



DEPARTAMENTO DE DIREITO
MESTRADO EM DIREITO
ESPECIALIDADE EM CIÊNCIAS JURÍDICAS
UNIVERSIDADE AUTÓNOMA DE LISBOA
“LUÍS DE CAMÕES”

ANÁLISE DA EFECTIVIDADE DOS TRIBUNAIS CONSTITUCIONAIS
NO DIREITO LUSO-BRASILEIRO

Dissertação para a obtenção do grau de Mestre em Direito

Autor: Dhiogo Raphael Anoíz

Orientador: Professor Doutor Alex Sander Xavier Pires

Número do candidato: 20151877

Fevereiro de 2020

Lisboa



**DEPARTAMENTO DE DIREITO
MESTRADO EM CIÊNCIAS JURÍDICAS**

**ANÁLISE DA EFECTIVIDADE DOS TRIBUNAIS
CONSTITUCIONAIS NO DIREITO LUSO-BRASILEIRO**

Dissertação para obtenção do grau de Mestre em Ciências Jurídicas

**ORIENTADOR: DR. ALEX SANDER PIRES XAVIER
CANDIDATO: DHIOGO RAPHAEL ANOÍZ**

LISBOA

2020

AGRADECIMENTOS

Primeiramente, agradeço a Deus que por sua bondade infinita permitiu alçar voos além-mar para atingir o almejado sonho. Não posso deixar de agradecer minha família, em especial o seu núcleo central – Daniela, Davi e Duque – pela compreensão e apoio com minha ausência no convívio cotidiano, também aos meus pais que proporcionaram o necessário para o meu crescimento e independência. Por fim, agradeço ao corpo docente na pessoa do Dr. Alex Sander Xavier Pires pela recepção fraternal e aulas fantásticas, que se complementaram com meus colegas de jornada, os quais incluo no rol de amigos.

Enquanto o filósofo não ultrapassar os limites da verdade, não deverá ser acusado de ir longe demais - **Joseph Emanuel Seyès.**

RESUMO

O processo de centralidade da Constituição nos ordenamentos jurídicos no pós-guerra gerou uma nova estruturação do direito interno dos países ocidentais, sobretudo com a reafirmação dos papéis institucionais dos poderes do Estado, buscando a sedimentação do Estado Democrático de Direito. A pesquisa traça o contributo histórico dos momentos que precederam o pensamento atual, fazendo remição as concepções de Estado e o papel da Constituição nos sistemas normativos, além da análise da função do Poder Judiciário e das Cortes Constitucionais em Portugal e no Brasil. Para tanto, a construção parte do exame das formas de controle da constitucionalidade, seus precedentes históricos e especificidades, avançando para a análise da jurisdição constitucional portuguesa, com a forma mista de controle de constitucionalidade e sua efetivação através das ações do Tribunal Constitucional, sendo objeto sua composição, legitimidade democrática, decisões e seus efeitos, sem olvidar da influência da União Europeia em questões de constitucionalidade de diretivas do bloco europeu. Conquanto ao sistema brasileiro, o histórico de constituições anteriores demonstra a construção do sistema complexo de controle de constitucionalidade, valendo-se das decisões do Supremo Tribunal Federal para demonstrar elementos de (in)validade das fundamentações lançadas nos julgamentos de (in)constitucionalidade de normas, a forma de acesso dos legitimados, as espécies de ações cabíveis, extensão dos efeitos decisórios e reflexo na segurança jurídica do sistema. O estudo demonstrou a existência de aspectos positivos em ambos os ordenamentos, apresentando seus pontos mortíços de forma comparada. A conclusão fluiu pela crítica ao empoderamento em demasia das Cortes Constitucionais, visto da liberdade de decisão sobre a interpretação do texto constitucional, por vezes, ao arrepio da própria literalidade da norma, além da evidente influência política, tendência de usurpação das funções administrativas e legiferantes, em descompasso com o balanço necessário para a harmonia dos poderes.

Palavras-chave: Tribunal Constitucional; Supremo Tribunal Federal; Controle de Constitucionalidade e Jurisdição Constitucional.

ABSTRACT

The process of the centrality of the Constitution in postwar legal systems has led to a new structuring of the domestic law of Western countries, above all, with the reaffirmation of the institutional roles of state powers, seeking to establish the Democratic Rule of Law. The research traces the historical contribution of the moments that preceded the current thought, reminding the conceptions of State and the role of the Constitution in the normative systems, besides the analysis of the function of the Judiciary and the Constitutional Courts in Portugal and Brazil. For such, the construction starts from the examination of the forms of control of the constitutionality, their historical precedents, and specificities, advancing to the analysis of the Portuguese constitutional jurisdiction, with the mixed form of constitutionality control and its effectiveness through the actions of the Constitutional Court, being object of their composition, democratic legitimacy, decisions, and their effects, without forgetting the influence of the European Union on issues of constitutionality of European bloc directives. Although the Brazilian system, the history of previous constitutions demonstrates the construction of the complex system of constitutionality control, making use of the decisions of the Supreme Federal Court to demonstrate elements of (in)validity of the grounds launched in the judgment of (in)constitutionality of norms, the form of access of the legitimate ones, the types of appropriate actions, extension of the decision effects and reflection on the legal security of the system. The study demonstrated the existence of positive aspects in both orders, comparatively presenting their dead points. The conclusion flowed critically to the excessive empowerment of the Constitutional Courts, given the freedom to decide on the interpretation of the constitutional text, sometimes despite the very literality of the norm, in addition to the evident political influence, tendency to usurp the administrative and legislative functions, out of step with the balance needed for the harmony of powers.

Keywords: Constitutional Court; Federal Court of Justice; Constitutionality; Control and Constitutional Jurisdiction.

SUMÁRIO

1 – A CONSTITUIÇÃO COMO NÚCLEO DO ESTADO MODERNO.....	11
1.1. O protagonismo constitucional	11
1.2. A jurisdição constitucional e suas formas de controle	16
2 – O SISTEMA DE JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL PORTUGUÊS.....	24
2.1. Evolução a partir dos textos constitucionais anteriores	24
2.2. A análise a partir da Constituição Portuguesa de 1976.....	26
2.3. Formas do Controle de Constitucionalidade	29
2.3.1. <i>O controle abstrato preventivo da constitucionalidade.....</i>	<i>30</i>
2.3.2. <i>O controle concreto de constitucionalidade</i>	<i>35</i>
2.3.3. <i>O controle concentrado por via abstrata</i>	<i>42</i>
2.3.4. <i>Inconstitucionalidade por omissão</i>	<i>48</i>
2.4. O Papel do Tribunal Constitucional.....	50
2.4.1. <i>Aspectos acerca da legitimidade e competência.....</i>	<i>50</i>
2.4.2. <i>Paradigma das decisões e seus efeitos.....</i>	<i>55</i>
2.5. A Influência da União Europeia	64
3 – O SISTEMA DE JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL BRASILEIRO	70
3.1. Sistema misto de controle de constitucionalidade brasileiro.....	70
3.1.1. <i>Histórico nas Constituições anteriores</i>	<i>77</i>
3.2. Competência do Supremo Tribunal Federal	82
3.2.1. <i>Acesso e matérias analisadas.....</i>	<i>86</i>
3.2.2. <i>Efeitos das decisões.....</i>	<i>93</i>
3.3. Composição / legitimidade democrática.....	102
3.4. Segurança Jurídica.....	109
CONCLUSÃO	114
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	120

LISTA DE ABREVIATURAS

Art – Artigo

DUDH – Declaração Universal dos Direitos Humanos

CR – Conselho da Revolução

CC – Comissão Constitucional

TC – Tribunal Constitucional

LTC – Lei do Tribunal Constitucional

LOTIC – Lei Orgânica do Tribunal Constitucional

MERCOSUL – Mercado Comum do Sul

NAFTA – Tratado Norte-Americano de Livre Comércio

UE – União Europeia

CEDH – Convenção Europeia de Direitos Humanos

CF – Constituição Federal da República Federativa do Brasil

CF/88 – Constituição Federal de República Federativa do Brasil de 1988

STF – Supremo Tribunal Federal

ADI – Ação Direita de Inconstitucionalidade genérica

ADIn – Ação Direita de Inconstitucionalidade genérica

ADO – Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão

ADC – Ação Declaratória de Constitucionalidade;

ADPF – Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental

PGR – Procurador-Geral da República

INTRODUÇÃO

A centralidade da Constituição nos sistemas jurídicos induz a necessidade de elencar elementos para sua garantia frente aos obstáculos criados, seja pela ação ou omissão dos legisladores, descrédito do governo ou ainda atuação do Poder Judiciário – em maior ou menor intensidade – frente os direitos fundamentais.

O trabalho de fazer valer a norma constitucional criou um complexo mecanismo de proteção de seus baluartes, impondo a todos a aplicação de seus princípios imanentes, bem como se protegendo, através de sistemas de controle de constitucionalidade que atuam no enfoque de condicionar as ações do Estado Democrático de Direito à vontade manifesta na Carta Maior.

Na aurora do protagonismo constitucional, os Tribunais Constitucionais tomam especial importância na vida cotidiana, ao se colocarem como guardiães das normas constitucionais e do próprio sistema por elas instituídas, sendo que as decisões tomadas são passíveis de serem estendidas à totalidade da população.

Com a maior atuação dos Tribunais Constitucionais – em Portugal e no Brasil – compartilham semelhanças e diferenças ao tratamento da matéria, a composição de suas Cortes, efeitos das decisões e procedimentos, mas encontram pontos convergentes em determinadas circunstâncias, servindo de inspiração e exemplo mútuos.

O objetivo da presente investigação reside na análise sobre a efetividade das Cortes Constitucionais – O Tribunal Constitucional em Portugal e o Supremo Tribunal Federal no Brasil – com intuito de verificar se cumprem o papel idealizado como poder constituído nos limites de suas competências e atingem o efetivo propósito de atingimento de justiça e pacificação social.

Para tanto, a metodologia empregada será de abordagem dedutiva, hipotética-dedutiva e dialética, com procedimentos comparativos – visto da aplicação do método comparado entre os sistemas –, os estudos de julgados e análise histórica, através de fontes bibliográficas e documentais.

Os capítulos se dividem em três grandes vetores, partindo do primeiro como uma reanálise do processo que conduziu a Constituição a ocupar lugar de fonte primária de validade do ordenamento jurídico de cada Estado e os movimentos encampados pelos Estados no período pós-guerras, com a ascensão dos direitos fundamentais como premissas básicas e a constituição como instrumento de garantia às liberdades fundamentais contrariamente aos impulsos totalitários.

Dentro desse contexto, o surgimento da jurisdição constitucional e sua complexa estrutura de controle, a fim de manter-se estável e efetiva dentro dos ideais planejados no momento do poder constituinte, analisando os modelos de controle de constitucionalidade – o modelo concentrado de matriz germânica e o modelo difuso de gênese norte-americana.

Na continuidade, o capítulo seguinte se debruça sobre o sistema de jurisdição constitucional português, partindo de uma análise histórica de afirmação através dos textos constitucionais vigentes, as dificuldades e avanços encontrados nos períodos de alternância entre regimes ditatoriais e democráticos.

Ainda, dedica-se a verificação analítica das formas de controle de constitucionalidade que vigoram no sistema misto português, sopesando, em detalhes, as conceituações doutrinárias e os posicionamentos tomados pela jurisprudência do Tribunal Constitucional com relação a questões controvertidas, no intuito de demonstrar os momentos e procedimentos de controle.

Na sequência, a análise se concentra na atuação do Tribunal Constitucional: legitimidade democrática, competência, atuação, decisões e efeitos, trazendo uma concatenação de julgados pontuais e divergências doutrinárias com o objetivo de visualizar o alcance das decisões tomadas pela Corte, além de aferir a interação do Tribunal Constitucional Português com as normas de direito comunitário e a influência da União Europeia, fazendo uma digressão a partir de casos práticos e compilando com as manifestações doutrinárias.

Como mote da dissertação é o método de comparação dos sistemas jurídicos, o terceiro capítulo se dedica ao sistema constitucional brasileiro, iniciando-se com a análise do complexo sistema de controle de constitucionalidade interno, partindo da análise histórica, com intuito de discernir os institutos atuais e entendê-los dentro da evolução da função da Constituição.

Após a leitura histórica, dedica-se ao conteúdo das matérias analisadas pelo Supremo Tribunal Federal, sua composição e legitimidade democrática, efeitos das decisões tomadas pela Corte (temporais, formais e materiais), além do impacto nas relações sociais, com ultimo enfoque na segurança jurídica almejada.

De igual forma, utiliza-se de casos paradigmáticos no intuito de apresentar o posicionamento do Supremo Tribunal Federal em assuntos relevantes, bem como fixar entendimentos aclamados ou rechaçados pela doutrina, com colocação das críticas existentes, com o fim de aclarar os institutos em estudo.

Por fim, a conclusão busca aglutinar os pensamentos surgidos pela racionalização do tema, fazendo a reflexão necessária sobre os assuntos abordados, sem a pretensão de esgotar o conteúdo, mas com a manifestação dos pontos positivos e negativos dos sistemas analisados e a possibilidade de adoção de determinadas posições que poderiam trazer benefícios mútuos.

1. A CONSTITUIÇÃO COMO NÚCLEO DO ESTADO MODERNO

1.1. O protagonismo constitucional

Inicialmente, destaca-se que a investigação, não objetiva esgotar o tema, tampouco pormenorizar os sistemas jurídicos, mas sim confrontar sistemas paradigmáticos, propiciando a discussão e evolução do direito interno, num recíproco movimento de universalização de institutos.

