emitir decisões atípicas quanto ao objecto, quanto ao conteúdo e quanto aos efeitos”²²² sendo que as decisões quanto ao objeto são as interpretativas, redutivas, aditivas e as substitutivas. Quanto ao conteúdo, de aviso, injuntivas, apelativas ou diretivas.

Dentre os tipos acima mencionados, a espécie que mais gera controvérsia é a decisão interpretativa, a qual ainda se ramifica em de acolhimento e de rejeição. A primeira é voltada à declaração de inconstitucionalidade da norma, enquanto na segunda ocorre o reconhecimento de constitucionalidade da norma²²³. Em ambos os casos, aplica-se o princípio da interpretação conforme a Constituição.

A decisão de acolhimento se constitui quando uma norma é reconhecida por sua constitucionalidade em sede de julgamento pelo juiz *a quo*, contudo o Tribunal, diante de sua ampla interpretação do caso, vislumbra a inconstitucionalidade da norma, “i) por considerar manifestamente insustentável a interpretação da norma no sentido da constitucionalidade feita por esse tribunal; ii) entender que os sentidos possíveis e razoáveis da norma conduzem à sua inconstitucionalidade”²²⁴.

No que tange à decisão interpretativa de rejeição, pode-se dizer que ela ocorre quando determinada norma é julgada inconstitucional pelo tribunal de origem, contudo, posteriormente, a Corte superior reformula a decisão, conferindo à norma o *status* de constitucionalidade, observando-a como expressa ou implicitamente adequada à Carta Magna e aos princípios nela exprimidos. Ressalta-se que tal decisão confronta diretamente a hermenêutica adotada pelo tribunal recorrido, o que é plenamente permitido, conforme o disposto no artigo 80.º, número 3 da Lei do Tribunal Constitucional²²⁵.

²²² CANAS, Vitalino. **Os efeitos das decisões do Tribunal Constitucional: a garantia da segurança jurídica, da equidade e do interesse público**. in Revista Brasileira de Direito Constitucional, nº. 2, jul./dez. 2003. p. 228, [Consult. em 24 Jul. 2020]. Disponível em: <https://core.ac.uk/reader/229509862>.

²²³ Se o TC entender que certa “norma só não é inconstitucional se interpretada em certo sentido, o tribunal da causa deve aplicar essa norma exatamente com esse sentido, mas o TC deve deixar aos tribunais originários a tarefa posterior de estabelecer nova interpretação, uma vez que tal missão recai no seu âmbito de atuação e de definição do direito aplicável (CANAS, Vitalino. **Introdução às Decisões de Provimento do Tribunal Constitucional** (Conteúdo, Objeto, Efeitos), 2.ª edição, Associação Acadêmica da Faculdade de Direito de Lisboa, 1994).

²²⁴ CANOTILHO, J.J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**, 7ª Ed, 2003. 7ª Ed. *Ob Cit.* p. 1002.

²²⁵ Nesse sentido leciona o autor Vitalino Canas: “nas decisões interpretativas de rejeição o juiz constitucional julga não inconstitucional uma certa (ou mais do que uma) interpretação da norma, que pode, por isso, ser aplicada (sem se pronunciar ou afastar expressamente qualquer outra interpretação) com tal interpretação (ou com uma delas) em CANAS, Vitalino. *Ob cit.* p. 228, [Consult. em 24 Jul. 2020]. Disponível em: <https://core.ac.uk/reader/229509862>.

Ainda sobre a decisão interpretativa de rejeição em sede de fiscalização concreta, a doutrina se divide, tendo em vista que a relação entre a Corte Constitucional e os demais tribunais se sujeita a um extremo cuidado, para que esta não venha impor a sua hermenêutica da norma. Dessa forma, sem a medida exata do conteúdo decisório, corre-se o risco de ofensa ao princípio da independência interpretativo-decisória dos tribunais.

Conforme retratado supra, as decisões interpretativas tanto de acolhimento como de rejeição se baseiam no princípio da interpretação conforme, sendo assim a norma pode ser reconhecida como constitucional apenas pela possibilidade de sua interpretação ainda ser compatível com a Constituição da República Portuguesa e os seus princípios.

Entretanto, o princípio da interpretação conforme a Lei Fundamental é limitado por dois ditames. A hermenêutica adotada não pode ir além dos sentidos possíveis da própria norma e, lado outro, a Corte Constitucional deve sempre observar com máximo respeito à liberdade do legislador, sem intervir em seu juízo de oportunidade, conveniência e adequação.

Concluindo, a destacada decisão interpretativa e o princípio da interpretação conforme, traduz-se como a razão de ser de ambos no pensamento de continuidade e conservação da ordem jurídica, garantindo a segurança jurídica e a idealização de uma unidade, sempre considerando o todo jurídico.

Superadas as decisões interpretativas de acolhimento e rejeição, cumpre estabelecer os parâmetros que concernem à decisão redutiva,²²⁶ a qual ainda se subdivide em quantitativa e qualitativa. Para Vitalino Canas²²⁷ as decisões quantitativas são aquelas nas quais se reconhece a inconstitucionalidade parcial da norma, “por simples cisão, ou expurgação de sinais linguísticos que a componham; as segundas – qualitativa - são aquelas em que se declara a inconstitucionalidade da norma – no seu conjunto – enquanto a sua previsão abranja uma certa situação”²²⁸. Em tais decisões, são observados os limites traçados pela exigência

²²⁶ “Sentenças redutora”, isto é, aquelas que declarem o preceito inconstitucional “na parte em que”, quando” prevê ou inclui “algo” contrário à norma fundamental. Neste caso, a inconstitucionalidade não afecta o texto da norma, apenas o seu conteúdo normativo, o que poderá considerar-se um vício de inconstitucionalidade “por excesso” (QUEIROZ, Cristina. *Op.Cit.* p. 247).

²²⁷ Nesse sentido leciona o autor Vitalino Canas: “nas decisões interpretativas de rejeição o juiz constitucional julga não inconstitucional uma certa (ou mais do que uma) interpretação da norma, que pode, por isso, ser aplicada (sem se pronunciar ou afastar expressamente qualquer outra interpretação) com tal interpretação (ou com uma delas) em CANAS, Vitalino. *Op.Cit.* p. 228, [Consult. em 24 Jul. 2020]. Disponível em: <https://core.ac.uk/reader/229509862>.

²²⁸ Desta forma, estas decisões podem ser “horizontais”/“quantitativas” – quando a inconstitucionalidade recai sobre uma “das disposições” ou até, sobre um período ou frase do texto – ou “qualitativa”/“ideal”/“vertical”, hipótese mais comum, em que o vício atinge apenas uma “certa dimensão ou segmento do seu conteúdo dispositivo (CORREIA, Fernando Alves. *Justiça Constitucional*, 1.ª Edição, Almedina, Coimbra, 2016. p. 301).

miníma de sintonia entre a hermenêutica adotada pelo agente munido do poder jurisdicional e o pensamento do legislador ao dar vida à norma jurídica, ou concretização dos preceitos que o legislador já havia preparado e vinculado.

Dentre as decisões intermédias, atípicas mostram-se ainda as aditivas²²⁹, adjuntivas ou integrativas. Nesse grupo, o dispositivo normativo é omissivo, na medida em que deixa de vislumbrar certas situações, de modo que o magistrado tem que atuar na diminuição ou afastamento completo dos riscos que tal lacuna pode ocasionar aos jurisdicionados. Para Maria Benedita²³⁰, essas decisões “expandem o conteúdo normativo do preceito sindicado, acrescentando um elemento sem o qual ele seria considerado inconstitucional”. Contudo, a natureza dessa decisão não está ausente de críticas, segundo Vital Moreira, os magistrados “agem a descoberto da legitimidade própria da justiça constitucional e entram diretamente em choque com o princípio da maioria e com a repartição de funções entre o legislador (...) e o juiz constitucional (...)”²³¹.

A quarta espécie, decisão substitutiva²³², como a própria terminologia já diz, implica na “substituição do regime contido no preceito declarado ou julgado inconstitucional, em consequência da inconstitucionalização – parte – de um preceito”²³³. Nesse sentido, o juiz constitucional age substituindo o regime previsto pelo legislador, ao menos em parte.

Quanto ao conteúdo, ainda que tal distinção seja difícil na prática, cumpre destacar cada uma de suas espécies. A primeira delas é a decisão de aviso, a qual é proferida nos casos em que o Tribunal Constitucional vislumbra a presença de uma inconstitucionalidade deslizando e logo “emite uma espécie de *early warning* ao legislador”²³⁴, a fim de informá-lo

²²⁹ “Sentenças aditivas”, aquelas que indicam que uma disposição deve ser declarada inconstitucional “enquanto prevê”, ou “não inclui”, ou “exclui” “algo” que deveria incluir para que possa ser considerada conforme à Constituição. Trata-se, no caso, de uma inconstitucionalidade “por defeito”, mas que igualmente não acarreta declaração de inconstitucionalidade do inciso do texto da norma ou enunciado linguístico. Estas decisões contêm uma parte “aditiva” e outra parte na qual se assinala uma inconstitucionalidade por “omissão (não autonomizada como tal no Direito Constitucional italiano). Nesta última hipótese, não corresponde ao Tribunal Constitucional a determinação concreta da exigência constitucional (QUEIROZ, Cristina. *Op.Cit.* p. 247).

²³⁰ URBANO, Maria Benedita. *Op.Cit.* p. 112.

²³¹ *Idem*, p. 114.

²³² “Sentenças substitutivas”, isto é, aquelas nas quais se determina a inconstitucionalidade do preceito “enquanto prevê” ou “assinala” “algo”, “em lugar de” outra coisa que deveria prever para ser considerada em conformidade com a Constituição. Estas decisões operam uma “substituição” de parte do conteúdo normativo de um preceito por outro que o Tribunal Constitucional assinala na fundamentação das respectivas pronúncias (QUEIROZ, Cristina. *Op.Cit.* p. 247).

²³³ CORREIA, Fernando Alves *Op.Cit.* p. 319.