Isto posto, o recorte temporal se inicia com a ideia amadurecida de Estado, com os posicionamentos dominantes do final do séc. XVIII, donde já se conhecia, sobretudo pela evolução dos pensamentos iluministas, a concepção de Estado na sua forma essencial, com elementos definidos: população, território e soberania.

Esta concepção advém dos Tratados de Vestefália (1648), onde emergiu uma nova definição de Estado, vinculado à uma noção de soberania e centralização do poder político a despeito do domínio da Igreja que marcou a Idade Média.

Quando da análise de tal lição, indissociável o exame elaborado por Montesquieu na obra *O Espírito das Leis*, sobretudo com a contribuição para a fixação da ideia de separação dos poderes como basilar da República democrática, denotando a questão da liberdade do particular frente ao poderio Estatal: “em um Estado, isto é, numa sociedade onde existem leis, a liberdade só pode consistir em poder fazer o que se deve querer e em não ser forçado a fazer o que não se tem o direito de querer¹”.

Mas, dentro de um contexto de poder, a forma mais plausível de garantir que não haja abuso pelos investidos em cargos é o fracionamento, respeitando a autonomia e competência de cada um deles, a fim de propiciar a liberdade dos seus cidadãos. Para Montesquieu, a liberdade política está alinhavada com a igualdade entre os cidadãos: “é esta tranquilidade de espírito que provém da opinião que cada um tem sobre a sua segurança; e para que se tenha esta liberdade é preciso que o governo seja tal que um cidadão não possa temer outro cidadão²”.

Nesse modelo de Estado, há de se destacar as experiências americana e francesa com similitudes, e, o caso da Inglaterra, com sua construção histórica de preceitos constitucionais como experimento singular, todas como base do constitucionalismo moderno, o qual: “segue

¹ MONTESQUIEU – *O Espírito das Leis*. p. 74.

² *Idem* – *Op. Cit.* p. 5.

marcando o constitucionalismo contemporâneo, embora em processo de permanente reconstrução³”.

Com a ascensão do modelo de estado democrático de direito pelo mundo ocidental, a constituição moderna guarda traços comuns, mormente com relação a sua essência e conteúdo, chegando ao quase consenso com relação a suas características ideais: limitação do poder público e garantia de direitos humanos.

Nas palavras de Loewenstein, a função da constituição é exatamente frear a crescida do poder, tornando-o um meio para o atingimento de um fim social, não somente um fim em si mesmo: “significa, em síntese, a criação de instituições através de lei formal para limitar e controlar o poder político e vincular o exercício desse poder a normas bilateralmente vinculantes para os detentores dos poderes políticos⁴”.

Mas a invenção não advém da doutrina, senão da própria Declaração Universal dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789: “Art. 16.º A sociedade em que não esteja assegurada a garantia dos direitos nem estabelecida a separação dos poderes não tem Constituição⁵”.

Assim, fica claro que a Constituição como marco histórico de concretização de um momento evolutivo da humanidade aflorou no final do séc. XVIII e permeia os sistemas jurídicos do mundo ocidentalizado, trazendo em sua essência dois vetores indissociáveis da sua gênese: separação dos poderes e garantia dos direitos humanos.

A elevação da Constituição como pedra angular do sistema jurídico interno de cada Estado, definindo posições jurídicas aos seus cidadãos, vinculando as ações de seus governantes garante a existência do Estado Democrático de Direito, nascido na Alemanha na figura do *Rechtstaat*, após, foi “incorporado à doutrina francesa, em ambos como um debate apropriado pelos juristas e vinculado a uma percepção de hierarquia das regras jurídicas, com o objetivo de enquadrar e limitar o poder do Estado pelo Direito⁶”.

Há um fracionamento dos sistemas desenvolvidos no Estados Unidos da América e na Europa, sendo que a experiência americana decorre da concatenação das colônias recém-libertas da Coroa Inglesa, as quais em movimento de cessão de suas soberanias, criam um Estado Federado, dando início a existência de uma unidade federativa, mantida a autonomia dos Estados frente a União.

³ SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel – **Curso de Direito Constitucional**. p. 38.

⁴ Karl Loewenstein *apud* CANOTILHO, José Joaquim Gomes – **Direito Constitucional**. p. 64.

⁵ **DECLARAÇÃO UNIVERSAL DOS DIREITOS E DO CIDADÃO**, de 26 de agosto de 1789.

⁶ STRECK, Lênio Luiz; MORAES, José Luis Bolzan de – **Ciência Política & Teoria do Estado**. p. 70.

A figura do federalismo acabou por ser replicada em vários Estados soberanos, sobretudo, aqueles de território extenso, visto da necessidade de manter-se uma unidade federativa, com valores universais, respeitando as peculiaridades de cada estado-membro. Para a eficiência de tal modelo, far-se-ia necessário uma Constituição rígida, com cláusulas cotáveis que, num segundo momento, deveria conviver com “freedoms”, “civil rights” e “fundamental rights”.

A Constituição passou a ser o alicerce do Estado Federado, tendo em vista suas características capazes de manter o mesmo unido sob sua égide, conferindo uma ordem jurídica ao Estado Federal, com objetivos comuns, mas respeitando os interesses locais das regiões, ou seja, a Federação se sustenta na Constituição Federal, que se caracteriza como seu fundamento jurídico e instrumento regulador⁷.

Na Europa, com a queda dos regimes monárquicos e a crescente adoção do sistema parlamentarista de governo, com uma natural proximidade entre legislativo e executivo, incrementou-se a discussão acerca de fórmulas de limitação do poder político do Estado, tendo como expoentes Hans Kelsen e Carl Schmitt, que opunham visões sobre o tema, especialmente quanto à interpretação da norma constitucional.

Hans Kelsen dispôs o Direito como objeto de estudo, expurgando os elementos estranhos ao estudo da norma jurídica, dando ensejo ao chamado normativismo, o qual advém de sua obra Teoria Pura do Direito, fracionado em dois grandes momentos, a primeira versão na década de 1930, no período entre as Grandes Guerras, já a segunda, na década de 1960, sob influência do sistema jurídico americano, com base em três pontos centrais: “a) a norma jurídica pertence a ordem social; b) a norma jurídica não se confunde com a norma moral; e, c) a consistência de uma norma ‘hipotética’ fundamental⁸”.

Assim, surgiu a idealização de um Tribunal Constitucional superposto aos poderes constitucionais do Estado, com a função de guardião da Constituição, cabendo, inclusive declaração de inaplicabilidade de decisões políticas, quando contrárias as normas constitucionais.

No sentido oposto, a teoria proposta por Carl Schmitt se opunha a criação de um órgão de controle externo na figura de um Tribunal Constitucional, sobretudo por entender que feriria a democracia, a qual era espectro da vontade soberana e não aceitava submissão a uma norma

⁷ MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO; Paulo Gustavo Gonet – **Curso de Direito Constitucional**.

⁸ PIRES, Alex Sander Xavier – **Súmula Vinculante e Liberdades Fundamentais**. p. 149.

posta, ante a ausência de legitimidade frente as ações tomadas pelo representante eleito pela maioria.

Naquele contexto, aliado ao momento vivido na República de Weimar, com a ascensão do nacional socialismo, Carl Schmitt que sempre se pôs contrário a teoria liberal, posto que “acabara por chegar justamente ao posicionamento defendido por Laband cinquenta anos antes: a revisão dos atos legislativos por um tribunal independente é uma afronta clara à soberania estatal⁹”.

A aplicação, naquela época, do entendimento de Carl Schmitt influenciou a decisão no caso “Prússia contra Reich”, onde o Tribunal do Estado se negou a definir os poderes de atuação do Presidente e seu Chanceler, levando a Adolf Hitler ao poder do Reich Alemão sem contrariar a ordem democrática, sobretudo por estar investido da legitimidade popular capaz de executar o controle da constituição a chancela da ordem democrática.

Com o assentamento de regimes ditatoriais no início do séc. XX, mormente os regimes fascistas e nazistas, calcados na premissa de soberania interna e pseudolegitimidade democrática para impor regimes de exceção, aplicando as minorias os temores de perseguições políticas, religiosas e étnicas, fizeram reverberar a discussão acerca dos limites das ações governamentais.

A situação fez com que a comunidade internacional elaborasse regras e princípios de ordem ampla, os quais reconhecem posições jurídicas mínimas para a existência digna de qualquer ser humano, independente sob qual soberania o mesmo fosse regido. O momento pós-guerra se mostrou favorável a aproximação dos Estados para concretização da concepção de direitos de ordem universal.

Assim, com o advento da Declaração Universal dos Direitos Humanos (1948), inaugurou-se um novo momento para a comunidade global, onde os Estados soberanos deveriam cooperar para um bem-comum, admitindo algumas posições jurídicas como universais a seus cidadãos.

Já no preâmbulo da DUDH ficou evidenciada a necessidade da lei servir tanto ao Estado quanto ao indivíduo, vedando a utilização da mesma como forma de repressão desmedida do governante ao ponto de gerar rompimento do sistema instituído, visto que considerou ser essencial que os direitos humanos fossem protegidos pelo império da lei, a fim de evitar que tenha que se rebelar contra a tirania e opressão¹⁰.

⁹ Gilmar Mendes *apud* Carl Schmitt. SCHMITT, Carl – **O Guardião da Constituição**. p. XI.

¹⁰ **DECLARAÇÃO UNIVERSAL DOS DIREITOS HUMANOS**, 10 de dezembro de 1948. Preâmbulo.

A democracia calcada nas funções estatais estabelecidas e divididas entre Executivo, Legislativo e Judiciário dominaram tal momento histórico, com a ressalva de que “essa é a marca distintiva da democracia substantiva do segundo pós-guerra: as condições mínimas da igualdade essencial de todos os homens – da sua dignidade humana – deveriam ficar protegidas de eventuais investidas majoritárias¹¹”.

O constitucionalismo pós Segunda Guerra devolveu a ideia de garantia de liberdade a partir da lei, tendo a Constituição como garantidora do sistema, estipulando uma releitura e renovação aos movimentos que permearam o reconhecimento de direitos fundamentais de forma universal¹².

Importante destacar o momento histórico de reconstrução da Europa pós-guerra, não só em seu sentido literal, mas também extensivo ao contexto social, cultural e jurídico, visto do surgimento de novas constituições após tal período, com a renovação de seus textos constitucionais: França (1946); Itália (1947); Bulgária (1948) e Alemanha (1949), onda que se propagou também na América Latina: Brasil (1946); Peru e Venezuela (1947) e México (1948).

Assim, a era da constitucionalização das relações, que outrora era vista como um risco à ordem democrática passou a ser vista em sentido oposto, como instrumento de proteção, posto que detém força normativa, protegida por mecanismos de censura aos atos que eventualmente a desrespeitem¹³.

A partir da colocação da constituição como enfoque principal do sistema jurídico de uma nação, as normas contidas (sentido formal e material) passam a operarem como uma verdadeira bússola das ações dos governantes e na garantia das liberdades dos cidadãos.

Ao justificar a necessidade de existência de um Tribunal Constitucional ou Tribunal Supremo, o argumento de que a Constituição assumindo característica de norma jurídica, a decorrência natural: “Se se pretende que a Constituição seja mais do que retórica política, seja mais que obrigação moral, quando se pretende que os valores constitucionalmente consagrados vinculem efetivamente a maioria política¹⁴”, obrigando juridicamente os poderes públicos, sendo imprescindível a existência de uma jurisdição constitucional com imputação dessas desempenhos a um poder judicial autônomo.

¹¹ MENDONÇA, Eduardo – A constitucionalização da política: entre o inevitável e o excessivo. **Jurisdição Constitucional em 2020**, p. 127.

¹² PIRES, Alex Sander Xavier; TRINDADE, Carla Dolenzel; AZNAR FILHO, Simão – **Constitucionalismo Luso-brasileiro**.

¹³ MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet – **Curso de Direito Constitucional**.

¹⁴ NOVAIS, Jorge Reis – **Em Defesa do Tribunal Constitucional**, p. 29.

Nesse segmento, as ações dos gestores públicos, dos legisladores e de todos aqueles legitimados pelo povo devem seguir as normas impostas na Constituição, se assemelhando ao movimento translacional dos planetas em torno do Sol, onde todas as normas do ordenamento jurídico deverão seguir a gravidade emanada da Constituição¹⁵.

Dentro desse cenário, o amadurecimento de mecanismos de proteção a constituição, deslocando ao Tribunal Constitucional ou seu equivalente Supremo Tribunal Federal, a guarda da Constituição, e, por consequência da própria existência do Estado Democrático de Direito, norteiam as ações desenvolvidas no presente trabalho, com análise das formas de controle e, sobretudo, dos órgãos de controle existentes nos sistemas (português e brasileiro).

1.2. A jurisdição constitucional e suas formas de controle

Primeiramente, há de se traçar uma construção dos sistemas de controle adotados pelas ordens constitucionais, em especial por suas origens distintas, tendo como destaque o modelo norte-americano (controle difuso) e modelo austro-germânico (controle concentrado), dando início por este.

A lógica kelseniana foi o cerne do surgimento e afloração do sistema austríaco de controle de constitucionalidade (controle concentrado): “assim é que, insatisfeito com a teoria do Poder Constituinte enquanto fundamentação racional do fenômeno jurídico por um viés político-sociológico, Kelsen buscou dar um cunho estritamente normativo ao fundamento de validade do direito positivo¹⁶”, dando azo à teoria auto nominada lógico-transcendental, isto é a norma fundamental (*grundnorm*).