²³⁴ CANAS, Vitalino. **Os efeitos das decisões do Tribunal Constitucional: a garantia da segurança jurídica, da equidade e do interesse público.** in Revista Brasileira de Direito Constitucional, nº. 2, jul./dez. 2003. p. 227 [Consult. em 24 Jul. 2020]. Disponível: <https://core.ac.uk/reader/229509862>.

sobre a necessidade de elaboração de uma nova norma para substituir aquela que está para ser declarada inconstitucional.

No caso das decisões injuntivas, a Corte Constitucional não se limita a um simples aviso e logo emite um comando ao legislativo, impondo a emissão de uma nova legislação, dentro de um prazo determinado, para a substituição daquela legislação que será declarada inconstitucional.

Nas decisões apelativas ou diretivas, a Corte Constitucional reconhece a inconstitucionalidade e estabelece parâmetros essenciais à norma alternativa a ser elaborada, para que o órgão legislador realize a sua criação. Como se percebe, as decisões quanto ao conteúdo invadem o espaço do poder legislativo, contudo não podem ser confundidas com as “decisões normativas”, nas quais o Tribunal Constitucional, de fato, cria uma legislação temporária, a qual irá vigorar até que o legislador emita uma outra em substituição àquela.

Destaca-se que tais sugestões, apresentadas pelo Tribunal Constitucional, não possuem força vinculante e não são exigíveis a qualquer órgão com função legislativa. Em casos de descumprimento, a Corte pode apenas censurar a inércia do legislador, contudo sem nenhuma consequência jurídica. Observa-se que tais decisões detêm grande importância no âmbito da fiscalização abstrata.

Vislumbra-se a garantia das liberdades conferidas aos juízes constitucionais e, em reflexão acerca da natureza do Tribunal Constitucional, verifica-se seu caráter de “guardião da segurança jurídica, da equidade e do interesse público de excepcional relevo”²³⁵, uma vez que as decisões ali proferidas são repletas por lições pedagógicas e auxílio direto ao legislador. Vitalino Canas ainda ressalta que “não se pode dizer, sequer, que haja uma intervenção no domínio do legislador tão forte quanto à intervenção decorrente de algumas decisões atípicas quanto aos efeitos pacificamente admitidas”²³⁶.

As decisões intermédias, quanto ao objeto, na forma do artigo 282, número 4, da Constituição da República de Portugal, são permissíveis também na fiscalização concreta, ainda que não sejam expressamente admitidas, tendo em vista que não há no ordenamento jurídico nenhuma proibição a esse respeito.

²³⁵ CANAS, Vitalino. **O Tribunal Constitucional: órgão de garantia da segurança jurídica, da equidade e do interesse público de excepcional relevo**, in Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Armando Marques Guedes, FDUL, 2004, Coimbra Editora. p. 114.

²³⁶ *Idem*. p. 115.

3.5 - Efeitos da Decisão

No bojo da fiscalização concreta, os efeitos da decisão proferida pelo Tribunal Constitucional voltam-se apenas ao caso concreto, vinculando tão somente os litigantes (*inter partes*), resolvendo-se a questão de inconstitucionalidade especificamente voltada a determinado processo através da consagração da coisa julgada²³⁷. Assim, caso o tribunal *a quo* tenha decidido pela inconstitucionalidade do dispositivo impugnado e a Corte Constitucional posteriormente confirme tal entendimento, não ocorrerá a reformulação do conteúdo decisório inscrito na sentença. Lado outro, sucederá nos casos em que o tribunal primevo decide pela desaplicação da norma e, em alteração, o Tribunal rejeite a inconstitucionalidade, reformulando a decisão e aplicando as demais consequências jurídicas, resolvendo a lide com outros dispositivos normativos aplicáveis a demanda.

Revolvendo aos efeitos da coisa julgada no processo, segundo J.J. Gomes Canotilho “a decisão do TC (1) faz caso julgado formal, impedindo que a questão volte a ser retomada no processo; (2) faz caso julgado material no processo no que respeita à questão de inconstitucionalidade suscitada”²³⁸.

Deve ser mencionado, ainda, que, no recurso voltado exclusivamente à questão incidental de inconstitucionalidade ou ilegalidade, a decisão do Tribunal Constitucional deve ser restrita, sem que haja qualquer interferência na matéria de fundo, na lide principal do processo originário. Destarte, a Corte Constitucional não é uma superinstância com a possibilidade de alteração do mérito da causa. Entretanto, mostra-se complexa a separação da inconstitucionalidade da norma da própria decisão recorrida ou ato julgado, o que acontece nos casos de discrepância entre a hermenêutica adotada pelo tribunal com os próprios ditames constitucionais.

Pode-se ponderar que, em algumas situações, é inevitável a atuação do Tribunal Constitucional²³⁹, sendo o recurso interposto um verdadeiro amparo, caso em que faz as vezes de protetor da constitucionalidade e legalidade, possuindo o poder para revogar total ou parcialmente a decisão recorrida, bem como para determinar que o tribunal prolator da

²³⁷ Art. 80, número 1: A decisão do recurso faz caso julgado no processo quanto à questão da inconstitucionalidade ou ilegalidade suscitada (Constituição da República de Portugal, 02-04-1976).

²³⁸ CANOTILHO, J.J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**, 7ª Ed, 2003. *Op.Cit.* p. 1000.

²³⁹ Pode questionar-se se este alargamento à inconstitucionalidade parcial vertical, intelectual ou qualitativa, da competência do Tribunal Constitucional não acaba por retirar totalmente ao tribunal *a quo* o poder que o artigo 204.º tão impressivamente lhe conferiu (RIBEIRO, Ana Teresa; BOTELHO, Catarina Santos; FOLHADELA, Inês; VAZ, Manuel Afonso; CARVALHO, Raquel. *Op.Cit.* p. 180).

sentença providencie a sua reforma, colocando-a em estrita conformidade com as decisões e interpretações do próprio Tribunal Constitucional, na forma descrita no artigo 80.º, número 2, da Lei n.º 28/1982.

Tratando-se das decisões com juízo de constitucionalidade, abordadas como decisões negativas de inconstitucionalidade, aquelas proferidas pela Corte Constitucional possuem força vinculante ao processo base, de forma que o juiz *a quo* resolve a demanda aplicando a norma impugnada. Nesse sentido, expõe J.J. Gomes Canotilho que a decisão do Tribunal Constitucional que rejeitar a inconstitucionalidade ou ilegalidade da norma, “vincula o tribunal recorrido (e quaisquer outros tribunais que eventualmente venham a conhecer do processo), não podendo a norma vir a ser desaplicada por motivo de inconstitucionalidade ou de ilegalidade”²⁴⁰

Ademais, a Corte Constitucional também profere decisões interpretativas de rejeição e de acolhimento, na forma do artigo 80.º, número 3, da Lei do Tribunal Constitucional (LTC), segundo o qual os efeitos vinculados ao processo de primeira instância ficam adstritos à interpretação dada pelo Tribunal Constitucional, ainda que esta seja contrária à hermenêutica adotada pelo juízo do Tribunal inferior, em análise da demanda.

Por derradeiro, a fiscalização concreta de inconstitucionalidade ainda dá origem a outro efeito colateral expresso no artigo 280.º, número 5, da Constituição da República de Portugal. Esse efeito garante o retorno à Corte Constitucional, na forma de recurso obrigatório a ser interposto pelo Ministério Público, das decisões que apliquem normas, já julgadas inconstitucionais anteriormente pelo Tribunal, assegurando direito ao duplo grau de jurisdição em matéria de ordem constitucional, que, no entanto, não se configura como uma uniformização de julgados.

²⁴⁰ Nesse sentido, expõe o Professor J.J. Gomes Canotilho: “a decisão do TC, rejeitando a inconstitucionalidade ou ilegalidade de uma norma impugnada, vincula o tribunal recorrido (e quaisquer outros tribunais que eventualmente venham a conhecer do processo), não podendo a norma vir a ser desaplicada por motivo de inconstitucionalidade ou de ilegalidade” em CANOTILHO, J.J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**, 7ª Ed, 2003. *Ob Cit.* p. 1001.

4. LEGITIMIDADE DO TRIBUNAL CONSTITUCIONAL NA APLICAÇÃO DE EFEITOS RESTRITOS

4.1 - Previsão Constitucional dos Efeitos Restritos

Conforme dispõe o Art. 282.º, 4, da Constituição da República de Portugal: “Quando a segurança jurídica, razões de equidade ou interesse público de excepcional relevo, que deverá ser fundamentado, o exigirem, poderá o Tribunal Constitucional fixar os efeitos da inconstitucionalidade ou da ilegalidade com alcance mais restrito do que o previsto nos n.os 1 e 2.”²⁴¹ Assim, o Tribunal Constitucional, ao decidir o recurso interposto sobre a questão da constitucionalidade, poderá modular os efeitos de sua decisão, de forma a resguardar o interesse público de excepcional relevo, sempre fundamentando a decisão como destaca Jorge Miranda²⁴².

Cuida-se dos chamados efeitos restritos ou modulados da decisão que julga a inconstitucionalidade da norma impugnada. É notório que a norma tida como inconstitucional pelo Tribunal Constitucional não pode produzir efeitos, haja vista que, se é inconstitucional, o é *ab ovo*, ou seja, desde o nascedouro. A declaração de inconstitucionalidade, então, vai tirar do mundo jurídico aquela legislação que não foi elaborada em conformidade com as regras constitucionais.

Entretanto, como ficou ressalvado na Constituição da República, existem julgamentos que envolvem situações excepcionais, em que o interesse público e a segurança jurídica devem ser preservados, nada obstante tenha que se reconhecer a validade parcial da norma julgada. Essa é uma forma de se evitar ou, no mínimo, de diminuir os problemas decorrentes da eficácia *ex tunc* da decisão.

Sendo assim, o afrouxamento dos efeitos acarretados pelo reconhecimento da inconstitucionalidade da norma, no tempo, atua na preservação de fatos jurídicos relacionados

²⁴¹ CRP, Art. 282,4.

²⁴² Segundo o art. 282.º, n.º 4, quando a segurança jurídica, razões de equidade ou interesse público de excepcional relevo, que deverá ser fundamentado, o exigirem, poderá o Tribunal Constitucional fixar os efeitos da inconstitucionalidade ou da ilegalidade com alcance mais restrito do que o previsto em geral — quer dizer, eventualmente reduzindo o âmbito de aplicação retroactiva da declaração (que, no limite, poderá vir a só produzir efeitos para o futuro) e, quanto à inconstitucionalidade originária, obstando à repristinação de norma anteriormente revogada. Nas razões justificativas da ponderação dos efeitos indicam-se razões estritamente jurídicas — a segurança e a equidade, a primeira de incidência mais objectiva, a segunda de incidência mais subjectiva — e uma razão estritamente política — interesse público de excepcional relevo; e por isso, este interesse tem de ser fundamentado (MIRANDA, Jorge. *Ob Cit.* tomo II. p. 502-503).

à vida cotidiana que já estão consolidados. Nesse sentido, Jorge Miranda entende que o ensejo dos efeitos da inconstitucionalidade destina-se também “a evitar que, para fugir a consequências gravosas da declaração, o Tribunal Constitucional viesse a não decidir pela ocorrência de inconstitucionalidade; é uma válvula de segurança da própria finalidade e da efetividade do sistema de fiscalização”²⁴³.

Para a doutrina e a jurisprudência, a fixação dos efeitos pela Corte Constitucional, legitima a segurança jurídica, bem como impedem a pronúncia de decisões arbitrárias, tendo como base o princípio da proporcionalidade. Na visão de Rui Medeiros, “a segurança jurídica e equidade, não esgotavam o universo dos valores últimos do direito que, em situações manifestamente excepcionais, podiam justificar uma limitação de efeitos”²⁴⁴.

A limitação dos efeitos pode se representar através da: a) fixação da inconstitucionalidade apenas após a decisão e/ou sem reprimenda; b) reconhecimento da inconstitucionalidade, porém com a suspensão dos efeitos durante certo lapso temporal; c) reconhecimento da inconstitucionalidade sem a aplicação dos efeitos, ou sem pronúncia de nulidade²⁴⁵.

A primeira classificação acima descrita, de maior relevância ao presente estudo, segue o disposto pelo já mencionado artigo 282.º, número 4 da Constituição da República de Portugal, segundo o qual em garantia da segurança jurídica, da equidade e do interesse público, se fundamenta e se permite a fixação dos efeitos da inconstitucionalidade ou da ilegalidade, com certa restrição²⁴⁶.

²⁴³ Como descreve Bachof, os tribunais constitucionais consideram-se não só autorizados, mas inclusivamente obrigados a ponderar as suas decisões, a tomar em consideração as possíveis consequências destas. É assim que eles verificam se um possível resultado da decisão não seria manifestamente injusto, ou não acarretaria um dano para o bem público, ou não iria lesar interesses dignos de proteção de cidadãos singulares. Não pode entender-se isto, naturalmente, como se os tribunais tomassem como ponto de partida o presumível resultado da sua decisão e passassem por cima da Constituição e da lei em atenção a um resultado desejado (MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito Constitucional**, 3. ed., Coimbra: Almedina, 1991, t. 2, p. 500).

²⁴⁴ MEDEIROS, Rui. **A Decisão de Inconstitucionalidade**, Lisboa: Editora Universidade Católica, 1999. ISBN 972-005-40-0005-4p. 703.

²⁴⁵ Nos casos das alíneas b) e c) pode também falar-se em decisões apelativas, na medida em que nelas está implícito (ou explícito) o apelo ao legislador para que reponha a constitucionalidade (MIRANDA, Jorge. **Fiscalização de Constitucionalidade**. 1 ed, *Ob Cit.* p. 89).

²⁴⁶ Em sentido semelhante no Brasil, o artigo 27 da Lei nº 9.868, de 10 de novembro de 1999, declara que “ao declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, e tendo em vista razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social, poderá o Supremo Tribunal Federal, por maioria de dois terços de seus membros, restringir os efeitos daquela declaração ou decidir que ela só tenha eficácia a partir de seu trânsito em julgado ou de outro momento que venha a ser fixado”.

4.2 – A Previsão dos Efeitos Restritos no Direito Comparado

A garantia da supremacia constitucional condiciona diretamente a nulidade dos atos normativos considerados inconstitucionais. No entanto, a aplicação desmedida da nulidade pode resultar em um estado de insegurança jurídica, razão pela qual se justifica a mitigação dos efeitos da decisão que reconhece a inconstitucionalidade da norma jurídica, durante determinado lapso temporal.

Em outros países é possível verificar na jurisprudência, que existe a mesma cautela na declaração da inconstitucionalidade, mesmo que não haja previsão legal dos efeitos restritos.

Mauro Cappelletti, ao referir-se ao controle difuso americano e os efeitos modulados já se pronunciou que nos Estados Unidos, pátria do controle difuso, há uma tendência à atenuação do dogma da retroatividade, porque "o passado nem sempre pode ser apagado por uma nova declaração judicial..."²⁴⁷

A doutrina americana classicamente defendeu a nulidade da norma considerada inconstitucional. Nesse sentido, Ricardo Ribeiro Campos menciona que “a particular fraseologia da Constituição dos Estados Unidos confirma e fortalece o princípio, que se supõe essencial a todas as constituições escritas, de que toda lei contrastante com a Constituição é nula”²⁴⁸. Estando a norma em desconformidade com os preceitos estatuídos pela Constituição, esta deverá prevalecer em razão da hierarquia, de modo que se conhece *ab initio* a nulidade da norma, com efeitos *ex tunc*, o que se traduz através da famosa expressão “*quod nullum est, nullum producit effectum*”.

A título de exemplo, a tradição do reconhecimento direto da nulidade pelo ordenamento jurídico americano, pode ser verificada no caso Norton v. Shelby County, no ano de 1886, no qual a Suprema Corte afirmou que, desde a sua gênese, uma lei considerada inconstitucional não é lei, de modo que não resulta a origem de nenhum direito ou obrigação, bem como não possui qualquer eficácia, sendo considerada como inexistente desde a origem.

Após a grande depressão, a rígida doutrina norte-americana passou a reconhecer a possibilidade do estabelecimento de limites à decisão de declaração de inconstitucionalidade.

²⁴⁷ *The past cannot always be erased by a new judicial declaration...* Mauro Cappelletti, O Controle de Constitucionalidade das Leis no Direito Comparado. Trad. Aroldo Plínio Gonçalves. Porto Alegre: Fabris, 1984. p. 122 e 123, nota 15.

²⁴⁸ CAMPOS, Ricardo Ribeiro. **Leis inconstitucionais ainda constitucionais?**, Brasília: Revista CEJ, nº 25, 2004. p. 85.

Nesse sentido, em observância dos casos concretos, a Corte passou a ter autorização para a modulação dos efeitos da decisão que declara a inconstitucionalidade da norma.

No sistema austríaco, por sua vez, o Tribunal Constitucional (*Verfassungsgerichtshof* – VfGH) analisa a questão de constitucionalidade a pedido de qualquer cidadão que alegue a lesão de seus direitos por inconstitucionalidade de determinado dispositivo normativo, no entanto tal exame somente é permitido nos casos em que não houver sido aplicado mediante decisões de ordem judicial ou administrativa²⁴⁹.

Entretanto, o que mais interessa no presente estudo são os efeitos da decisão que declara a inconstitucionalidade de uma lei. Assim, segundo o artigo 140 da Constituição Austríaca de 1920, as consequências decorrentes de tal decisão começam com a publicação da decisão proferida pelo Tribunal Constitucional, salvo nos casos em que a Corte estipula um determinado prazo para o início da produção dos efeitos, prazo este que não pode ser superior ao interregno de seis meses, sendo estendido para um ano na hipótese de necessidade de criação de outra legislação.

Nesse sentido, Hans Kelsen ressalta que, em análise, se o Tribunal Constitucional reconhecer a inconstitucionalidade de uma norma, deverá anulá-la: “Em sua decisão, a Corte pode estabelecer um prazo para a invalidação da lei, o qual não pode ultrapassar seis meses. A decisão opera fundamentalmente apenas pro futuro, e a lei inconstitucional, até então válida, é anulada”²⁵⁰.

Na Alemanha, a regra é a declaração de nulidade, com a presunção dos efeitos *ex tunc*. Contudo, destaca Fernando Sainz Moreno, abordando o tema, que o Tribunal tem adotado decisões que não significam uma imediata e absoluta declaração de nulidade, mas determinam uma modificação legislativa ou uma interpretação conforme.²⁵¹

No sistema Alemão, a Corte Constitucional (*bundesverfassungsgericht*) é a única que detém a competência para realizar a fiscalização de constitucionalidade. Em sede abstrata, a jurisdição constitucional somente se fará presente mediante a provocação dos legitimados –

²⁴⁹ CAMPOS, Ricardo Ribeiro. *Ob Cit.* p. 87.

²⁵⁰ KELSEN, Hans. **Jurisdição Constitucional**. São Paulo: Martins Fontes, 1998. p. 25 *apud* CAMPOS, Ricardo Ribeiro. *Ob Cit.* p. 88.

²⁵¹ Así, el tribunal puede adoptar decisiones que no entrañan una inmediata y absoluta declaración de nulidad. Tales decisiones pueden ser: a) *Una simple declaración de inconstitucionalidad de la norma....* b) *La declaración de que la norma es "constitucional" pero el legislador debe modificarla para hacerla "plenamente constitucional" y evitar que en el futuro pudiera ser inconstitucional o pudiera dar lugar a decisiones inconstitucionales.* c) *El Tribunal puede salvar la constitucionalidad de una norma realizando una "interpretación conforme a la Constitución"* MORENO, Fernando Sainz. Tribunal Constitucional Federal Aleman, in, **Boletín de Jurisprudencia Constitucional**. IV, Jurisprudencia Constitucional Extranjera.

Governo Federal, Governo Estadual ou 1/3 do Parlamento Federal -, momento no qual será vislumbrada a compatibilidade ou não das normas estaduais e federais com a Constituição.