O papel de protagonismo da constituição dentro dos sistemas jurídicos existentes tem como consequência um duplo vértice: as ações dos agentes públicos, neles incluídos os próprios legisladores e governantes, que devem, obrigatoriamente, seguir uma lógica, uma ideologia direcionada pela própria Constituição; de outro lado, as ações produzidas em desacordo com os ditames constitucionais devem ser revistas, para aplicar seu fim desejado.

Dentro desse cenário, tem-se, a partir da ideia de normatividade da Constituição, com seus *status* de norma central do sistema jurídico, a criação de um órgão específico para análise das demandas oriundas da aplicação ou não do conteúdo normativo da Constituição, o Tribunal

¹⁵ MIRANDA, Jorge – Controle da Constitucionalidade e Direitos Fundamentais. **Revista da EMERJ – Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro.**

¹⁶ RAMOS, Elival da Silva – **Controle de constitucionalidade no Brasil: perspectivas de evolução.** p. 140.

Constitucional idealizado por Kelsen fomenta um modelo de controle de constitucionalidade através da Corte, fora da estrutura típica do Poder Judiciário, concentrando as ações nesses tribunais¹⁷.

A deslocamento da Constituição de mero “livro de intenções políticas” para uma “efetiva garantidora de todo o sistema” impeliu várias análises sobre o próprio Estado de Direito, como aponta Alex Sander Xavier Pires ao analisar as preposições de Dworkin:

“que vê o Estado de Direito por duas acepções: a ‘centrada no texto legal’ que congraça todo o fundamento básico e histórico de sua formação, haja vista que impõe a todos, indivíduos e poder público, o escorreito cumprimento das normas públicas previamente sancionadas, com a previsão, inclusive, da forma de sua alteração; e, a ‘centrada nos direitos’, que orienta a positivação tanto das regras morais quanto dos direitos políticos para que possam ser opostos pelos interessados, em sede judiciária, contra aqueles que obstarem seu acesso¹⁸”.

A criação de um sistema de proteção demandaria a concepção de mecanismos pela própria Constituição (visto da sua característica impositiva e organizacional) de um órgão capaz de interpretar seus preceitos ao passar do tempo de sua vigência, partindo da ideia que o controle de constitucionalidade das leis deveria ser realizado por órgão único, com competência exclusiva, a fim de garantir a validade das leis em conformidade com a constituição¹⁹.

Especificamente quanto da análise da fundamentação do sistema de hierarquia de normas, Hans Kelsen afirma:

“a ordem jurídica não é um sistema de normas jurídicas ordenadas no mesmo plano, situadas umas ao lado das outras, mas é uma construção escalonada de diferentes camadas ou níveis de normas jurídicas. A sua unidade é produto da conexão de dependência que resulta do fato de a validade de uma norma, que foi produzida de acordo com outra norma, se apoiar sobre essa outra norma, cuja produção, por sua vez, é determinada por outra; e assim por diante, até abicar finalmente na norma fundamental - pressuposta. A norma fundamental - hipotética, nestes termos - é, portanto, o fundamento de validade último que constitui a unidade desta interconexão criadora. Se começarmos levando em conta apenas a ordem jurídica estadual, a Constituição representa o escalão de Direito positivo mais elevado²⁰”.

Para a figura do controle de constitucionalidade concentrado, a Europa, em sua maioria, adotou o sistema de criação de Tribunais Constitucionais, desvinculados do Poder Judiciário,

¹⁷ MIRANDA, Jorge – Controle da Constitucionalidade e Direitos Fundamentais. **Revista da EMERJ – Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro**.

¹⁸ PIRES, Alex Sander Xavier; TRINDADE, Carla Dolenzel; AZNAR FILHO, Simão – **Constitucionalismo Luso-brasileiro**. p. 82.

¹⁹ FERREIRA LEITE, Luís – **O Tribunal Constitucional e o Sistema Político**.

²⁰ KELSEN, Hans – **Teoria Pura do direito**. p. 155.

mas legitimados pelo poder político, como no caso do Tribunal Constitucional Espanhol²¹ e Português²², ambos com membros majoritariamente indicados pelos representantes do poder político.

Contudo, a opção por criação de Tribunais Constitucionais não esgotou a possibilidade da utilização do controle difuso de constitucionalidade, que manteve ativo no sistema jurídico português, delineado como a competência para análise da norma sob à ótica constitucional, podendo reconhecer, no caso concreto, a inconstitucionalidade das normas, deixando-as de aplicar na solução da lide.

Nos Estados Unidos da América, o processo foi surpreendentemente mais rápido, desde o início do séc. XIX, a Carta Constitucional é reconhecida como o texto legislativo com maior posição hierárquica, devido ao fato de apresentar peculiaridades históricas, refletindo-as em sua Constituição, aprovada em 17 de setembro de 1787, com “o pragmatismo dos *founding fathers* (pais fundadores) e a dinâmica dos fatos acabaram por propiciar à América do Norte a chance de incorporar em um documento normativo as propostas iluministas que sopravam entre os continentes, especialmente no Atlântico Norte²³”.

O processo de construção histórica da Constituição dos Estados Unidos da América denota uma menor preocupação com a usurpação do poder político pelo Poder Judiciário, sobretudo pela cessão voluntária da soberania das Colônias Britânicas a uma Federação recém-criada, com a necessidade de imposição de normas comuns a todos os estados integrantes.

Dentro desse contexto de superioridade das normas constitucionais em relação às demais normas, proporcionou aos juízes a função de controlar a legitimidade constitucional das leis. Posteriormente, observou-se o caso *Marbury vs Madison*, em 1803, que viria a se tornar o primeiro precedente de controle constitucional.

Em apertada síntese, o caso versava sobre as eleições de 1800, que foram vencidas pelo partido republicano, tanto para o Executivo (com Thomas Jefferson), como para o Legislativo. No apagar das luzes de seu governo, John Adams e o Congresso, no qual os federalistas ainda detinham maioria, articularam-se para conservar sua influência política através do Poder

²¹ “Artículo 159 - 1. El Tribunal Constitucional se compone de 12 miembros nombrados por el Rey; de ellos, cuatro a propuesta del Congreso por mayoría de tres quintos de sus miembros; cuatro a propuesta del Senado, con idéntica mayoría; dos a propuesta del Gobierno, y dos a propuesta del Consejo General del Poder Judicial”.

²² “Artigo 222º - 1. O Tribunal Constitucional é composto por treze juízes, sendo dez designados pela Assembleia da República e três cooptados por estes”.

²³ SOUTO, João Carlos – **Suprema Corte dos Estados Unidos - principais decisões**. p. 3.

Judiciário, em 13 de fevereiro de 1801, aprovam lei que determinava reorganização do Judiciário Federal²⁴.

John Marshall, Presidente da Suprema Corte, também indicado por Adams, não teve tempo de concluir a nomeação das novas indicações até o dia que Jefferson tomou posse. James Madison, Secretário de Estado do novo governo, recusou-se a realizar a investiduras aos novos juízes, orientado pelo novo presidente que acabara de assumir, dentre eles estava William Marbury.

Irresignado, Marbury propôs ação judicial (*writ of mandamus*), em dezembro de 1801, relatado por Marshall. O desfecho se deu apenas na sessão de 1803 pela Suprema Corte Americana, concluindo que a lei federal, que lhe incumbia competência para emitir o *mandamus* contrariava a Constituição Federal. As palavras proferidas por John Marshall, Presidente da Suprema Corte Norte-Americana resume bem a discussão naquele caso:

“ou a Constituição é uma lei superior, soberana, irreformável por meios comuns; ou se nivela com atos de legislação usual e, como esses, é reformável ao sabor do Legislativo. Se a primeira proposição é verdadeira, então o ato legislativo, contrário à Constituição, não será lei; se é verdadeira a segunda, então as cláusulas escritas na Constituição são absurdos esforços do povo, por limitar um poder de sua natureza ilimitável²⁵”.

As alterações dos modelos não permitem olvidar de suas semelhanças: “a jurisdição da política, a politização da jurisdição, a constitucionalização das leis, o regular funcionamento das demais instituições políticas e a defesa de um acervo de direitos fundamentais²⁶”.

Os sistemas de controle de constitucionalidade brasileiro e português são mistos, pois combinam os sistemas jurídicos estrangeiros, o de controle abstrato austro-germânico, baseado na doutrina de Hans Kelsen; e de controle concreto do *judicial review*, de origem norte-americana. Passados mais de um século da gênese dos sistemas originais, subsiste a necessidade de delimitação dos poderes conferidos aos Tribunais Constitucionais, sobretudo pelo crescente protagonismo experimentado pelo Poder Judiciário.

Nesse contexto, a abordagem da “mudança do paradigma constitucional” da constituição formal para a constituição material serve como balizador da mudança experimentada nos sistemas jurídicos ocidentais no século XX, delimitados aos expoentes da pesquisa: Brasil e Portugal.

²⁴ BARROSO, Luís Roberto – **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência**.

²⁵ John Marshall *apud* FIUZA, Ricardo Arnaldo Malheiros – **Direito Constitucional Comparado**. p. 311.

²⁶ FERREIRA LEITE, Luís – **O Tribunal Constitucional e o Sistema Político**. p. 98.

A evolução em ambos os países passa pela fixação do regime democrático, tendo como expoentes as constituições vigentes (Portugal – 1976 e Brasil – 1988), que alargaram substancialmente o conteúdo normativo dos direitos individuais e coletivos dos seus cidadãos, sob influência da afirmação dos direitos humanos.

O conceito de Constituição formal remete-se ao documento escrito instituído por poder constituinte, a fim de delimitar a existência do Estado, através de dispositivos normativos e dogmáticos insertos no texto, sendo que todos os dispositivos se revestem de *status* constitucional.

Esta forma positivista de enxergar a Constituição tem sua limitação quanto à extensão dos seus efeitos, sobretudo por limitar as ações alinhavadas no texto constitucional, colocando como necessário a alteração do texto constitucional através de emenda para elevar a norma ao patamar constitucional, o que se reveste de vício, pois o Direito está acima da lei, pois existem valores suprapositivos, princípios não escritos capazes de dar sentido à norma impressa²⁷.

A escolha trilhada pelos ordenamentos jurídicos modernos, sobretudo com a edição de Cartas Constitucionais com forte conteúdo principiológico e de caráter dogmático, foi reconhecer a existência de preceitos constitucionais fora do texto escrito da constituição, ao que se reconhece serem materialmente parte desta.

Como experiência singular, a Inglaterra não possui uma Constituição compilada em um único documento formal, posto que foi moldado com o decorrer dos séculos, não distingue poder constituinte e poderes constituídos, além de não incutir o princípio da supremacia da constituição²⁸, o que não indica a ausência de normas materialmente constitucionais.

As normas materialmente constitucionais são aquelas que mesmo não inseridas no texto constitucional escrito, ante a sua natureza são consideradas como partes integrantes da constituição, sobretudo como mecanismos de organização e exercício do poder, direitos e garantias fundamentais e garantia da própria Constituição.

No Brasil, após a edição da Emenda Constitucional nº 45/2004, foi inserido o §3º ao artigo 5º da Constituição, elevando os tratados que versem sobre direitos humanos a emendas à Constituição e consequente cláusula pétrea (de retirada proibida) do rol de direitos constitucionais, desde que aprovadas em votação de quórum qualificado junto ao Congresso Nacional²⁹.

²⁷ MIRANDA, Jorge – **Teoria do Estado e da Constituição**.

²⁸ SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel – **Curso de Direito Constitucional**.

²⁹ CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL de 05 de outubro de 1988. “Art. 5º [...] § 3º Os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso

Desta forma, o conceito material de constituição será composto pelo conjunto de normas que balizem as competências dos órgãos estatais e delimitem as interações e controles existentes entre eles, além de normas que limitam a atuação do poder político sobre a esfera de direitos individuais dos cidadãos.

Contudo, não é possível esgotar o conceito, visto da variação de seu conteúdo em determinado contexto histórico: “por isso, é tendencialmente correcto afirmar que não há reserva de constituição no sentido de que certas matérias têm necessariamente de ser incorporadas na constituição pelo poder constituinte³⁰”.

No direito francês, amoldou-se a ideia de bloco de constitucionalidade, que subsiste para identificar a existência de normas materialmente constitucionais fora da Constituição, rechaçando a preposição de que somente seriam constitucionais as normas inseridas em seu corpo, alargando seu conteúdo material a outros textos normativos³¹.

Assim, pode-se de dizer que o conceito de constituição moderna se dilatou a fim de contemplar direitos humanos existentes e futuros, mesmo sem a formalização em seu texto, trazendo uma amplitude de proteção ao cidadão sem precedentes, mas arbitrando ao Poder Judiciário liberdade para decidir sobre temas, lastreado por princípios inseridos no texto constitucional.

Sobre a questão, Jürgen Habermas já demonstrava preocupação com a incerteza que poderia ocorrer quanto a incerteza ou indeterminação do direito aplicável, considerando que “o tribunal constitucional só tem a ver com casos de colisão; suas decisões têm quase sempre o caráter de decisões sobre princípios. Por isso, na autorização constitucional para o exercício da jurisdição³²”.