Nos casos em que um tribunal observa a hipótese de inconstitucionalidade da norma, necessária para a solução do que foi postulado pelas partes, deverá suspender o processo, levando a questão incidental de constitucionalidade à Corte Constitucional. Há ainda, no modelo alemão, a possibilidade de recurso constitucional, o qual garante às partes o pleno acesso ao Tribunal Constitucional, para que elas venham a juízo se manifestar quanto a uma possível lesão de seus direitos fundamentais.

Quanto aos efeitos, na ausência de previsão constitucional, a jurisprudência do Tribunal Constitucional alemão implementou táticas decisórias na quais, “apesar de assentada a inconstitucionalidade de determinada norma, naquele momento não se desconstituem os efeitos gerados por ela, possibilitando mesmo, em algumas situações, a sua eficácia futura, com apelo ao legislador para suprir a situação considerada”²⁵².

Na Espanha, apesar da ausência de previsão legal quanto à aplicação dos efeitos restritos, o Tribunal Constitucional, influenciado pelo sistema alemão²⁵³, passou a adotar a modalidade do reconhecimento da inconstitucionalidade sem a pronúncia da nulidade. Nesse sentido, Garcia de Enterría²⁵⁴ menciona a sentença 45/1989, na qual se firmou a produção dos efeitos da inconstitucionalidade em momento futuro. Destaca-se, também, o julgado STC 13/92/17, no qual se assentou o entendimento de que o reconhecimento direto da inconstitucionalidade, no caso da anulação das dotações orçamentárias, “poderia acarretar graves prejuízos e perturbações aos interesses gerais, também na Catalunha, afetando situações jurídicas consolidadas e particularmente a política econômica e financeira do Estado”²⁵⁵.

²⁵² CAMPOS, Ricardo Ribeiro. *Ob Cit.* p. 88.

²⁵³ São os exemplos da Alemanha, na fase inicial, e da Espanha. Nesses dois sistemas, dominava a ideia do princípio constitucional não-escrito (§ 78 da Lei da Corte constitucional alemã; art 39 da Lei orgânica da Corte constitucional espanhola). Essa orientação, todavia, não impediu que, em casos determinados, ambas as Cortes constitucionais se afastassem da técnica da nulidade e passassem a desenvolver fórmulas alternativas de decisão. Em outras palavras, a adoção formal do princípio da nulidade não impediu a adoção de técnica alternativa de decisão naqueles casos em que a nulidade poderia revelar inadequada (v.g. casos de omissão parcial) ou trazer consequências intoleráveis para o sistema jurídico (ameaça de caos jurídico ou situação de insegurança jurídica). (RONCAGLIA, Daniel. **Leia voto que deu prazo de dois anos para município baiano**. Consultor Jurídico: [Consult. em 30 Jul. 2020]. Disponível https://www.conjur.com.br/2007-mai-13/leia_voto_deu_prazo_dois_anos_municipio_baiano?pagina=9).

²⁵⁴ GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. *Justicia Constitucional: la doctrina prospectiva en la declaración de ineficácia de las leyes inconstitucionales*. in: Revista de Direito Público nº 92; out./dez. de 1989. p. 5.

²⁵⁵ JIMÉNEZ CAMPO, Javier. *Que hacer con la ley inconstitucional*, in: La sentencia sobre la constitucionalidad de la ley, Madri, 1997. p. 15.

No Brasil, mediante o reconhecimento da dificuldade de se tornar nula uma norma que por muitos anos foi aplicada em diversos casos, admite-se a técnica alternativa de mitigação dos efeitos da inconstitucionalidade, com base no princípio constitucional da segurança jurídica. Assim, a jurisprudência brasileira tem evoluído, sobretudo após a Lei nº 9.868 de 1999, a qual prevê, em seu artigo 27²⁵⁶, a mitigação dos efeitos da inconstitucionalidade, o que, na prática, tem se estendido também ao controle difuso de constitucionalidade²⁵⁷.

Deve-se ressaltar que no Brasil, às vezes, uma lei inconstitucional leva anos para ser reconhecida como tal pelo Supremo Tribunal Federal, portanto, a modulação dos efeitos é necessária e vai garantir as situações jurídicas ocorridas durante a vigência da norma, preservando a segurança jurídica. Na decisão que acolhe a inconstitucionalidade, deve o Tribunal ficar atento a abalos econômicos e sociais em face da medida tomada, sendo, muitas vezes, necessária a flexibilização da retroatividade da nulidade. Assim, o STF, por meio de técnicas de declarações parciais ou totais de constitucionalidade ou inconstitucionalidade, efeitos *ex tunc*, *ex nunc*, pro futuro e interpretação conforme a constituição, vem modulando suas decisões.

Pela simples análise comparativa das decisões judiciais que reconhecem a inconstitucionalidade de uma norma, observa-se uma uniformização entre os provimentos, ou até mesmo através dos entendimentos firmados jurisprudencialmente, no sentido de mitigar os efeitos da nulidade. Essa evolução das técnicas decisórias apresenta-se doutrinariamente como uma integral superação do silogismo tautológico de J.J. Gomes Canotilho, no qual “(1) uma lei inconstitucional é nula; (2) uma lei é nula porque inconstitucional; (3) a inconstitucionalidade reconduz-se à nulidade à inconstitucionalidade”²⁵⁸.

Portanto, há um entendimento, tanto em Portugal, quanto em diversos países, como Brasil, Estados Unidos e Áustria, de que a declaração da inconstitucionalidade, embora reconheça a nulidade do ato normativo, deve, sempre que necessário e atendendo aos

²⁵⁶ Ao declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, e tendo em vista razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social, poderá o Supremo Tribunal Federal, por maioria de dois terços de seus membros, restringir os efeitos daquela declaração ou decidir que ela só tenha eficácia a partir de seu trânsito em julgado ou de outro momento que venha a ser fixado. (Art. 27 da Lei 9.868, de 1 de Novembro de 1999). Disponível em <http://legis.senado.leg.br/norma/551744>. [Consult. Em 25. Jul 2020].

²⁵⁷ De qualquer sorte, a natureza idêntica do controle de constitucionalidade, quanto às suas finalidades e aos procedimentos comuns dominantes para os modelos difuso e concentrado, não mais parece legitimar a distinção quanto aos efeitos das decisões proferidas no controle direto e no controle incidental (**RE 197.917/SP**, Rel. Min. Maurício Corrêa, DJ 7.5.2004. [Em linha] Brasil: Supremo Tribunal Federal. Disponível em <http://www.stf.jus.br/imprensa/pdf/adi3345.pdf>, [Consult. em 30 Jul. 2020].

²⁵⁸ CANOTILHO, J. J. Gomes, **Direito constitucional**, 4. ed., Coimbra: Almedina, 1986. p. 729.

relevantes e excepcionais interesses sociais, a equidade e à segurança jurídica, modular os efeitos da eficácia da decisão sobre a inconstitucionalidade.

4.3 - Aplicação dos Efeitos Restritos no Controle Difuso

O Tribunal Constitucional Português, como vimos, tem competência absoluta definida na CRP para julgar os recursos relativos às decisões de outros Tribunais, referentes à constitucionalidade das normas jurídicas. Destarte, ao apreciar o recurso, no aspecto restrito da constitucionalidade da norma impugnada, o TC vai decidir se há inconstitucionalidade e como deve o magistrado julgar a lide, no que pertine à aplicação daquele dispositivo contestado.

A competência do Tribunal no domínio do controle normativo é consideravelmente vasta e completa: além do controle abstrato (sucessivo) e do controle concreto (este último, em via de recurso judicial) da generalidade das normas jurídicas, há ainda o controle preventivo de certas categorias de normas e a verificação da ocorrência da inconstitucionalidade por omissão²⁵⁹.

A decisão do TC sobre inconstitucionalidade ou ilegalidade, com força obrigatória geral tem seus efeitos previstos no art. 282.º da Constituição da República, não produzindo efeitos, desde sua entrada em vigor, a norma declarada inconstitucional ou ilegal, com determinação de repristinação de norma que ela, eventualmente, haja revogado. Quando se cuida, porém, de inconstitucionalidade ou ilegalidade por infração da norma constitucional ou legal posterior, a declaração do Tribunal só produz efeitos desde a entrada em vigor desta última. Nas duas hipóteses devem ser ressalvados os casos julgados, com as exceções previstas no art. 282.º da Constituição de Portugal.

Todavia, a Carta Política traz previsão expressa, no artigo supramencionado, da opção do Tribunal Constitucional, quando a segurança jurídica, razões de equidade ou interesse público de excepcional relevo, que deverá ser fundamentado, o exigirem, pela fixação dos efeitos da inconstitucionalidade ou da ilegalidade com alcance mais restrito do que aquele previsto no artigo²⁶⁰. São as modulações do julgamento, que ocorrem também em outros

²⁵⁹ DA COSTA, José Manuel M. Cardoso. *Op.Cit.* p. 31.

²⁶⁰ Conforme Carlos Blanco de Moraes “é em torno do teor deste tipo de decisões (e a par de outras manifestações de interpretação evolutiva de raiz principiológica de que os sistemas anglo-saxónicos e o sistema alemão são pródigos) que se confrontam, há muito, correntes doutrinárias que sufragam ou contestam o

países, como Espanha, Alemanha, Estados Unidos e Brasil²⁶¹. Em Portugal essa faculdade vem sendo usada com frequência pelo TC. Segundo Rui Medeiros: “entre 1983 e 1986, quase um terço das declarações de inconstitucionalidade com força obrigatória geral tiveram efeitos restritos, (...) sendo que o quadro não se alterou no período entre 1989 a 1997”²⁶².

No que se refere à decisão do recurso interposto para fins de fiscalização concreta da inconstitucionalidade, o art. 80.º da Lei do Tribunal Constitucional determina que a decisão faça caso julgado no processo, quanto à constitucionalidade, e menciona seus efeitos para o prosseguimento do processo na instância de origem. Porém, não houve a regulamentação quanto à modulação dos efeitos das decisões proferidas no controle difuso. Nessa circunstância, o TC procederá à análise apeans da questão da constitucionalidade²⁶³, sendo a decisão obrigatória unicamente sobre caso analisado, não se emitindo, nessa decisão qualquer declaração genérica, com eficácia *erga omnes*, sobre a validade da norma.