Conferindo ampla margem interpretativa ao Poder Judiciário, igualmente concede-se poder em demasia aos julgadores, visto que poderão utilizar de qualquer solução existente entre o campo normativo, incluso os princípios para apresentar uma solução “justa” ao pleito em julgamento.

Ao contrário dos limites impostos nos diagramas legislativos e administrativos para a utilização da discricionariedade, o juiz não se guia por critérios de conveniência e oportunidade

Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais”.

³⁰ CANOTILHO, José Joaquim Gomes – **Direito Constitucional**. p. 68.

³¹ BARROSO, Luís Roberto – **Curso de Direito Constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**.

³² HABERMAS, Jürgen – **Direito e democracia: entre a facticidade e validade**. p. 303.

política, mas sim por sua análise do caso concreto em subsunção a norma, a fim de encontrar uma solução justa para o caso, buscando lastrar-se pela consciência jurídica em geral³³.

O processo de enfraquecimento do Poder Legislativo ocorreu por conta da ausência de representatividade de seus membros com a população e aumento da heterogeneidade, culminando com a falta de quórum para delimitação de questões relevantes para a sociedade, fazendo com que discussões sejam realizadas em outras esferas.

Pela característica do Poder Judiciário em fundamentar suas decisões em argumentações idôneas como requisito de validade, naturalmente se tornou o caminho secundário para a criação de normas, outrora de papel do Poder Legislativo. O problema reside na forma aberta das normas principiológicas que deixam azo a uma dimensão criativa do julgador e pode interferir no processo de conformação das políticas públicas³⁴.

A questão da dimensão criativa encontra especial relevância nos Tribunais Constitucionais, sobretudo pela extensão de suas decisões, sendo que para John Hart Ely, na leitura de Jürgen Habermas: “uma jurisdição juridicamente criativa do tribunal constitucional justificar-se-ia a partir de seu distanciamento da política, bem como a partir da racionalidade superior de seus discursos profissionais³⁵”.

A construção de um Poder Judiciário como solução às fraquezas dos demais poderes constituídos chancelou seu agigantamento, com o fomento de parte da doutrina (se não sua maioria), no intuito de garantir os preceitos constitucionais plasmados nos princípios.

Contudo, a lição de Montesquieu se mostra atual no contexto do exercício do poder legiferante realizado pelos julgadores: “tampouco existe liberdade se o poder de julgar não for separado do poder legislativo e do executivo. Se estivesse unido ao poder legislativo, o poder sobre a vida e a liberdade dos cidadãos seria arbitrário, pois o juiz seria legislador³⁶”.

A existência de um Estado Democrático de Direito remonta a ideia de justiça calcada nas regras postas na Carta Constitucional, servindo o Estado como mecanismo de atenuação da discrepância social, ao fim de limitar a ação de outras forças – econômicas, naturais ou sócias – como vetores da imposição da vontade de determinado grupo sob outros.

O ordenamento deve transcender a vontade formal do legislador, no intuito de encontrar um sentido substantivo de justiça, tratando-se de entendê-lo como um “bloco de ordenação normativa proveniente da ação daqueles órgãos, mas dotado de um sentido substantivo

³³ RAMOS, Elival Silva – **Ativismo judicial: parâmetros dogmáticos**.

³⁴ MENDONÇA, Eduardo – A constitucionalização da política: entre o inevitável e o excessivo. **Jurisdição Constitucional em 2020**.

³⁵ John Hart Ely *apud* HABERMAS, Jürgen – **Direito e democracia: entre a facticidade e validade**. p. 329.

³⁶ MONTESQUIEU – **O Espírito das Leis**. p. 75.

determinado. A ordenação jurídica desse Estado haverá de ser, necessariamente, uma ordenação justa³⁷”.

Nesse trilhar, surge ambiente fértil para a judicialização da política e o império das decisões principiológicas, que podem servir aos valores normativos inseridos no princípio, sob a singela rubrica da realização da justiça, nos moldes das mais variadas teses jurídicas, com efeito de validar ações de ativismo judicial.

A escalada da utilização dos princípios jurídicos baseados no incremento de uma ruptura com a ótica formalista acaba maximizando a dimensão criativa inerente as interpretações e fomentando uma aproximação entre direito e moral no momento da aplicação jurídica ao caso concreto, o que pode ser temerário, ante a pluralidade de grupos sociais³⁸.

A concepção exposta por Ronald Dworkin sobre o ativismo judicial, indica que os tribunais: “devem desenvolver princípios de legalidade, igualdade e assim por diante, revê-los de tempos em tempos à luz do que parece ser a visão moral recente da Suprema Corte, e julgar os atos do Congresso, dos Estados e do presidente de acordo com isso³⁹”.

O enfoque da pesquisa se mostra delineada neste contexto histórico, visto que as decisões do Tribunal Constitucional português e do Supremo Tribunal Federal brasileiro estão arreigadas de fundamentação principiológica, trazendo novas fronteiras sobre a extensão e limitação de seus poderes dentro do contexto democrático.

As questões atinentes a ampliação de competência dos órgãos de controle e eventual ação direcionada ao ativismo judicial, bem como a resistência dos demais poderes da tríade institucional do Estado moderno, além dos conflitos das garantias de direitos individuais na sociedade massificada são tracejadas pelas decisões acerca das normas constitucionais.

Assim, as decisões sobre a interpretação da Constituição definem os caminhos a serem trilhados pelo poder político na condução das políticas de governo, além de decisões impactantes na harmonia social, com decisões sobre vencimentos de aposentadoria, tributos, prisões, dentre outros, que demonstram os caminhos a serem trilhados pelo ordenamento jurídico dos sistemas estudados.

³⁷ CLÈVE, Clèmerson Merlin – Ações afirmativas, justiça e igualdade. **Temas de direito constitucional**. p. 749.

³⁸ MENDONÇA, Eduardo – A constitucionalização da política: entre o inevitável e o excessivo. **Jurisdição Constitucional em 2020**.

³⁹ DWORKIN, Ronald – **Levando os direitos a sério**. p. 252.

2. O SISTEMA DE JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL PORTUGUÊS

A centralidade da Constituição nos Estados modernos se traduz na materialização dos preceitos constitucionais no sistema jurídico, tornando necessária a criação e aperfeiçoamento de sistemas de proteção das normas contidas nas referidas Constituições, a fim de fazer prevalecer os seus comandos.

Contudo, o *status* experimentado atualmente foi construído ao longo do tempo, com avanços e retrocessos da ordem democrática, passando pelo amadurecimento da técnica legislativa, a fim de respeitar a votante soberana do povo, sem ultrapassar os limites basilares impostos pela Constituição.

Para tanto, a figura do Tribunal Constitucional, inserida da Revisão Constitucional de 1982, passou a ser protagonista da proteção da Constituição da República, impondo a *mens legis* do constituinte, protegendo a ordem democrática, garantindo os direitos fundamentais e limitando ações ilegais de governantes.

Assim, em conjunto com os mecanismos de controle difuso de constitucionalidade, aparatam um sistema misto e complexo de proteção à Constituição e dos direitos nela inseridos, sendo primaz a análise de sua construção e moldagem à realidade do Estado português até a visão moderna.

Com esse espectro de fundo, realizar-se-á a análise evolutiva do controle de constitucionalidade no sistema jurídico português, a fim de demonstrar a efetividade ou não do Tribunal Constitucional, bem como a correlação com os demais poderes e com o bloco europeu.

2.1. Evolução a partir dos textos constitucionais anteriores

A história de Portugal é bastante rica, desde seus primórdios até a consagração do modelo constitucionalista vigente, passando por longos períodos de centralização política, situações ditatoriais e democracia moderna.

Com destaque, o movimento do constitucionalismo português guarda especial importância, por: “ter em elevada conta a legalidade, em respeito à limitação do exercício do poder político na leitura da separação dos poderes e da reiteração da histórica separação entre

as questões civis e criminais no âmbito da regulamentação normativa⁴⁰, por primar pela sua codificação e sem olvidar das garantias individuais e direitos fundamentais.

O sistema de fiscalização da constitucionalidade portuguesa se divide em três grandes períodos anteriores ao modelo vigente, quais são: I. O período monárquico liberal (Cartas de 1822; 1826 e 1838), centralizado na fiscalização política; II. O período republicano liberal (Carta de 1911) calcado na fiscalização difusa da constitucionalidade e III. O Período autoritário (Carta de 1933) que tornou a fiscalização judicial bastante escassa, denotando um movimento pendular quanto à centralidade do texto constitucional na organização do sistema político-jurídico.

No que tange ao período monárquico liberal, englobando os três primeiros textos constitucionais, ficou marcado pela adoção do modelo de fiscalização política, visto que os tribunais eram alheios à atividade de fiscalização, restando ao Parlamento a função, cabendo-lhe a análise de conformidade das leis com a Constituição⁴¹.

Em contraponto, “este facto não significou, porém, completa indiferença da doutrina e legislação portuguesas relativamente à ‘bondade’ da submissão da lei ao controle judicial, na senda da conhecidíssima tradição da *judicial review*”⁴².

O modelo de controle difuso foi inserido a partir da Constituição de 1911, valendo-se da experiência americana, influenciada do modelo da Constituição brasileira de 1891, por ser paradigma mais próximo do sistema português, ante as similitudes entre ambos os Estados, compartilhando traços culturais e organizacionais na recém-declarada República brasileira.

Da leitura do artigo 63º da Constituição de 1911, fica evidente a adoção do princípio do *judicial review* dos atos legislativos em discordância com a Constituição, visivelmente influenciada pela Constituição brasileira de 1891 que trouxe legitimidade a queda do Império e ascensão da forma republicana no Brasil.

Com a outorga da Constituição Portuguesa de 1933, restou estipulados os meios de fiscalização política, na forma do seu artigo 91º, competindo à Assembleia Nacional a vigilância pelo cumprimento da Constituição e das leis, além da fiscalização judicial de forma mitigada, prevista no artigo 122º, que indicava a possibilidade dos tribunais em não aplicarem leis, decretos ou atos legislativos em discordância com a Constituição⁴³.

⁴⁰ PIRES, Alex Sander Xavier; TRINDADE, Carla Dolenzel; AZNAR FILHO, Simão – **Constitucionalismo Luso-brasileiro**. p. 85.

⁴¹ GOUVEIA, Jorge Bacelar – **Manual de Direito Constitucional – Volume II**.

⁴² CANOTILHO, José Joaquim Gomes – **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. p. 903.

⁴³ CONSTITUIÇÃO PORTUGUESA de 11 de abril de 1933. “Art. 122º - 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 consagrados”.

Contudo, de fato, a fiscalização nesse período histórico era bastante diminuta, sobretudo pela vigência de regime ditatorial: “o controle era, porém, excluído quando se tratasse de inconstitucionalidades orgânicas ou formais de diplomas carecidos de promulgação do Chefe de Estado⁴⁴”

Antes da abertura democrática, vigorou por tempo transitório o regime pré-constitucional, por conta da revisão ocorrida em 1971, mas a ruptura como adveio somente com a revolução de 1974, inaugurando a época atual de acontecimentos, diversidade ideológicas, pluralidade social e política, encaminhando o país ao regime democrático, respeitando as tendências descentralizadoras e regiões autónomas⁴⁵.

Nesse período, cumpre destacar o surgimento de um órgão de caráter técnico-jurídico denominado Comissão Constitucional que exercia ao lado do Conselho da Revolução controle de constitucionalidade, sendo que: “à Comissão foi atribuída também uma competência decisória própria, que era de reapreciar, em recurso obrigatório, as decisões judiciais que desaplicassem, com fundamento em inconstitucionalidade, normas legais⁴⁶”.

Ante o exposto, é seguro afirmar que Portugal – a partir da sua Constituição de 1911 – inaugurou o modelo de controle difuso de constitucionalidade no continente Europeu, o qual mantém-se presente até a atualidade no sistema jurídico. Vale destacar que a fiscalização através do controle difuso de constitucionalidade já era realidade nos Estados Unidos da América e no Brasil independente.

Ainda, a ambivalência da existência de sistemas de controle jurídico e político demonstra a alternância de sistemas e de governos no decorrer histórico do país, sendo natural a mutação diante dos objetivos de cada governo, mas a prevalência do sistema de controle judicial eleva o constitucionalismo português a novo patamar no que tange a centralidade da constituição e o dever dos órgãos instituídos à sua proteção.

2.2. A análise a partir da Constituição Portuguesa de 1976

Durante os debates da Assembleia Nacional Constituinte, diversos políticos se manifestavam sobre a importância de um controle diferente do político para as normas constitucionais, indicando que a abertura para que um órgão como o Conselho da Revolução

⁴⁴ CANOTILHO, José Joaquim Gomes – **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. p. 904-905.

⁴⁵ MIRANDA, Jorge – **Teoria do Estado e da Constituição**. p. 91.

⁴⁶ COSTA, José Manuel M. Cardoso da – **A Jurisdição Constitucional em Portugal**. p. 13.

pudesse julgar a constitucionalidade de uma norma lastreado por critérios de conveniência e oportunidade poderia gerar o perigo de que leis ordinárias pudessem ferir direitos fundamentais⁴⁷.

A máxima da existência de um controle externo ao poder político é exatamente limitar a atuação deste com relação a garantia de direitos fundamentais e propriamente a limitação da atuação do poder político, não detendo livre autorização para ações contrárias as posições jurídicas basilares do ordenamento criado.

Em que pese as discussões aprofundadas em sede da constituinte, a proposta que se tornou o texto aprovado não contemplava a figura do Tribunal Constitucional, mas nem por isso era desprovida de novidades ao sistema misto de controle de constitucionalidade.

A originalidade do sistema instituído na ordem constitucional transitória após a revolução de 25 de Abril é marcada pela criação de novas formas de fiscalização: fiscalização das omissões e fiscalização preventiva dos atos legislativos, além da criação da Comissão Constitucional, com pluralidade de funções, servindo como órgão consultivo e órgão de julgamento dos recursos de constitucionalidade provenientes dos tribunais: “o carácter não definitivo das decisões dos tribunais que julgassem no sentido da inconstitucionalidade, pois tais decisões eram recorríveis para a CC (recurso obrigatório, para o MP, em alguns casos)⁴⁸”.

A saída encontrada tem relação com o contexto histórico e político experimentado à época, sobretudo pela ocorrência de movimentos contrarrevolucionários que se insurgiam em 1975, dando ensejo à institucionalização do Movimento das Forças Armadas e do Conselho da Revolução como órgão de soberania, consoante a Lei n.º 5/75, de 14 de março que trazia em suas justificativas: “considerando que os acontecimentos ocorridos em 11 de Março de 1975 impõem uma tomada de atitudes muito firmes por parte do Movimento das Forças Armadas⁴⁹”.

Antes da promulgação da Constituição em 25 de abril de 1976, houve a revogação e substituição da lei vigente pelo 2.º Pacto dos Partidos com o Movimento das Forças Armadas, que retomou “a regulamentação dos órgãos de soberania. Merece uma longa atenção o Conselho da Revolução, órgão a quem passa a ser conferido o controle da constitucionalidade das leis⁵⁰”.

Diante da redução drástica da fiscalização jurisdicional em face da fiscalização política exercida pelo Conselho da Revolução, não houve reações significativas da magistratura, sobretudo pela falta de ambiente propício à confrontos mais ríspidos: “mas para isso contribuiu

⁴⁷ FIUZA, Ricardo Arnaldo Malheiros – **Direito Constitucional Comparado**.

⁴⁸ CANOTILHO, José Joaquim Gomes; MOREIRA, Vital – **Fundamentos da Constituição**. p. 238.

⁴⁹ LEI n.º 5/75, de 14 de março.

⁵⁰ LEITE, Luís Ferreira – **O Tribunal Constitucional e o Sistema Político**. p. 153.

também uma certa desconfiança em relação à magistratura, por um lado, e um certo alheamento desta em relação ao significado da fiscalização da constitucionalidade⁵¹”.

Os anos que se sucederam criaram situações de conflito e críticas à atuação do Conselho da Revolução, que raras vezes se atinha aos pareceres da Comissão Constitucional, visto que as lideranças partidárias (eleitas democraticamente) se sentiam violadas pela atuação do Conselho, por ser órgão externo e de natureza militar, sem equivalência em nenhuma outra nação europeia⁵².

O próprio pedido de ingresso na Comunidade de Estados Europeus em 1977 fomentou a ruptura com a existência de um órgão não democrático no sistema jurídico português. Assim, estaria pavimentado o caminho para o surgimento do Tribunal Constitucional como órgão de controle de constitucionalidade, retirando o poder do Conselho da Revolução e delegando-o ao órgão recém-criado.

Muitas propostas foram ventiladas para chegada de consenso quanto ao modelo de Tribunal Constitucional implementado pela Revisão Constitucional de 1982, mantendo, temporariamente, a existência da Comissão Constitucional até 06 de abril de 1983, extinta em definitivo com o início dos trabalhos do Tribunal Constitucional, criado pela Lei nº 1/82, de 30 de setembro daquele ano.

As etapas de criação para um Tribunal Constitucional funcional passaram pela própria revisão constitucional e pela criação da Lei do Tribunal Constitucional, visto que a lei previu “a manutenção do controle preventivo e da fiscalização da inconstitucionalidade por omissão, por outro lado, a (não) intervenção do Presidente da República na nomeação de juízes do Tribunal⁵³”, restando diversas questões abertas que foram solucionadas pela LTC recém criada.

Com o surgimento e definição das atribuições do Tribunal Constitucional, chegou-se ao arquétipo do modelo de sistema de controle de constitucionalidade utilizado em Portugal, contudo as alterações advindas nas revisões constitucionais de 1989 e 1997, imprimiram uma identidade de órgão de controle (a título principal) e para apreciar questões incidentais de inconstitucionalidade por via de recursos específicos⁵⁴.

Optou-se por um sistema misto de controle de constitucionalidade, levando em conta elementos do sistema americano e do sistema germânico, alargando as funções do Tribunal

⁵¹ ARAÚJO, António – A construção da jurisdição constitucional portuguesa: o nascimento do Tribunal Constitucional. **Análise Social**. p. 889.

⁵² LEITE, Luís Ferreira – **O Tribunal Constitucional e o Sistema Político**.

⁵³ *Idem* – **Op. Cit.** p. 936.

⁵⁴ CANOTILHO, José Joaquim Gomes – **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**.

Constitucional, trazendo como chave a distinção entre os sistemas de fiscalização: concreto (perante situações fáticas) e abstrato (análise de situação hipotética)⁵⁵.

A partir do fortalecimento da instituição do Tribunal Constitucional, seu contributo para o amadurecimento da democracia, reafirmando a soberania da população manifestada na Constituição e a fiscalização das ações políticas e governamentais (legalidade e constitucionalidade), reforça a importância de primeira grandeza da proteção das normas constitucionais, garantindo sua centralidade no sistema jurídico.

Assim, o sistema referenciado prevê diferentes formas de controle de constitucionalidade, além de momentos para sua realização e estrutura de processamento, com amplitude de acordo com a natureza do julgamento, o que será aprofundado na sequência dos estudos.

2.3. Formas do Controle de Constitucionalidade

Com a instituição do Tribunal Constitucional, abriu-se nova era do controle de constitucionalidade no ordenamento português, visto que se adotou um sistema misto, levando em conta o sistema da *judicial review* (difuso) com influência norte-americana e do controle abstrato (concentrado) de matriz germânica, influenciado por Hans Kelsen.

O sistema português não corresponde a nenhuma das matrizes em comento, mas sim uma fusão de ambos os sistemas fiscalizatórios, em contraponto aos pares europeus que tendem ao sistema de jurisdição constitucional concentrada, tornando “a ‘mistura’ portuguesa ainda mais isolada, sublinhando, portanto a sua notável singularidade⁵⁶”.

A aplicação do modelo do controle difuso está presente pela possibilidade de os juízes de qualquer instância declararem a inconstitucionalidade incidental, a fim de obter um resultado para um caso concreto, gerando efeitos *inter partes*, superando um simples poder, revestindo-se em verdadeiro dever, posto que vinculado pela Constituição a fiscalizar e aplicar as normas jurídicas de acordo com a ordem constitucional, realizando fiscalização de validade em todos os casos julgados⁵⁷.

A Constituição da República Portuguesa aduz em seu artigo 204.º ao tratar da apreciação da inconstitucionalidade que, ao analisar quaisquer feitos levados a julgamento, os tribunais

⁵⁵ MIRANDA, Jorge – **Teoria do Estado e da Constituição**.

⁵⁶ AMARAL, Maria Lúcia – O modelo português de Jurisdição constitucional: Análise Crítica. **Anuário Iberoamericano de Justicia Constitucional**, p. 21.

⁵⁷ CANOTILHO, José Joaquim Gomes – **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**.

não poderão aplicar normas que infrinjam o contido no texto constitucional ou em seus princípios⁵⁸.

O modelo português, nesse particular, destoa dos pares europeus, ao passo que compete ao magistrado a apreciação do mérito constitucional, quando versar sobre elemento necessário ao deslinde da causa, sem a obrigatória suspensão do processo para decisão do Tribunal Constitucional.

A ausência de um recurso prejudicial está fomentada por ser a Constituição Portuguesa inovadora no continente Europeu, trazendo a aplicação do *judicial review*, deixando de lado o instituto do recurso de amparo ou queixa constitucional⁵⁹.

Assim, não que se falar em um sistema de incidentes de inconstitucionalidade, com a suspensão do processo e envio ao Tribunal Constitucional, visto que os tribunais têm poder de decisão quanto a interpretação da Constituição e não apenas suscitar a dúvida, como nos sistemas alemão e italiano.

No contexto da Jurisdição constitucional portuguesa, pode-se extrair três grandes formas de fiscalização da constitucionalidade das normas, quer sejam por ação (artigos 277.º - 282.º), em momento anterior a sua vigência (preventiva) e após a sua vigência (sucessiva), donde se encontram a fiscalização concreta; abstrata, abstrata com base na fiscalização concreta, e, por fim, a possibilidade de inconstitucionalidade por omissão.

2.3.1. O controle abstrato preventivo da constitucionalidade

Da análise semântica, é possível aferir que o controle preventivo é aquele que acontece durante o processo elaboração das normas, e por consequência antes de sua vigência, com o intuito de impedir de pronto aquelas normas manifestamente inconstitucionais, funcionando como uma análise protetiva do sistema jurídico.

A Constituição de 1976 consagrou a possibilidade de um controle abstrato preventivo de alguns diplomas legislativos (arts. 278.º e 279.º), sob influência do sistema francês de fiscalização constitucional, que diferencia o controle incidido sobre normas imperfeitas, visto

⁵⁸ CONSTITUIÇÃO PORTUGUESA de 25 de abril de 1976. “Artigo 204.º – Apreciação da inconstitucionalidade – Nos feitos submetidos a julgamento não podem os tribunais aplicar normas que infrinjam o disposto na Constituição ou os princípios nela consignados”.

⁵⁹ VAZ, Manuel Afonso *et al* – **Direito Constitucional: O Sistema Constitucional Português**.

que a decisão do Tribunal não se reveste de anulação de normas, mas detém natureza de veto ou reabertura de processo legislativo⁶⁰.

Contudo, a análise das normas não ocorre de forma automática, sendo necessária a provocação do Tribunal Constitucional, o qual se manifestará somente quanto à constitucionalidade, afastada as questões de ilegalidade, visto que estas não atacam diretamente a Constituição.

Concernente à legitimidade para desencadear o processo de verificação da constitucionalidade, conforme previsão do art. 278.º n.º I e II da Constituição, a iniciativa é dividida individualmente entre o Presidente da República e os Representantes da República⁶¹, destacando a amplitude do sistema preventivo no Direito Português.

A verificação será facultativa, enquanto seu objeto de fiscalização se estende por diversas possibilidades, inclusive dos atos estaduais e regionais, não afastando a possibilidade de fiscalizar atos de natureza política ou legislativas⁶².

Como se trata de verificação que antecede um ato de incorporação de norma no ordenamento jurídico, a importância da pronta resposta quanto ao seu enquadramento nos ditames legais é de suma importância, visto que poderia ser usada como ferramenta de óbice à atividade legiferante.

Desta forma, os prazos são diminutos, fixado em oito dias, a contar da recepção do diploma pelo Presidente da República, Representante da República ou da comunicação pelo Presidente da Assembleia da República ao Primeiro-Ministro e aos grupos parlamentares do envio ao Presidente da República do decreto para promulgação como lei orgânica. Já o prazo para pronúncia do Tribunal Constitucional está previsto no art. 278.º, n.º 8, sendo de 25 (vinte e cinco) dias.

No tocante aos efeitos da consulta realizada ao Tribunal Constitucional, a continuidade do processo de inserção da norma no ordenamento jurídico irá encontrar diferentes rumos, variando de acordo com a natureza jurídica da pronúncia e da origem da proposta.

⁶⁰ CANOTILHO, José Joaquim Gomes – **Direito Constitucional**.

⁶¹ CONSTITUIÇÃO PORTUGUESA de 25 de abril de 1976. “Artigo 278.º - 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”.

⁶² GOUVEIA, Jorge Bacelar – **Manual de Direito Constitucional – Volume II**.

Em se tratando de atos legislativos em geral, a declaração de inconstitucionalidade terá efeito vinculativo ao veto, vedando a promulgação do diploma, ou seja, proibindo sua entrada em vigor, devolvendo ao órgão que o tiver provindo, servindo a decisão do Tribunal Constitucional como fundamentação idônea para tanto.

Considerando a competência da Assembleia da República quanto à sua função legiferante precípua, existirão os seguintes caminhos para a continuidade do processo: a retirada das normas tidas como inconstitucionais, como uma reformulação do projeto, sendo que a negativa da Assembleia é tida como um fim ao procedimento legislativo, ou seja, uma opção pelo encerramento da proposta.

No caso de confirmação da proposta, desde que votada pela maioria de dois terços dos Deputados presentes, e em número superior a maioria absoluta dos Deputados em exercício, destacando que “deste modo se obtendo um reforço da vontade parlamentar no sentido de se pretender a perfeição do diploma, aumentando-lhe a legitimidade por comparação com a votação anterior⁶³”.

Além da função de redobrar a legitimidade da legislação em formação, deve-se destacar o nítido aumento da dificuldade para o atingimento da maioria qualificada, visto que a formação heterogênea da Assembleia da República, exigindo um esforço coletivo e de grupos políticos adversários para a derrubada do veto por inconstitucionalidade.

Noutro ponto, no caso de aprovação por maioria qualificada, ainda subsiste o veto presidencial político, “em qualquer dos casos, todavia, a decisão de ratificação/promulgação, respetivamente, depende da discricionariedade do Presidente da República, tratando-se por conseguinte de uma faculdade e não de um dever⁶⁴”.