Os efeitos restritos da declaração sobre a constitucionalidade da norma impugnada visam, como já mencionados supra, salvaguardar os jurisdicionados no que pertine às situações jurídicas já consolidadas durante a vigência da norma questionada. Assim, a Constituição da República objetiva que seja preservada a segurança jurídica, bem como a equidade e o excepcional interesse social.

No exercício da jurisdição constitucional, o Tribunal Constitucional deverá verificar a particularidade e gravidade de cada caso levado a julgamento, e então decidir sobre a aplicação de efeitos restritos. Somente nos casos autorizados pela norma constitucional, e de forma fundamentada, poderá relativizar os efeitos *ex tunc*, decorrentes da declaração da inconstitucionalidade.

Ao proferir o Acórdão 353\2012, no controle abstracto de normas, o Tribunal Constitucional declarou a inconstitucionalidade, com força obrigatória geral, por violação do princípio da igualdade, consagrado no artigo 13.º da Constituição da República Portuguesa,

ativismo da Justiça constitucional. Entanto, alguns questionam a legitimidade democrática do Judiciário para norma em substituição ao legislador, outros erigem a Justiça constitucional a poder conformador do ordenamento, a legislador supletivo ou, mesmo a um taumaturgo que não se limita a sancionar invalidades, mas que também repara ou “cura” para o futuro disfunções que o legislador não logra, atempada e adequadamente, obviar,” Em MORAIS, Carlos Blanco. **As sentenças intermédias da Justiça Constitucional**. Lisboa: AAFDL, 2009. ISBN 5606939006431. p. 7.

²⁶¹ MUSSI, Raphael S. M. **Modulação de Efeitos na Declaração de Inconstitucionalidade**. Florianópolis: E-gov, 2012. [Consult. 16 Nov. 2017]. <http://www.egov.ufsc.br/portal/conteudo/modula%C3%A7%C3%A3o-de-efeitos-na-declara%C3%A7%C3%A3o-de-inconstitucionalidade>

²⁶² MEDEIROS, Rui. **A decisão de inconstitucionalidade: os autores, o conteúdo e os efeitos da decisão de inconstitucionalidade da lei**. Lisboa: Imprensa, 1999. ISBN 972-005-40-0005-4. p. 689.

²⁶³ Cf. acórdão n. 141/87, de 22 de abril, em **Diário da República**, 2.ª série, n.º 173, de 30 de julho de 1987.

das normas constantes dos artigos 21.º e 25.º da Lei n.º 64-B/2011, de 30 de dezembro (Orçamento do Estado para 2012), mas ao abrigo do disposto no artigo 282.º, n.º 4, da Constituição da República Portuguesa, determinou que os efeitos desta declaração de inconstitucionalidade não se aplicavam à suspensão do pagamento dos subsídios de férias e de Natal, ou quaisquer prestações correspondentes aos 13.º e, ou, 14.º meses, relativos ao ano de 2012²⁶⁴.

Assim decidindo, o Tribunal Constitucional, embora amparado em norma da Constituição da República de Portugal (art. 282º, 4) declara a inconstitucionalidade da lei, embora a valide em determinado período.²⁶⁵

A decisão citada acima foi proferida no controle abstrato de normas. Por sua vez, no julgamento relativo aos efeitos restritos, no controle difuso de normas, a situação é um pouco diferente, haja vista que se trata de decisão que trará, a princípio, efeitos *inter pars* e não *erga omnes*.

Destarte, cuida-se de uma brecha constitucional, que não impede, contudo, que o Tribunal Constitucional, em sendo necessário, acabe por dar efeitos temporais nas decisões de inconstitucionalidade das normas.

Todavia, saliente-se que o controle de constitucionalidade deveria ter contornos apenas normativos e objetivos, com uma análise comparativa da norma com as regras constitucionais, entretanto, na possibilidade constitucional de mitigação da nulidade da norma, são elencados conceitos abertos, de interpretação do julgador.

Deve ficar registrado que o Tribunal Constitucional também não poderá, portanto, adentrar no mérito do processo principal, o qual será preservado ou modificado pelo juízo *a quo* tão-somente quanto às determinações constantes na decisão sobre a inconstitucionalidade arguida, conforme dispõe o art. 80.º da Lei do Tribunal Constitucional²⁶⁶.

²⁶⁴ Acórdão 353/2012 do Tribunal Constitucional, de 20 de julho de 2012. [Em linha] Lisboa: Tribunal Constitucional. Disponível em :<https://data.dre.pt/eli/actconst/353/2012/07/20/p/dre/pt/html> [Consult. em 26 Jul. 2020]. Neste Acórdão, o Tribunal Constitucional, perante uma situação em que um interesse público de excecional relevo exige, restringiu os efeitos da declaração de inconstitucionalidade, nos termos permitidos pelo artigo 282.º, n.º 4, da Constituição, não os aplicando à suspensão do pagamento dos subsídios de férias e de Natal, ou quaisquer prestações correspondentes aos 13.º e, ou, 14.º meses, relativos ao ano de 2012.

²⁶⁵ Conforme destaca a autora Cristina Queiroz: “em todo o caso, mesmo escudada em princípios constitucionais, e autorizada pelo disposto no artigo 282º, 4, da Constituição, a decisão tomada pelo Tribunal Constitucional, no Acórdão 35/2012, de fixação dos efeitos temporais da respectiva pronúncia não deixa de ter o sentido de uma “validação temporária” das normas infraconstitucionais impugnadas, e efetivamente declaradas, “no caso”, inconstitucionais.”, em QUEIROZ, CRISTINA. *Op.Cit.* p. 256.

²⁶⁶ Cf. art. 80.º, n. 2, da LTC, “Se o Tribunal Constitucional der provimento ao recurso, ainda que só parcialmente, os autos baixam ao tribunal de onde provieram, a fim de que estes, consoante for o caso, reforme a

Dessa forma, o Tribunal Constitucional não irá proferir ou substituir a decisão de mérito em face do que decidir sobre a inconstitucionalidade²⁶⁷, mas determinará ao tribunal recorrido o que deve ser feito, se deve ser mantido o resultado ou se deve ser proferida outra decisão conforme prefixado.²⁶⁸

4.4 – Legitimidade do Tribunal Constitucional para Restringir os Efeitos da Declaração de Inconstitucionalidade

Conforme já mencionado, a aplicação de efeitos restritos permitirá ao Tribunal Constitucional colocar limites temporais na decisão declaratória de inconstitucionalidade da norma, que, a princípio, ceifaria a regra normativa inconstitucional *ab ovo*, ou seja, desde o nascedouro.

Neste aspecto, cumpre dar relevo à correlação existente entre a legitimidade da justiça constitucional e a temática da modulação dos efeitos da decisão de inconstitucionalidade. O Tribunal Constitucional, ao dar efeitos temporais à legislação, proferirá decisão que tem implicações na atuação do Poder Legislativo e, às vezes, do Poder Executivo.

Desta forma, é um tema polémico que leva a debates profundos, mas que tem sua solução na própria Carta Política da República Portuguesa, a qual autoriza a Corte Constitucional que assim o faça, sempre de forma fundamentada e nos estritos casos lá elencados.

Deve-se destacar que a Constituição da República Portuguesa não traz norma expressa, para legitimar o Tribunal Constitucional a fixar os efeitos restritos da eficácia da decisão no controle difuso da inconstitucionalidade. A Lei do Tribunal Constitucional (Lei 28\82), em seu art. 80º, disciplina os efeitos da decisão, no controle concreto, mas também não sinaliza sobre os efeitos restritos.

decisão ou a mande reformar em conformidade com o julgamento sobre a questão da inconstitucionalidade ou da legalidade.

²⁶⁷ CANOTILHO, J.J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**, 7ª Ed, 2003. *Ob Cit.* p.1000. Segundo o autor “a decisão do recurso, pelo TC, faz caso julgado no processo (caso julgado material), mas apenas no que respeita à questão da inconstitucionalidade ou da ilegalidade.(...) Consequentemente o TC não é uma superinstância de recurso com possibilidade de se substituir ao tribunal recorrido para proferir uma decisão de mérito sobre a causa principal.”

²⁶⁸ DURÃO BARROSO, José. **O Recurso para a Comissão Constitucional**, em Estudos sobre a Constituição, obra colectiva, vol. III. Lisboa, 1979. p.721/722.

Como visto, os efeitos da decisão dos Tribunais de primeira instância serão fixados na própria instância, com a possibilidade de recurso próprio, pertinente ao mérito *sub judice*, para a instância adequada. De forma contrária, sustenta Jorge Miranda²⁶⁹ que vale a *ratio* do art. 282.º, n. 4, analogicamente no campo dos arts. 204.º e 280.º da Constituição da República Portuguesa, para fins de restrição de efeitos da inconstitucionalidade, em face da consciência da volatilidade e até imprevisibilidade das situações da vida – ainda mais patente na fiscalização concreta do que na abstrata.

Assim, embora não haja uma previsão normativa quanto à restrição da eficácia da decisão pelo Tribunal Constitucional, quando no exercício do controle difuso, deve-se, de forma analógica, buscar o entendimento de que está legitimado a fazê-lo, por razões de ordem lógica, hierárquica e sistêmica.

Ora, se o Tribunal Constitucional é o órgão soberano do Estado para averiguação da sintonia entre as normas infraconstitucionais e a Carta Política, compete a ele, no exercício de suas funções, amenizar, quando for autorizado pela CRP, os efeitos da decisão, seja no controle abstrato, seja no controle difuso. Por questão de lógica, não se pode imaginar que a restrição seja afeta a outro órgão que não seja o mesmo que reconheceu a inconstitucionalidade ou ilegalidade do ato normativo.

Por outro lado, deve-se ponderar que o TC é o órgão que vai rever a interpretação dada pelo magistrado, de instância inferior, quanto ao aspecto da constitucionalidade da norma. Assim, se está na condição de Tribunal hierarquicamente superior, ao fazer a análise do incidente de inconstitucionalidade, julgará o recurso e terá a legitimidade para dizer em que período, em que proporção ou em que grau a norma é inconstitucional.