Quando da ocorrência de declaração de inconstitucionalidade de ato de decreto do Governo, está-se diante de um veto definitivo e absoluto, visto a inexistência de meio jurídico hábil para derrubada do veto, considerando que a Constituição não previu procedimento em sentido a superar a decisão do Tribunal Constitucional.

Contudo, nada impede que o Governo converta o decreto declarado inconstitucional em projeto de lei, encaminhando-o ao Poder Legislativo, a fim de que exerça o poder que lhe é imanente.

⁶³ GOUVEIA, Jorge Bacelar – **Manual de Direito Constitucional – Volume II**. p. 1367.

⁶⁴ VAZ, Manuel Afonso *et al* – **Direito Constitucional: O Sistema Constitucional Português**. p. 167.

A previsão contida no art. 278.º, n.º 2. da Constituição Portuguesa⁶⁵ denota a possibilidade de os Representantes da República requererem a avaliação preventiva da constitucionalidade de qualquer norma advinda de decreto legislativo regional que demande de assinatura, o que gera discussão quanto ao tirocínio a se aplicar no caso de pronúncia de inconstitucionalidade.

A interpretação do dispositivo não gera unanimidade na doutrina, visto que para Manuel Afonso Vaz: “parece ser de afastar a superação de veto por inconstitucionalidade por parte das Assembleias Legislativas das Regiões Autónomas. O facto, porém, de haver dúvidas só torna mais incompreensível que tenha sido suprimido este esquema de confirmação⁶⁶”.

De outra banda, calcado no pensamento de Jorge Bacelar Gouveia a realidade do órgão: “trata-se de um órgão do mesmo modo como uma estrutura colegial ampla, de tipo assembleia, no qual se podem espelhar, plurilisticamente, as sensibilidades político-partidárias presentes no seio do espectro partidário regional”, sendo que essa pluralidade representa a opinião democrática daquela comunidade⁶⁷.

Quando enfrentada a situação prática pelo Tribunal Constitucional, por ocasião do julgamento do n.º 151/93⁶⁸, que se referia à adoção de leis de bases por regiões autónomas, proveniente das normas contidas no artigo 1.º, n.º 2, Decreto-Lei n.º 44/84 e da integralidade do Decreto legislativo Regional n.º 18/97/A, de 18 de novembro, se posicionou pela possibilidade da derrubada do veto por apreciação da Assembleia Legislativa Regional⁶⁹.

⁶⁵ CONSTITUIÇÃO PORTUGUESA de 25 de abril de 1976. “Artigo 278.º – Fiscalização preventiva da constitucionalidade – 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”.

⁶⁶ VAZ, Manuel Afonso *et al* – **Direito Constitucional: O Sistema Constitucional Português**. p. 169.

⁶⁷ GOUVEIA, Jorge Bacelar – **Manual de Direito Constitucional – Volume II**. p. 1374.

⁶⁸ Acórdão n.º 151/93 do TC de 26.03.1993 (Luís Nunes de Almeida), in <http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/19930151.html#_ftn1> (23.03.2019).

⁶⁹ “Tudo ponderado, porém, e apesar de a solução, pelas razões apontadas pelos vários autores citados, se afigurar aberrante no que respeita à interdependência de poderes entre órgãos de soberania e órgãos próprios das regiões autónomas, opta-se por considerar constitucionalmente admissível a confirmação pelas assembleias regionais, por maioria qualificada de dois terços dos deputados presentes, dos diplomas vetados pelos Ministros da República, na sequência de uma pronúncia de inconstitucionalidade pelo Tribunal Constitucional, em sede de fiscalização preventiva. A tal conclusão parece se dever necessariamente chegar face não apenas à vontade conjectural mas à própria vontade expressa do legislador constituinte, que, *in casu*, corresponde, aliás, ao teor literal do preceito interpretando. Com efeito, a nova redacção do artigo 279.º, n.º 2, quanto a este ponto, decorreu de uma proposta apresentada em comissão, quando da primeira revisão constitucional, pelo Deputado Correia de Jesus (PSD), que, sem qualquer ambiguidade, logo determinou o verdadeiro sentido e alcance dessa proposta, ao referir que ela se destinava a viabilizar a solução já consagrada, então, no Estatuto dos Açores, e que permitia às assembleias regionais ultrapassarem o veto por inconstitucionalidade do Ministro da República, em sede de fiscalização preventiva, solução que já merecera, também, acolhimento por parte da Comissão Constitucional”. DECRETO LEGISLATIVO REGIONAL N.º 19/1997/1 de 4 de Novembro. [Em linha]. Disponível em: <http://azores.gov.pt/JO/Serie+I/1997/S%C3%A9rie+I+N%C2%BA+46+de+13+de+Novembro+de+1997/Decreto+Legislativo+Regional+N%C2%BA+19+de+1997.htm>. (23.03.2019).

A posição adotada talvez se justifique ante o retrospecto histórico da promulgação da Constituição de 1976, sobretudo por conferir a um órgão político, como *status* de revolucionário o poder de decidir quanto a efetividade (através do controle de constitucionalidade) da vontade democrática exprimida pelas Assembleias de Deputados, sejam nacionais ou regionais.

No que tange aos referendos, se trata de “fiscalização preventiva obrigatória” da constitucionalidade e legalidade: “com finalidade de verificar previamente se a proposta de referendo está de acordo com as regras e os princípios constitucionais (e, bem assim, com as normas legais, desde logo com as Leis Orgânicas dos Referendos)⁷⁰”.

De igual sorte, em esforço imaginário, poder-se-ia suscitar a possibilidade de reação a pronúncia de inconstitucionalidade, ante a manifestação direta da vontade popular, ou a apreciação pela Assembleia da República, contudo nesse contexto, a decisão possui efeitos singulares.

Nesse caso hipotético, os efeitos da decisão do TC ganhariam contornos especiais no caso de reconhecimento de inconstitucionalidade ou ilegalidade, visto que “não há lugar a qualquer possível confirmação e unicamente se admite o expurgo da proposta do referendo”, mas a declaração de constitucionalidade não geraria maiores óbices ao recebimento da proposta no ordenamento jurídico⁷¹.

Em termos práticos, a utilização do instituto de fiscalização abstrata preventiva de constitucionalidade tem guardado contornos assertivos, visto que utilizado com efetiva dosagem e dirimindo questões pontuais, respeitando-se a independência dos poderes.

A utilização do referido instituto se mantém diminuta, mas relevante ao sistema de controle de constitucionalidade, como se percebe das ações encaminhadas ao Tribunal Constitucional desde o ano de 2015, conforme informação veiculada em seu sítio eletrônico, sendo dois casos em 2015; dois casos em 2017; e, apenas um caso em 2018⁷².

Desse modo, com o fim de promover a proteção do ordenamento jurídico com ações que visam a prevenção de ingresso de normas de direito internacional (tratados e acordos), promulgação de decretos e leis manifestamente inconstitucionais, propiciando subsídios jurídicos para fundamentação de vetos por inconstitucionalidade, funciona como verdadeira barreira de razoabilidade aos excessos dos demais poderes, sem, contudo, adentrar na esfera de independência dos mesmos.

⁷⁰ CORREIA, Fernando Alves – **Jurisdição constitucional**. 2016. p. 185.

⁷¹ GOUVEIA, Jorge Bacelar – **Manual de Direito Constitucional – Volume II**. p. 1376.

⁷² Pesquisa com base na plataforma disponível em <http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/>

2.3.2. O controle concreto de constitucionalidade

O sistema de controle concreto de constitucionalidade português detém características singulares aos seus pares, visto que mesmo consagrando a possibilidade de os tribunais analisarem de forma incidental a constitucionalidade da norma no caso concreto, via de regra, haverá intervenção necessária do Tribunal Constitucional.

Da leitura do artigo 204.º da Constituição Portuguesa⁷³, retira-se que nos feitos submetidos a julgamento, os tribunais não poderão basear suas decisões em normas que sejam contrária o disposto na Constituição ou os princípios nela consignados, infere-se que fora concedido a todos os tribunais a competência para analisar a subsunção da norma quanto a sua constitucionalidade.

De pronto, surge a primeira singularidade do sistema, a qual, inclusive é motivo de críticas por parte da doutrina, a ausência da figura do recurso de amparo ou queixa constitucional para garantia de direitos fundamentais, visto que a competência do Tribunal Constitucional quando da análise em controle concentrado prescinde de decisão judicial.

Contudo, a figura do Provedor de Justiça, com legitimidade processual no âmbito de fiscalização sucessiva abstrata (art. 23.º, 281.º e 283.º da Constituição) busca complementar o sistema de acesso ao Tribunal Constitucional, realizando análise perfunctória de indícios de violação de direitos fundamentais e desencadeando a atuação do Tribunal Constitucional.

A atuação se dará em casos de natureza judicial, o viés de análise concreta deriva da natureza do direito analisado, posto que advém de um caso verdadeiro, levado pelas partes ao julgador para apreciação, sendo a vertente constitucional imperiosa para a solução da demanda, ou seja, a análise do elemento constitucional é essencial ao deslinde do feito.

Assim, a fiscalização da constitucionalidade das normas é concreta, visto que incide sobre fontes normativas já existentes, passando a ser objeto de deliberação a partir do momento que o tribunal é convocado a resolver uma situação real, não podendo se valer de fontes inconstitucionais para resolver a demanda.

Nesse sentido, o alargamento das possibilidades de juízo de constitucionalidade reside no pensamento emanado pelo juiz Marshall no caso *Madison vs. Marbury* indicando que caso: “os tribunais devem observar a constituição, e se esta é superior a qualquer lei ordinária do

⁷³ CONSTITUIÇÃO PORTUGUESA de 25 de abril de 1976. “Artigo 204.º – Apreciação da inconstitucionalidade – Nos feitos submetidos a julgamento não podem os tribunais aplicar normas que infrinjam o disposto na Constituição ou os princípios nela consignados”.

poder legislativo, é a constituição e não a lei ordinária que há de regular o caso a que ambos dizem respeito⁷⁴”.

As possibilidades interventivas do Tribunal Constitucional quando da realização de controle concentrado de constitucionalidade encontram-se dispostas no artigo 280.º da Constituição da República e na Lei Orgânica do Tribunal Constitucional - LOTC, onde a segunda detalha o procedimento necessário ao enfrentamento da matéria.

Quanto ao trâmite da verificação, importante destacar sua metodologia e elementos, a fim de esclarecer o procedimento adotado pelo ordenamento jurídico. Ao primeiro passo, a legitimidade para suscitar a inconstitucionalidade da norma, em que a figura do Ministério Público tem função destacada, considerando que poderá ocupar o posto de parte ou o múnus de defensor da legalidade, e, portanto, da constitucionalidade, poderá intervir a fim de garantir o fiel cumprimento das normas, além de casos em que deverá interpor recurso obrigatório.

Além do poder-dever de cada magistrado apreciar a inconstitucionalidade das normas relacionadas a solução da demanda, a pertinência do Ministério Público quanto à legitimidade confere ao recurso para o Tribunal Constitucional um caráter misto, posto que o recurso não “tem somente uma finalidade subjetiva de defesa de direitos e interesses das pessoas (art. 20.º da Constituição), tem também uma finalidade objetiva de defesa da integridade da ordem jurídica; e tal fica ainda reforçado quando se torna obrigatório (art. 280.º, n.º 3)⁷⁵”.

Contudo, por uma questão de racionalidade processual, sobretudo para evitar que sejam rediscutidas matérias com entendimentos já consolidados, o Ministério Público poderá deixar de apresentar recurso em casos cuja matéria já tenha sido objeto de deliberação pelo Tribunal Constitucional, consoante disposição do artigo 72.º, n.º 4 da Lei do Tribunal Constitucional⁷⁶.

Isso se mostra claro, visto que a análise do Tribunal Constitucional será sobre a norma e não sobre a decisão proferida, pois “tem seu objeto restringido à questão de constitucionalidade, referindo-se esta, não à constitucionalidade da própria decisão recorrida, mas da norma ou normas que nesta foram aplicadas (ou recusadas por inconstitucionalidade)⁷⁷”.

Ademais, as partes do processo poderão interpor recursos dentro das suas esferas de legitimidade, observada a lei reguladora do processo de origem, suscitando a questão de inconstitucionalidade como meio para obtenção do direito principal objeto da ação⁷⁸.

⁷⁴ CANOTILHO, José Joaquim Gomes – **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. p. 892.

⁷⁵ MIRANDA, Jorge – **Fiscalização da Constitucionalidade**. p. 253.

⁷⁶ LEI n.º 28/82, de 15 de novembro.

⁷⁷ BELEZA, Maria dos Prazeres Pizarro – Subsistência do controle difuso ou migração para um sistema concentrado de reenvio prejudicial. **Perspectivas de Reforma da Jurisdição constitucional em Portugal e no Brasil**. p. 91.

⁷⁸ CORREIA, Fernando Alves – **Jurisdição constitucional**.

Quanto ao objeto do recurso, é o meio incidental veda a análise da matéria constitucional como objeto direto da ação judicial, sendo questão paralela ao deslinde do caso concreto, portanto estar-se-á diante de uma análise pontual de constitucionalidade ou legalidade da norma atacada.

A questão suscitada pode contemplar o controle de legalidade, caracterizado pela análise da conformidade de atos normativos com as leis já em vigor, podendo ser realizado tanto pelos Tribunais, quanto pelo TC quando a ilegalidade advém de relações entre leis com valor reforçado e atos legislativos desconformes. Ainda, pelos Tribunais Administrativos quando a ilegalidade resulte da violação de leis por atos normativos inferiores à elas ou por atos administrativos individuais e concretos⁷⁹.