E, por derradeiro, deve-se esclarecer que o controle misto de constitucionalidade de normas em Portugal é um sistema coerente, que tem o escopo de possibilitar a qualquer cidadão, parte no processo originário, impugnar uma lei que não esteja em conformidade com a CRP. Essa impugnação será apreciada pelo juiz *a quo*, mas possibilita ao impugnante, conforme o caso, o recurso para o Tribunal Constitucional. Portanto, de forma sistêmica, se compete ao TC a apreciação do recurso, com possível reforma ou adequação da sentença

²⁶⁹ MIRANDA, Jorge. **Ob Cit.** t. VI. p. 291. Segundo o autor deve ser preservada a segurança jurídica e a equidade. A fixação dos efeitos pelo Tribunal Constitucional obriga, nos termos gerais das suas decisões, todos os tribunais ou, se for em fiscalização concreta, o tribunal da causa, conforme acórdão n. 189/90, de 7 de junho, em Diário da República, 2ª série, nº 17, de 21 de janeiro de 1991; e acórdão n.º 163/2000. de 22 de março, ibidem, 2ª série, n. 235, de 11 de Outubro de 2000.

proferida, a ele também caberá a aplicação de eventuais efeitos restritos da declaração sobre a constitucionalidade da norma impugnada.

CONCLUSÃO

De todo o exposto, conclui-se que o constitucionalismo pelos valores democráticos representa uma teoria que buscou agregar argumentos sólidos para que a Lei Fundamental de um país pudesse ser reconhecida com supremacia sobre todas as demais, organizando o Estado de Democrático de Direito, com todas suas funções, deveres, poderes e limites, garantido ao cidadão o reconhecimento dos direitos fundamentais, e estabelecendo que o poder nasce do povo, que o delega a representantes públicos.

O constitucionalismo moderno pode ser reconhecido após a Constituição dos Estados Unidos da América em 1787, após a independência, e a da França em 1791, após a Revolução Francesa. Os movimentos constitucionais foram fundamentais para a organização e limitação do poder do Estado.

O avanço do constitucionalismo, notadamente após a segunda grande Guerra Mundial, autorizou entre os povos a lei fundamental, conhecida como Constituição ou Carta Magna. Essa Lei Maior de um Estado tem como principal escopo, além de sua formação política, com regras de estrutura, organização das instituições e órgãos, a severa limitação do poder desse Estado, com o efetivo controle de constitucionalidade de atos normativos públicos.

Contudo, a supremacia constitucional, que objetiva a preservação dos direitos e garantias fundamentais dos cidadãos, sofre constantes ameaças de retrocessos, em face de normas legais às vezes editadas com a eiva da inconstitucionalidade. Assim, diante desse quadro, surgiu a necessidade do controle de constitucionalidade das normas, ou seja, a verificação da adequação (compatibilidade) dessas normas com a Constituição, verificando-se seus requisitos formais e materiais.

A Jurisdição Constitucional surge como forma de o Tribunal ter competência plena para averiguar a constitucionalidade das normas jurídicas, ou seja, a adequação de leis inferiores à Constituição, podendo modificar, interpretar ou mesmo retirar do ordenamento jurídico de um país um ato normativo que não esteja em estreita sintonia com a Lei Fundamental.

Dessa forma, foram construídos sistemas de controle de constituconalidade (políticos e judiciais), nascendo nos Estados Unidos, em 1803, o controle repressivo judicial (*judicial review*), com a verificação da constitucionalidade das normas por membros do poder judicial. A revisão ocorre de forma difusa, por qualquer membro do poder judicial e/ou através de um

órgão autônomo, que exercerá, de maneira soberana a jurisdição constitucional, com poderes para declarar a inconstitucionalidade da lei, até mesmo abstratamente.

Em Portugal, findo o período de transição constitucional, com a extinção do Conselho da Revolução, foi finalmente instalado o Tribunal Constitucional, com plenas funções jurisdicionais para solução das questões juridico-constitucionais, com fundamento na Constituição da República de 1976, na redação que lhe confere a 1ª Revisão de 1982. O sistema português é peculiar e deriva de uma confluência entre o sistema norte americano (*judicial review*) e o modelo austríaco idealizado por Kelsen na Áustria de 1920, sendo, portanto, misto, com possibilidade de convivência da fiscalização por órgãos de soberania inferiores (difusa) com aquela exercida pelo órgão máximo, o Tribunal Constitucional (fiscalização concentrada).

O controle difuso da constitucionalidade em Portugal não exige que haja requerimento da parte ou do Ministério Público direto para o Tribunal Constitucional, sendo que o controle ocorre já em primeiro grau de jurisdição, com solução do incidente de inconstitucionalidade arguido. Todavia, considerando o sistema misto de constitucionalidade adotado no país, é possível ao impugnanante, conforme a decisão prolatada, o recurso para o TC, desde que preencha os requisitos necessários.

Muito relevante destacar que, embora no controle difuso haja a possibilidade de recurso para Tribunal Constitucional, este órgão tem limites cognitivos, não podendo controlar o enfrentamento do mérito realizado pelo juízo inferior, poranto, não tratará do mérito da causa submetida a julgamento, mas tão-somente da questão incidental, qual seja, a impugnação arguida a respeito da inconstitucionalidade de norma a ser aplicada no caso em litígio.

São as seguintes decisões que comportam recurso: decisões que recusem a aplicação da norma com fundamento em inconstitucionalidade ou em ilegalidade; decisões que apliquem norma cuja inconstitucionalidade ou ilegalidade haja sido suscitada durante o processo; e decisões dos tribunais que apliquem norma anteriormente julgada inconstitucional ou ilegal pelo próprio Tribunal Constitucional. A Lei do Tribunal Constitucional prevê, ainda, a possibilidade de recurso quando haja aplicação de norma já anteriormente julgada inconstitucional pela Comissão Constitucional, e daquelas que recusem a aplicação de normas constante de acto legislativo com fundamento na sua contrariedade com uma convenção

internacional, ou a apliquem em desconformidade com o anteriormente decidido sobre a questão pelo Tribunal Constitucional.

Ao julgar os recursos apresentados, o Tribunal Constitucional pode deixar de deliberar sobre a constitucionalidade parcial ou total da norma e julgar de maneira diferente, pronunciando-se por meio de decisões intermédias e interpretativas, com o reconhecimento da adequação ou não da interpretação da norma dada pelo Tribunal inferior. As decisões interpretativas, tanto de acolhimento quanto de rejeição são fundadas no princípio da interpretação conforme a Constituição, portanto a norma pode ser reconhecida constitucional apenas pela possibilidade de sua interpretação ainda ser compatível com a CRP e seus princípios.

Dessa forma, o Tribunal Constitucional procede à interpretação da norma cuja constitucionalidade se questiona, exercendo, assim, seus poderes cognitivos em face da decisão anterior não transitada em julgado. Aqui, cuida-se de decisões intermediárias, que procuram decidir não pela inconstitucionalidade da norma, mas pela sua adequação ao texto constitucional.

Outro ponto importante da Consituição de Portugal que foi abordado e merece destaque, cuida-se dos efeitos restritos na eficácia da decisão declaratória de constitucionalidade da norma. Na apreciação dos recursos quando a segurança jurídica, razões de equidade ou interesse público de excepcional relevo, que deverá ser fundamentado, o exigirem, poderão ser fixados os efeitos da inconstitucionalidade ou da ilegalidade com alcance mais restrito do que aquele previsto na Constituição da República Portuguesa.

Não há dúvida que a norma julgada inconstitucional não pode produzir efeitos, pois nasce viciada e deve ser declarada nula. Entretanto, como foi visto, razões de segurança jurídica, de equidade e de excepcional e relevante interesse público, podem levar a um efeito modulado da norma, às vezes temporal ou mesmo mitigado, conforme seja o caso levado a julgamento.

Existe uma pequena polêmica em relação a esse tema, porquanto o Tribunal Constitucional, na verdade, vai modular suas decisões de forma a alterar seu alcance, buscando a segurança jurídica a equidade ou o interesse público. Entretanto, observam-se, na doutrina, críticas quanto ao número excessivo de processos em que são concedidos esses efeitos.

Por derradeiro, verifica-se que há possibilidade do controle difuso transfigurar-se em fiscalização abstrata, com efeitos *erga omnes*. Tal fato ocorrer quando a mesma norma já foi julgada inconstitucional pelo Tribunal Constitucional em três casos concretos, cabendo, assim, aos juízes requererem a apreciação da constitucionalidade do ato normativo em sede de fiscalização abstrata sucessiva, para preservação da segurança jurídica e da economia processual.

Dessa forma, conclui-se que há um sistema misto complexo no controle de constitucionalidade de normas em Portugal, com o engajamento entre *judicial review* norte americano e o sistema austríaco, possibilitando que a fiscalização ocorra de forma abstrata – por omissão ou por ação (preventiva ou de forma sucessiva), e também de forma difusa, com apreciação da inconstitucionalidade por qualquer dos Tribunais do país.

O sistema adotado propicia um controle das normas jurídicas, garantido pela CRP, permitindo a impugnação da inconstitucionalidade, seja de forma difusa, concreta e incidental ou de forma concentrada, mas sempre com o anseio de preservar a supremacia da Constituição e dos princípios estruturantes do Estado de Direito Democrático.

FONTES DOCUMENTAIS

ESPECÍFICAS

- Internet

ACÓRDÃO Nº 02/84 DO TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, de 11 de Janeiro de 1984. [Em linha] Lisboa: **Tribunal Constitucional**. Disponível em <http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/19840002.html>, [Consult. em 10 Nov. 2017].

ACÓRDÃO Nº 141/87 DO TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, de 22 de Abril. em **Diário da República**, 2.^a série, n.º 173, de 30 de julho de 1987.

ACÓRDÃO Nº 304/94 DO TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, de 24 de Março de 1994. [Em linha] Lisboa: **Tribunal Constitucional**. Disponível em <http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/19940304.html>, [Consult. em 10 Nov. 2017].

ACÓRDÃO Nº 128/84 DO TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, de 12 de Dezembro de 1984. [Em linha] Lisboa: **Tribunal Constitucional**. Disponível em <https://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/19840128.html>, [Consult. em 23 Jul. 2020].

ACÓRDÃO Nº 230/86 DO TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, de 12 de Setembro de 1986. [Em linha] Lisboa: **Tribunal Constitucional**. Disponível em <http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/19860230.html>, [Consult. em 21 Jul. 2020].

ACÓRDÃO Nº 119/90 DO TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, de 18 de Abril 1990. [Em linha] Lisboa: **Tribunal Constitucional**. Disponível em <https://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/19900119.html>, [Consult. em 23 Jul. 2020].

ACÓRDÃO Nº 169/92 DO TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, de 06 Maio 1992. [Em linha] Lisboa: **Tribunal Constitucional**. Disponível em <https://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/19920169.html>, [Consult. em 23 Jul. 2020].

ACÓRDÃO Nº 664/97 DO TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, de 05 de Novembro de 1997. [Em linha] Lisboa: **Tribunal Constitucional**. Disponível em <http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/19970664.html>, [Consult. em 21 Jul. 2020].

ACÓRDÃO Nº 155/00 DO TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, de 22 de Março de 2000. [Em linha] Lisboa: **Tribunal Constitucional**. Disponível em <http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20000155.html>, [Consult. em 23 Jul. 2020].

ACÓRDÃO Nº 90/04 DO TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, de 10 de Fevereiro de 2004. [Em linha] Lisboa: **Tribunal Constitucional**. Disponível em <http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20040090.html>, [Consult. em 17 Jul. 2020].

RE 197.917/SP, Rel. Min. Maurício Corrêa, DJ 7.5.2004. [Em linha] Brasil: Supremo Tribunal Federal. Disponível em <http://www.stf.jus.br/imprensa/pdf/adi3345.pdf>, [Consult. em 30 Jul. 2020].

ARQUIVO HISTÓRICO MILITAR. [Consult. 29 dez. 2020]. Disponível em: <https://arqhist.exercito.pt/details?id=174175>.

ASSEMBLEIA NACIONAL CONSTITUINTE. Diário do Governo n.º 195/1911, Série I de 1911-08-22.

BRASIL. **Constituição Política do Império do Brasil**. Rio de Janeiro, 1824. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao24.htm. [Consult. 02 jan. 2019].

BRASIL. **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil**. Rio de Janeiro, 1934. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao34.htm. [Consult. 02 jan. 2019].

BRASIL. **Constituição dos Estados Unidos do Brasil**. Rio de Janeiro, 1937. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao37.htm. [Consult. 03 jan. 2019].

CONSTITUIÇÃO da República. **Diário da República Série I**. N.º 86/1976 (04-10-76).

FRANÇA, **Declaração Universal dos Direitos do Homem e do Cidadão**. Paris, 1789. Disponível em: <http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Documentos-antiores-%C3%A0-cria%C3%A7%C3%A3o-da-Sociedade-das-Na%C3%A7%C3%B5es-at%C3%A9-1919/declaracao-de-direitos-do-homem-e-do-cidadao-1789.html>. [Consult. 28 dez. 2018].

FRANÇA, **Constituição Francesa de 1791**. Paris, 1791. Disponível em: <http://www.fafich.ufmg.br/~luarnaut/const91.pdf>. [Consult. 28 dez. 2018].

LEI n.º 28/1982. **Diário da República I Série. N.º 264** (15-11-82).

PORTUGAL, **Constituição de 1822**. Lisboa, 1822. Disponível em: <https://www.fd.unl.pt/Anexos/Investigacao/7511.pdf>. [Consult. em 29 dez. 2020].

PORTUGAL, **Constituição de 21 de Agosto de 1911**. Lisboa, 1911. Disponível em: <https://www.parlamento.pt/Parlamento/Documents/CRP-1911.pdf>. [Consult. em 29 dez. 2020].

PORTUGAL, **Constituição da República Portuguesa**. Lisboa, 1976. Disponível em: <https://www.parlamento.pt/Legislacao/Paginas/ConstituicaoRepublicaPortuguesa.aspx>. [Consult. em 29 dez. 2020].

BIBLIOGRAFIA

ESPECÍFICA

a) Internet

ARAÚJO. António. **A construção da justiça constitucional portuguesa: o nascimento do Tribunal Constitucional**. [Em linha]. Revista do Instituto de Ciências Sociais da Universidade de Lisboa. Quarta Série, Vol. 30, No. 134 (1995), pp. 881-946. Disponível em: <http://analisesocial.ics.ul.pt/documentos/1223388874O1uVY4lu4Jo34YG6.pdf>. [Consult. em 07 Ago. 2019].

ARAÚJO, António; PEREIRA, J.A. Teles. **A Justiça Constitucional nos 30 anos da Constituição Portuguesa: notas para uma aproximação ibérica**. [Em linha]. Revista Brasileira de Direito Constitucional. [Consult. em 07 Ago. 2019]. Disponível em: <http://www.esdc.com.br/seer/index.php/rbdc/article/view/201>. ISSN 1983-2303.

AZEVEDO, Ariana. **28 de maio de 1926: O dia em que Portugal entrou no caminho do Estado Novo**, 2014. Disponível em: <https://www.jpn.up.pt/2014/05/28/28-de-maio-de-1926-o-dia-em-que-portugal-entrou-no-caminho-do-estado-novo/>. [Consult. em 29 dez. 2020].

BARROSO, Luís Roberto. **Jurisdição Constitucional: A Tênu Fronteira entre o Direito e a Política**. [Em linha] Migalhas. [Consult. em 02 Nov. 2017].

Disponível em <http://www.migalhas.com.br/arquivos/2014/2/art20140204-06.pdf>

BOTELHO, Catarina Santos. **A História faz a Constituição ou a Constituição faz a História? – Reflexões sobre a História Constitucional Portuguesa**, in RIDB, Ano 2 (2013), nº 1. Disponível em: http://www.cidp.pt/revistas/ridb/2013/01/2013_01_00229_00247.pdf. [Consult. em 29 dez. 2020].

CASTRO, Bernardo de. **As sentenças de interpretação conforme a Constituição. Análise dos limites jurídico-funcionais do Tribunal Constitucional nas relações com as demais jurisdições**, in Revista Eletrônica de Direito Público, vol. 3, nº 2, Novembro de 2016, pág. 236 [Consult. em 27 Jul. 2020]. Disponível em: www.e-publica.pt.

CAMPOS, Ricardo Ribeiro. **Leis inconstitucionais ainda constitucionais?**, Brasília: Revista CEJ, nº 25, 2004. [Consult. em 29 Jul. 2020]. Disponível <https://core.ac.uk/download/pdf/211921189.pdf>.

CANAS, Vitalino. **Os efeitos das decisões do Tribunal Constitucional: a garantia da segurança jurídica, da equidade e do interesse público**. in Revista Brasileira de Direito Constitucional, nº. 2, jul./dez. 2003, [Consult. em 24 Jul. 2020]. Disponível em: <https://core.ac.uk/reader/229509862>.

CANOTILHO, Mariana. **O modelo português de justiça constitucional. Exposição, valoração crítica e possíveis contributos para um modelo europeu de justiça constitucional**. Cuadernos Críticos Del Derecho, in Revista Aletheia, número 2-2009, ISSN: 1887-0929, [Consult. em 15 Jul. 2020]. Disponível em: http://www.liberlex.com/archivos/mod_port_jc.pdf.

DUARTE, Marta Raquel Cabral. **As sentenças intermédias na Justiça Constitucional Portuguesa. Revisitação do tema a propósito da jurisprudência da crise**. Dissertação de Mestrado. Universidade de Coimbra. Julho de 2017. Disponível em: <https://eg.uc.pt/bitstream/10316/84260/1/disserta%C3%A7%C3%A3o%20para%20entrega.pdf>. [Consult. em 27 Jul. 2020].

DW BRASIL. 1949: **Promulgada a Lei Fundamental Alemã**. Disponível em: <https://www.dw.com/pt-br/1949-promulgada-a-lei-fundamental-alem%C3%A3/a-525432>. [Consult. em 29 dez. 2018].

FILHO TAVARES, Newton. **Tribunais Constitucionais**. [Em linha] Brasília: Biblioteca Digital da Câmara dos Deputados, 2009. [Consult. 16 Nov. 2017]. Disponível em www2.camara.leg.br/a-camara/documentos-e-pesquisa/estudos-e.../2009-76.pdf.

HESPANHA, António Manuel. **O Constitucionalismo Monárquico Português. Breve Síntese**, in *História Constitucional: Revista Electrónica de História Constitucional*, N.º. 13, 2012. Disponível em: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=4021997>. [Consult. em 29 dez. 2020].

MIRANDA, Jorge. “**Caducidade de normas constitucionais**”, Comunicação em 24 de Abril de 2014 ao Seminário sobre mutações constitucionais, promovido pelo Instituto de Ciências Jurídico-Políticas da FDUL, in *O Direito*, Lisboa, A., 146, n.º 2, 2014.

MOREIRA, Vital. **O Tribunal Constitucional Português: a “Fiscalização Concreta” no Quadro de um Sistema Misto de Justiça Constitucional**, in *Revista Direito Público* n.º 3 – Jan-Fev-Mar/2004, Instituto Brasiliense de Direito Público, ISSN: 2236-1766, Disponível em: <https://www.portaldeperiodicos.idp.edu.br/direitopublico/article/view/1388>. [Consult. em 15 Jul. 2020].

MUSSI, Raphael Saydi Macedo. **Modulação de Efeitos na Declaração de Inconstitucionalidade**. Florianópolis: e-gov, 2012. [Consult. 16 Nov. 2017]. <http://www.egov.ufsc.br/portal/conteudo/modula%C3%A7%C3%A3o-de-efeitos-na-declara%C3%A7%C3%A3o-de-inconstitucionalidade>

REZOLA, Maria Inácia. “**O Movimento das Forças Armadas e a Assembleia Constituinte na Revolução Portuguesa (1975- 1976)**”, *História Constitucional*, 2012. Disponível em: <http://www.historiaconstitucional.com/index.php/historiaconstitucional/article/view/347>. [Consult. 12 jan. 2021].