A análise da necessidade do controle é feita pelo tribunal *a quo*, fracionando a análise em determinar se existe norma, dentro do sentido compreendido pelo Tribunal Constitucional, para na sequência aferir se a norma tem relevância ao caso *sub judice*, ainda, se está em descompasso com o parâmetro constitucional.

Os elementos que formam os pressupostos específicos do recurso são: a aplicação de norma reputada inconstitucional pelo julgador de forma expressa ou implícita; que o juízo sobre a constitucionalidade da norma seja parte integrante do *ratio decidendi* e não um mero *obiter dictum* da decisão recorrida e que a inconstitucionalidade tenha sido arguida durante o processo⁸⁰.

A *ratio decidendi* engloba não só o dispositivo da decisão, mas todo o caminho lógico-argumentativo para concluir-se daquela forma, em suma, as razões utilizadas a determinada conclusão são partes da mesma, e não apenas retórica para contextualização (*obiter dictum*), sem efeitos diretos na conclusão decisória.

Não obstante, o Tribunal Constitucional tem aberto exceções importantes quanto à necessidade de arguição de inconstitucionalidade antes da decisão recorrida, em destaque pela ausência de oportunidade processual ou quando tenha sido confrontado de surpresa^{81 82}.

⁷⁹ CANOTILHO, José Joaquim Gomes – **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**.

⁸⁰ *Idem* – ***Ibidem***.

⁸¹ Acórdão n.º 1/2004 - “Porém, as referidas regras conhecem exceções, que contemplam quer as situações especiais em que, por força de uma norma legal específica, o poder jurisdicional se não esgota com a prolação da decisão recorrida, quer aquelas situações, de todo excepcionais ou anómalas, em que o recorrente não dispôs de oportunidade processual para suscitar a questão de constitucionalidade antes de proferida a decisão recorrida ou que, tendo essa oportunidade, não lhe era exigível que suscitasse então a questão de constitucionalidade”. Acórdão n.º 1/04 do TC de 07.01.2004 (Mário José de Araújo Torres), in <<http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20040001.html>> (05.02.2019).

⁸² Acórdão n.º 87/2003 – “Deste modo, em princípio, e consoante é jurisprudência consolidada e reiterada deste Tribunal, não verificada a suscitação durante o processo – tomada esta locução nesse sentido funcional –, não se verificaria um dos pressupostos de admissibilidade do recurso, de indispensável congregação. Exceptuam-se, no

A delimitação do objeto pelo recorrente é relevante para a análise do Tribunal Constitucional, nos moldes do disposto no art. 79.º-C, 1ª Parte da LOTC⁸³, que estipula o poder de julgamento concernente à norma aplicada ou que teve recusada sua aplicação, mas não ficará adstrito aos fundamentos trazidos pelas partes ou julgadores pretéritos, visto o disposto no art. 79.º-C, 2ª Parte da LOTC, a qual configura a aplicação do princípio *iura novit curia* – cabendo ao julgador a aplicação da fundamentação competente ao caso.

A tramitação do recurso junto ao Tribunal Constitucional encontrará variações de acordo com a decisão combatida ter reconhecido a inconstitucionalidade ou não, aliado ao histórico de decisões sobre o assunto, visto que a Corte se divide em seções e poderá ser requisitada a decisão do plenário.

As possibilidades de chamamento do Plenário para decisão acerca da matéria levada a julgamento encontram subsídio nas normas contidas nos art. 79.º-A e 79.º-D da LOTC, que objetivando prevenir divergências na jurisprudência, traduzindo-se em segurança, pois todos “os juízes na decisão de questões de especial importância ou de grande complexidade e a necessidade de ultrapassar divergências entre decisões das Secções sobre questões de constitucionalidade ou de legalidade respeitantes à mesma norma jurídica⁸⁴”.

A consequência prática quanto ao chamamento do Plenário para julgamento é a segurança jurídica das decisões, visto que o mecanismo é acionado quando da ocorrência de mudança de entendimento quanto a matéria já decidida, bem como em casos de relevância jurídica, a fim de propiciar maior debate quando da análise da matéria aventada.

Em eventual caso de não recebimento do recurso interposto junto ao Tribunal de origem, ainda é possível a utilização do recurso de amparo, que detém características de reclamação constitucional, levando ao próprio Tribunal Constitucional a decisão sobre sua competência, em fenómeno delineado como *Kompetenz-Kompetenz*.

Quando da análise do tema, em referência ao Acórdão n.º 316/85, Jorge Miranda conclama que: “é o Tribunal Constitucional quem decide sobre a sua própria competência – e

entanto, do rigor deste critério, aqueles casos excepcionais ou anómalos em que o recorrente não tenha disposto de oportunidade processual para exercer o ónus de invocação da questão ou em que, de todo, não era previsível a aplicação da norma ou do sentido normativo aplicado na decisão recorrida, casos em que só então será admissível a suscitação em momento subsequente (cfr., a título meramente exemplificativo, os acórdãos deste Tribunal n.ºs. 62/85, 90/85, 450/87, 94/88, 160/94, 155/95 e 249/94, publicados, respectivamente, no Diário da República, II Série, de 31 de Maio e 11 de Julho de 1985, 22 de Agosto de 1988, 28 de Maio de 1994, 20 de Junho de 1995 e Acórdãos do Tribunal Constitucional, 43, 733)”.
⁸³ 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. Acórdão n.º 87/03 do TC de 14.02.2003 (Alberto Tavares da Costa), in < <http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20030087.html> > (23.05.2018).

⁸⁴ CORREIA, Fernando Alves – **Jurisdição Constitucional**. p. 233.

dizendo-o definitivamente – se as questões que sobem até ele para serem julgadas são ou não questões de inconstitucionalidade ou de ilegalidade⁸⁵”.

Ainda, a fim de garantir a aplicação do princípio do *due process of law*, a inadmissibilidade de envio ao Tribunal Constitucional poderá ser questionada, sendo julgada pelo próprio TC, visto que a Constituição dispõe em seu art. 20º. n.º 1 que é garantido o “acesso aos tribunais” e eventual limitação ao direito de recurso estaria por limitar a aplicação de preceito constitucional.

Concernente aos efeitos das decisões proferidas pelo Tribunal Constitucional, a sua extensão terá contornos diferentes dependendo do resultado atingido, no que tange ao reconhecimento ou não da inconstitucionalidade ou ilegalidade alegadas.

As decisões de provimento são aquelas que o TC julga inconstitucional a norma impugnada de forma incidental, já no caminho inverso estão os julgamentos que ratificam a constitucionalidade da norma, confirmando a decisão do Tribunal de origem⁸⁶.

Nos termos do art. 80.º, n.º 1 da LOTC: “A decisão do recurso faz caso julgado no processo quanto à questão da inconstitucionalidade ou ilegalidade suscitada⁸⁷”, isso significa dizer que a decisão proferida pelo Tribunal Constitucional vincula o juízo *a quo* no caso concreto, que fica obrigado a concluir de acordo com os apontamentos proferidos pelo Tribunal *ad quem*.

O oposto ocorre quando desaplicada a norma pelo Tribunal *a quo*, o TC entende pela constitucionalidade desta, devolvendo os autos à origem determinando a reformulação da decisão, com base no seu julgamento, reafirmando a aplicação da norma e todas suas consequências jurídicas possíveis⁸⁸.

A situação se repete ao caso em que o juiz originário aplicou norma posteriormente declarada inconstitucional pelo Tribunal Constitucional, situação na qual se determina a baixa dos autos e tomada de nova decisão seguindo os preceitos constitucionais argumentados, devendo o magistrado ou colegiado adequar a decisão ao entendimento proferido pelo TC.

O fenômeno não caracteriza uma repristinação na norma, posto que o TC não substitui a decisão tomada anteriormente, tampouco a anula, não podendo se falar em repristinação. Contudo, persiste a obrigação do Tribunal de origem decidir de acordo com o entendimento exarado quanto a (in)constitucionalidade⁸⁹.

⁸⁵ MIRANDA, Jorge – **Fiscalização da Constitucionalidade**. p. 273.

⁸⁶ CANOTILHO, José Joaquim Gomes – **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**.

⁸⁷ LEI n.º 28/82, de 15 de novembro.

⁸⁸ VAZ, Manuel Afonso *et al* – **Direito Constitucional: O Sistema Constitucional Português**.

⁸⁹ *Idem* – **Idibem**.

Ainda, subsistem na forma do art. 80º, n.º 3, nos casos de interpretação da norma analisada pelo TC, a obrigatoriedade da mesma conclusão interpretativa lançada pelo órgão de controle, a fim de conceder efetividade a decisão no caso concreto em vias de ser decidido⁹⁰.

As questões das decisões interpretativas fogem da dualidade de constitucionalidade ou inconstitucionalidade, visto que mesmo sem adentrar no paradigma mencionado, realiza-se interpretação em normas reflexas, podendo gerar a alteração da decisão proferida pelo juízo singular ou colegiado, baseado na interpretação dada pelo TC sobre determinado tema.

Na opinião de José Joaquim Gomes Canotilho: “resta saber se o ‘abuso’ de sentenças interpretativas não colidirá com o princípio da conformidade funcional e com a própria natureza da função jurisdicional⁹¹” já para Manuel Afonso Vaz: “90% dos recursos para o Tribunal Constitucional fundam-se em interpretação, que se quer diferente, da norma. Resta-nos acreditar que são todos pertinentes⁹²”.

As críticas ao sistema encontram-se espalhadas pela doutrina, variando os pontos definidos como merecedores de reforma, mas as pedras angulares são a divergência de posicionamento das Seções com consequente insegurança jurídica; o efeito *inter partes* e a consequente nulidade imediata da norma a fim de evitar maiores prejuízos; a ausência de acesso direto do cidadão ao Tribunal Constitucional, com figuras como o recurso de amparo, mandado de segurança, conhecidos de sistemas estrangeiros; e o momento da decisão pelo Tribunal Constitucional, gerando eventual tensão com os tribunais do Poder Judiciário.

O sistema português tem características que conduzem a um controle difuso na base, garantido a cada tribunal a condição de declarar eventual inconstitucionalidade, mas no topo uma figura de controle concentrado, sendo o Tribunal Constitucional palavra final nas questões atinentes à Constituição.

Existe eventual demora na solidificação do entendimento quanto à norma jurídica contrária à Constituição, mesmo em caso de patentes inconstitucionalidades, será necessário a tomada de três decisões em casos concretos para a extirpação da norma do ordenamento jurídico, mesmo que demore alguns anos para que isso ocorra⁹³.

Porém, a figura do controle concentrado não inibe as ações de controle abstrato, que podem ser iniciadas por sujeitos específicos, mas com espectro *erga omnes*, esbarrando em

⁹⁰ LEI n.º 28/82, de 15 de novembro. “Art. 80.º, n.º 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.

⁹¹ CANOTILHO, José Joaquim Gomes – **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. p. 992.

⁹² VAZ, Manuel Afonso *et al* – **Direito Constitucional: O Sistema Constitucional Português**. p. 180.

⁹³ MORAIS, Carlos Blanco de – Insuficiências dos efeitos *inter partes* das decisões de inconstitucionalidade em controle concreto na ordem jurídico portuguesa. **Anuário Iberoamericano de Justicia Constitucional**.

outra questão pertinente, que é a presunção de constitucionalidade das normas, ou seja, precisaria de algo realmente relevante para sua nulidade, eleita pelo legislador como a “repetição por três vezes de julgados sobre o caso”.

As indagações sobre o surgimento do recurso de prejudicialidade, implicariam na redução da tensão de poder entre os julgadores ordinários (Poder Judiciário) e Tribunal Constitucional, ao passo que, ao julgar em sentido contrário à decisão anterior, pode-se criar desconforto pela determinação ou obrigação de refazimento de conclusão apresentada as partes.

Introduzir o sistema de reenvio necessário, como na figura do Recurso de Amparo poderia denotar que o Poder Judiciário não tem exercido adequadamente o seu poder; “ou, então, que o sistema global é de tal forma inadequado que, apesar de tudo, o poder lhes deve ser retirado⁹⁴”.

O atingimento da justiça é um valor relativo, que mesmo em situações que possam parecer “evidente” ou “óbvias” há uma carga de crença nas preposições que as tornam inabaláveis, assim, a manutenção do sistema de controle concreto serve ao seu fim para aqueles que se satisfazem com as decisões proferidas.

Obrigar que todas as decisões cheguem a conhecimento do Tribunal Constitucional para verificação da constitucionalidade, obstando o andamento do processo criará um inchaço nas atividades daquele órgão, também limitado pela estrutura, de decidir além das suas capacidades e limitando o necessário debate questões suscitadas, sendo que o sistema existente serve como filtro para evitar que instituo transforme-se “em mais um instrumento processual à disposição das partes desavindas na questão material controvertida⁹⁵”.

Conclui-se que o sistema de controle concentrado como existente, serve ao modelo português, ante a sua complementação por outros métodos de fiscalização da constitucionalidade, sendo efetivo ao fim proposto. Contudo, a ausência de mecanismo de acesso direto do cidadão ao Tribunal Constitucional contra atos de governo que firam direitos fundamentais é lacuna que merece atenção do legislador.

⁹⁴ BELEZA, Maria dos Prazeres Pizarro – Subsistência do controle difuso ou migração para um sistema concentrado de reenvio prejudicial. **Anuário Iberoamericano de Justicia Constitucional**. p. 94.