RIBEIRO, Joaquim de Sousa. **TRIBUNAL CONSTITUCIONAL: O que é/ Para que serve/ Como funciona**. Comemoração do 30º Aniversário do Tribunal Constitucional. Disponível em: http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/content/files/tc_ebook_30anos/ [Consultado em 24 Jul. 2020].

RONCAGLIA, Daniel. **Leia voto que deu prazo de dois anos para município baiano**. Consultor Jurídico: [Consult. em 30 Jul. 2020]. Disponível: https://www.conjur.com.br/2007-mai-13/leia_voto_deu_prazo_dois_anos_municipio_baiano?pagina=9.

ROSÁRIO, Pedro Trovão do. **Tribunal Constitucional: ¿un legislador negativo o positivo?** [Em linha]. RDUNED: Revista de Derecho UNED (16), 2015 (1º semestre), p. 713-740. [Consult. 28 Out. 2017]. Disponível em: <http://e-pacio.uned.es/fez/view/bibliuned:RDUNED-2015-16-7220>. EISSN: 2255-3436

RIBEIRO, Joaquim de Sousa. **TRIBUNAL CONSTITUCIONAL: O que é/ Para que serve/ Como funciona**. Comemoração do 30º Aniversário do

Tribunal Constitucional. Disponível
http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/content/files/tc_ebook_30anos/.
[Consult. em 24 Jul. 2020].

SARDICA, José Miguel, “**A Carta Constitucional portuguesa de 1826**”,
Historia Constitucional, 2012. Disponível em:
<https://repositorio.ucp.pt/handle/10400.14/18185>. [Consult. 12 jan. 2021].

b) Livro, Monografia e Revista Científica

ALBERGARIA, Bruno. **Histórias do Direito: Evolução das leis, fatos e pensamentos**. 2 ed. São Paulo: Atlas, 2012. - ISBN 9788522470037

AZAMBUJA, Carmen Luiza Dias de. **Controle Judicial e Difuso de Constitucionalidade no Direito Brasileiro e Comparado: efeito erga omnes de seu julgamento**. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 2008. ISBN 978-857525-455-4

BARROS, Alberto de. “**Revolução Inglesa e constitucionalismo**”. In: Dimensões Políticas da Justiça. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2013.

BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de Direito Constitucional**. 1 ed. São Paulo, Saraiva, 1997. - ISBN 8502021737

BULOS, Uadi Lammêgo. **Curso de Direito Constitucional**. 4.^a Ed. São Paulo: Ed. Saraiva, 2009. ISBN 978-85-0207-9212

CAENEGEM, R. C. **Uma introdução histórica ao Direito Constitucional Ocidental**. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2009. - ISBN 9789723112757

JIMÉNEZ CAMPO, Javier. *Que hacer con la ley inconstitucional*, in: La sentencia sobre la constitucionalidad de la ley, Madri, 1997.

CAMPOS, Ricardo Ribeiro. **Leis inconstitucionais ainda constitucionais?**, Brasília: Revista CEJ, n° 25, 2004.

CANAS, Vitalino. **Introdução às Decisões de Provimento do Tribunal Constitucional** (Conteúdo, Objeto, Efeitos), 2.^a edição, Associação Acadêmica da Faculdade de Direito de Lisboa, 1994

CANAS, Vitalino. **O Tribunal Constitucional: órgão de garantia da segurança jurídica, da equidade e do interesse público de excecional relevo**, in Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Armando Marques Guedes, FDUL, Coimbra Editora, 2004.

CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7.^a ed. Coimbra: Almedina, 2003. ISBN 978-972-40-2106-5

CANOTILHO, J.J. Gomes; MOREIRA, Vital. **Constituição da República Portuguesa e Lei do Tribunal Constitucional**. 4.^a Coimbra: Coimbra Editora, 2014. ISBN 978972322876

Constituição da República Portuguesa e Lei do Tribunal Constitucional. 6.^a Coimbra: Coimbra Editora, 2002. ISBN 972-32-1084-3.

CAPPELLETTI, Mauro. *Tribunales constitucionales europeos y derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1984. ISBN 85-224-3610-X

CAPPELLETTI, Mauro. **O Controle de Constitucionalidade das Leis no Direito Comparado**. Trad. Aroldo Plínio Gonçalves. Porto Alegre: Fabris, 1984.

CORREIA, Fernando Alves. **Justiça Constitucional**, 1.^a Edição, Almedina, Coimbra, 2016.

COMPARATO, Fábio Konder. **Afirmção histórica dos direitos humanos**. 11 ed. São Paulo: Saraiva, 2017. - ISBN 9788547216139

COSTA, José Manuel M. Cardoso da. **A Jurisdição Constitucional em Portugal**. 3.^a ed. Coimbra: Almedina, 2007. ISBN 978-972-40-3253-5

JÚNIOR DA CUNHA, Dirley. **Curso de Direito Constitucional**. 12 ed. Salvador: Juspodivm, 2018, online. - ISBN 9788544219263

DA SILVA. José Afonso. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 37 ed. São Paulo: Malheiros, 2014. - ISBN 8539202131

DURÃO BARROSO, José. **O Recurso para a Comissão Constitucional**, em Estudos sobre a Constituição, obra colectiva, vol. III. Lisboa, 1979.

FREITAS, José Lebre de. **INTRODUÇÃO AO PROCESSO CIVIL**. 3.^a ed. Coimbra Editora, 2013, p. 78.

GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. *Justicia Constitucional: la doctrina prospectiva en la declaración de ineficácia de las leyes inconstitucionales*. in: Revista de Direito Público nº 92; out./dez. de 1989.

JORGE, Manoel; NETO SILVA. **Curso de Direito Constitucional**. 8 ed. São Paulo: Saraiva, 2013. - ISBN 9788502198029

- KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito: introdução à problemática científica do direito**. Tradução: J.Cretella Jr. e Agnes Cretella. 2.^a ed. rev. da tradução. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002. **ISBN 8520321585**
- LOSANO, Mario G. **Os grandes sistemas jurídicos**. São Paulo: Martins Fontes, 2007. - **ISBN-10: 8533623399**
- MARTINS, Flávio; JÚNIOR NUNES, Alves. **Curso de Direito Constitucional**. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018. - **ISBN 9788553210138**
- MEDEIROS, Rui. **A decisão de inconstitucionalidade: os autores, o conteúdo e os efeitos da decisão de inconstitucionalidade da lei**. Lisboa: Imprensa, 1999. **ISBN 972-005-40-0005-4**
- MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito Constitucional**. 7.^a ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2003, t. I. **ISBN 972-32-1151-3**
- _____. **Teoria do Estado e da Constituição**. Coimbra: Coimbra, 2002. **ISBN 9788530933760**
- _____. **Manual de Direito Constitucional**. 3.^a ed. Coimbra: Coimbra Editora, 1996, t. III. **ISBN 972-32-0419-3**
- _____. **Manual de Direito Constitucional**. 2.^a ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2005, t. VI. **ISBN 972-32-1336-2**
- _____. **Manual Constitucional: Tomo I**. 8 ed. Coimbra: Coimbra, 2009. **ISBN 9789723216813**
- _____. **Fiscalização de Constitucionalidade**. 1 ed. Coimbra: Almedina, 2017. **ISBN: 978-972-40-7100-8**
- MORAES, Alexandre. **Direito Constitucional**. 14.^a ed. São Paulo: Atlas, 2004. **ISBN 85-224-3610-X**
- MORAIS, Carlos Blanco. **As sentenças intermédias da Justiça Constitucional**. Lisboa: AAFDL, 2009. **ISBN 5606939006431**
- MOREIRA, Vital. **A «fiscalização concreta» no quadro do sistema misto de justiça constitucional**, in *Boletim da Faculdade de Direito*, Volume Comemorativo do 75.º Tomo, Coimbra, 2003. **ISBN 978-75-3039-7732**
- MORENO, Fernando Sainz. Tribunal Constitucional Federal Aleman, in, **Boletim de Jurisprudencia Constitucional**. IV, Jurisprudencia Constitucional Extranjera.
- NOVELINO, Marcelo. **Curso de Direito Constitucional**. 13 ed. Salvador: Juspodivm, 2018. - **ISBN 9788544217504**

-
- _____. **Manual de Direito Constitucional**. 9. ed. rev. e atual. – Rio de Janeiro: Forense; São Paulo, MÉTODO, 2014. - ISBN 9788530954956
- PIRES, Alex Sander Xavier. **Súmula Vinculante e Liberdades Fundamentais**. Rio de Janeiro: Pensar a Justiça, 2016. ISBN 978-85-909488-2-7
- PIRES, Antonio Fernando. **Manual de Direito Constitucional**. 2 ed. São Paulo: Forense, 2016, online. ISBN 853096649X
- QUEIROZ, Cristina. **Justiça Constitucional**. Portugal: Editora Petrony, 2017. ISBN: 9789726852384
- REGO, Carlos Lopes do. **Os Recursos de Fiscalização Concreta na Lei e na Jurisprudência do Tribunal Constitucional**, Coimbra: Almedina, 2010. ISBN: 9789724040424
- RIBEIRO, Ana Teresa; BOTELHO, Catarina Santos; FOLHADELA, Inês; VAZ, Manuel Afonso; CARVALHO, Raquel. **DIREITO CONSTITUCIONAL: O sistema constitucional português**, Universidade Católica Editora Porto: Porto, 2ª Ed, 2015. ISBN 978-989-8366-931
- ROUSSEAU, Dominique. *La justicia constitucional en Europa*, trad. Isabel Ortiz Pica, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2002. ISBN 270761078X
- SAMPAIO, José Adércio Leite. **A Constituição reinventada pela Jurisdição Constitucional**. Belo Horizonte: Del Rey, 2001. ISBN 857-30-8546-0
- SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de Direito Constitucional**. 5 ed. São Paulo: Saraiva, 2016. - ISBN 9788547204587
- URBANO, Maria Benedita. **Curso de Justiça Constitucional – Evolução Histórica e Modelos do Controlo da Constitucionalidade**, 2.ª edição, Almedina: Coimbra, 2016.