⁹⁵ MIRANDA, Jorge – **Fiscalização da Constitucionalidade**. p. 281.

2.3.3. O controle concentrado por via abstrata

O modelo de fiscalização abstrata deriva da teoria desenvolvida por Hans Kelsen e aplicada ao Tribunal Austríaco a partir da proposta de nova constituição daquele Estado nos anos de 1920, com intuito de que o recém-criado Tribunal Constitucional passasse a decidir acerca da validade das normas consoante a própria Constituição.

Em apertada síntese, o modelo de fiscalização concentrado atribui competência única ao Tribunal Constitucional para que delimite sua competência – no tocante a matéria a ser analisada – e defina sua aplicação ou não no ordenamento jurídico, ao passo que encontre subsídio de existência em norma de hierarquia superior – a própria Constituição.

Nesse modelo idealizado pelo jurista austríaco, as análises seriam realizadas em situações específicas e “em tese”, não se aplicando ao deslinde de casos concretos, contudo, com extensão *erga omnes* e de efeitos temporais a serem definidos pelo próprio Tribunal, podendo retroagir a origem da vigência da norma – *ex tunc* (como regra) ou produzir efeitos a partir da decisão daquele órgão – *ex nunc*.

O controle abstrato de normas não se trata de um processo comum, com contraditório de partes, mas sim um processo que busca sobrepor o princípio da constitucionalidade “através da eliminação de actos normativos contrários à constituição. Dado que se trata de um *processo objetivo*, a legitimidade para solicitar este controle é geralmente reservada a um número restrito de entidades⁹⁶”.

O modelo português de fiscalização de constitucionalidade incorporou a figura do controle abstrato de constitucionalidade em um sistema misto de fiscalização constitucional, assim guarda algumas nuances com relação à teoria originária desenvolvida.

A amplitude das normas analisadas é definida no próprio artigo 281º, n. 1, alínea “a”: “1. O Tribunal Constitucional aprecia e declara, com força obrigatória geral: a) A inconstitucionalidade de quaisquer normas⁹⁷”, ou seja, qualquer ato legislativo, administrativo ou político é passível de revisão pelo órgão, tendo como vetor máximo a adequação à Constituição.

A extensão de legitimados para provocação do controle abstrato é elencado de forma taxativa no artigo 281.º, n.º 2 da Constituição Portuguesa⁹⁸, delimitando os atores que podem

⁹⁶ CANOTILHO, José Joaquim Gomes – **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. p. 892.

⁹⁷ CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA PORTUGUESA de 25 de abril de 1976.

⁹⁸ *Idem* - **Ibidem**. “Art. 281.º, n.º. 2. Podem requerer ao Tribunal Constitucional a declaração de inconstitucionalidade ou de ilegalidade, com força obrigatória geral:

iniciar o processo de controle, contudo não se pode asseverar se tratarem de ação *strictu sensu*, mas sim uma ação pública desprovida de partes, ante o caráter nitidamente público de seu objeto.

Em paralelo aos legitimados que detém *status* de representantes dos poderes constituídos, como Presidente da República, Presidente da Assembleia da República ou Procurador-Geral da República, há ainda a delimitação de poderes a frações de órgãos, como no caso do quinto ou décimo dos Deputados (Nacionais ou Regionais), situação “ligada não propriamente a um intuito de defesa de posições políticas, mas de defesa de direitos de minorias. E essa defesa também se insere na prossecução do interesse público no âmbito da democracia pluralista⁹⁹”.

O sistema enfrenta críticas quanto à inacessibilidade direta dos cidadãos ao referido controle abstrato, posto que o mecanismo exclui o acesso dos cidadãos para a fiscalização privada, ante a ausência de recurso de amparo e “a fiscalização popular, fundada em pedidos feitos por associações representativas de interesses gerais não públicos (petição popular)¹⁰⁰”.

Realizando análise comparativa com outras ordens jurídicas, é possível definir que a extensão de legitimados para requerer a análise de inconstitucionalidade de normas através de sistema concentrado foi solução intermediária do constituinte português¹⁰¹.

Contudo, o sistema detém figuras que servem como acesso à jurisdição do Tribunal Constitucional por via principal, delineadas na figura do Provedor de Justiça e iniciativa do próprio Tribunal Constitucional, através dos seus juízes, quando da ocorrência de três julgamentos de inconstitucionalidade de qualquer norma, com força obrigatória geral, em casos de fiscalização concreta.

Ainda, no tocante ao Provedor de Justiça, quando instado por queixas dos cidadãos e diante de situação que evidencie inconstitucionalidade, poderá desencadear o processo de

a) O Presidente da República;

b) O Presidente da Assembleia da República;

c) O Primeiro-Ministro;

d) O Provedor de Justiça;

e) O Procurador-Geral da República;

f) Um décimo dos Deputados à Assembleia da República;

g) Os Representantes da República, as Assembleias Legislativas das regiões autónomas, os presidentes das Assembleias Legislativas das regiões autónomas, os presidentes dos Governos Regionais ou um décimo dos deputados à respetiva Assembleia Legislativa, quando o pedido de declaração de inconstitucionalidade se fundar em violação dos direitos das regiões autónomas ou o pedido de declaração de ilegalidade se fundar em violação do respetivo estatuto”.

⁹⁹ MIRANDA, Jorge – **Fiscalização da Constitucionalidade**. p. 296.

¹⁰⁰ GOUVEIA, Jorge Bacelar – **Manual de Direito Constitucional – Volume II**. p. 1387.

¹⁰¹ VAZ, Manuel Afonso *et al* – **Direito Constitucional: O Sistema Constitucional Português**.

fiscalização abstrata (art. 23.º, n.º. 1), bem como ao Procurador-Geral da República quando diante de defesa da legalidade democrática (art. 219º, n.º, 1).

Não se mostra raro a interpelação do Provedor de Justiça ao Tribunal Constitucional na modalidade de fiscalização concentrada da constitucionalidade, como se percebe dos julgados do ano de 2018 do Tribunal Constitucional em especial o Acórdão 428/18, caso em que o Provedor de Justiça solicitou, na forma do 281.º, número 2, alínea “d” da Constituição, a declaração de inconstitucionalidade: “com força obrigatória geral, das normas constantes dos n.ºs7 e 8 – e, consequentemente, dos n.ºs 9 e 10 – da Lei n.º 52-A/2005, de 10 de outubro, na redação dada pela Lei n.º 64-B/2011, de 30 de dezembro, por violação do princípio da proteção da confiança, ínsito no artigo 2.º da Constituição^{102 103}”.

Outra forma de acesso que merece destaque pela singularidade do sistema é o mecanismo de acionamento do Tribunal Constitucional diante da decisão reiterada (três ocasiões) de matéria tida como inconstitucional, na forma do artigo 281.º, n.º. 3 da Constituição da República, expandindo os efeitos da decisão para “força obrigatória geral”.

O desencadear desta forma de processo de fiscalização somente ocorre após três decisões do TC com julgamento de inconstitucionalidade de uma norma jurídica, sendo limiares da fixação do objeto jurídico do processo de repetição do julgado, limitando a declaração a norma sob análise nos três casos, o que não desnatura a condição de controle abstrato sucessivo de constitucionalidade, mesmo com a origem advindo de casos concretos¹⁰⁴.

A intenção e a aplicação prática denotam a adoção de tal sistemática com o intuito de garantir economia processual e segurança jurídica, visto que as decisões em via concentrada abstrata detêm caráter vinculante quanto ao ordenamento jurídico.

Cumprе destacar a ressalva quanto ao objeto das ações, visto que “os três casos concretos decididos no sentido da inconstitucionalidade podem-no ter sido com fundamento em normas constitucionais diversas: a identidade tem de ser da norma julgada inconstitucional, não da norma parâmetro¹⁰⁵”.

Ainda, não existe limite temporal delimitado, sendo que a ocorrência de decisões com longo interregno é elemento suficiente para legitimar o início do controle abstrato derivado do

¹⁰² Acórdão n.º 428/18 do TC de 20.09.2018 (Gonçalo Almeida Ribeiro), in < <http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20180428.html>> (13.02.2019).

¹⁰³ No mesmo sentido, os Acórdãos n.º 319 e 376/2018.

¹⁰⁴ CORREIA, Fernando Alves – **Jurisdição Constitucional**.

¹⁰⁵ MIRANDA, Jorge – **Fiscalização da Constitucionalidade**. p. 328.

controle concreto, visto que do ponto de vista processual, não existem requisitos de tempestividade¹⁰⁶.

O processo detém características semelhantes com a fiscalização preventiva, sendo diferenciado pelos prazos estabelecidos – 30 dias para o órgão que realizou a norma se manifestar – e a inexistência de prazo para manifestação final do Tribunal Constitucional, ressalvada a possibilidade de atribuição de prioridade, na forma do artigo 65º, nº 4, da LOTC.

Por questões de economia processual e segurança jurídica, é possível que julgados da mesma matéria – com objeto idêntico – sejam reunidos para apreciação conjunta, com subsídio no artigo 64 da LOTC.

No tocante aos efeitos, é necessário maior detalhamento, ante a pluralidade de possibilidades, a depender da natureza da manifestação e do objeto analisado, lembrando que a formulação originária de Hans Kelsen propunha: “o ideal da segurança jurídica exige que só seja atribuída em geral efeito à anulação de uma norma geral irregular *pro futuro*, isto é, a partir da data de anulação. É mesmo necessário perspectivar a possibilidade da anulação actuar a partir do decurso de um certo prazo¹⁰⁷”.

Mas, o próprio jurista instituiu a excepcionalidade de seu modelo de resolução ideal, visto que “não se pode simplesmente considerar o caso limite anteriormente citado de uma retroactividade ilimitada onde a anulação de acto equivale à sua nulidade¹⁰⁸”, devendo ser objeto de deliberação pela autoridade competente para anular de pleno ou reconhecer um lastro mínimo para sua validade, como um pseuso-ato jurídico, arrematando que “é necessário prever antes de mais um efeito retroactivo excepcional, limitado a certas espécies ou a uma certa categoria de casos¹⁰⁹”.

De fato, o modelo português de controle abstrato de constitucionalidade acabou por abarcar a teoria da nulidade do ato, sendo que a norma considerada inconstitucional é extirpada do ordenamento jurídico, retroagindo seus efeitos até a sua edição, na modalidade *ex tunc*, como preceitua o artigo 281.º, nº 1, que determina, inclusive a repristinação das normas por ela revogadas¹¹⁰.

¹⁰⁶ GOUVEIA, Jorge Bacelar – **Manual de Direito Constitucional – Volume II**.

¹⁰⁷ Kelsen, Hans – A Garantia Jurisdicional da Constituição (A Jurisdição constitucional). **Sub Judice – Justiça e Sociedade**. p. 17.

¹⁰⁸ *Idem - Ibidem*.

¹⁰⁹ *Idem - Ibidem*.

¹¹⁰ CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA PORTUGUESA de 25 de abril de 1976. “Art. 281.º, nº 2: A declaração de inconstitucionalidade ou de ilegalidade com força obrigatória geral produz efeitos desde a entrada em vigor da norma declarada inconstitucional ou ilegal e determina a repristinação das normas que ela, eventualmente, haja revogado”.

A eficácia retroativa da declaração de inconstitucionalidade detém dois significados: a invalidação e cessação da vigência da norma combatida desde sua entrada em vigor e a supressão da aplicação de normas inconstitucionais em situações derivadas de sua eficácia, pendentes de resolução definitiva¹¹¹.

Nessa senda, é possível afirmar que o sistema de controle abstrato português adotou como regra a retroatividade dos efeitos da decisão (*ex tunc*), porém o constituinte possibilitou medidas para amenizar a aplicação da teoria do ato nulo, deixando a cargo do Tribunal Constitucional suavizar ou limitar os efeitos das decisões.

O constante no n.º 2 do art. 281.º, diz respeito a inconstitucionalidade superveniente, onde ocorre uma desconformidade após ao momento de entrada em vigor da norma, ou seja, a inconstitucionalidade advém da entrada em vigência de nova Constituição e não da edição da norma guerreada, sendo até lógico que a decisão somente encontre limitação na inauguração da nova ordem jurídica constitucional.

Os dispositivos legais preveem, ainda, a impossibilidade de revisão dos casos já transitados em julgado, por razões de segurança jurídica e estabilização das decisões no tempo, mantendo-se os casos resolvidos com base na norma à época tida como constitucional¹¹².

Com subsídio no princípio da aplicação da lei mais benéfica aos casos criminais¹¹³, tendo em vista a impossibilidade de mudança de entendimento para prejuízo do réu, a disposição do art. 282.º, n.º 3 fomenta a imutabilidade nesses casos específicos¹¹⁴.

Manifesta decisão de inconstitucionalidade pelo Tribunal Constitucional, a mesma possui efeito geral e irrestrito (*erga omnes*), vinculando tanto os cidadãos, como os órgãos constituídos – Assembleia da República, Poder Judiciário, Poder Executivo e o Próprio Tribunal Constitucional.

A decisão que venha a modificar o regime geral da aplicação dos efeitos da sentença – chamada de modelação dos efeitos – se assenta “numa preocupação substantiva concernente à irrupção de valores que circunstancialmente possam competir com o princípio da

¹¹¹ CANOTILHO, José Joaquim Gomes – **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**.

¹¹² VAZ, Manuel Afonso *et al* – **Direito Constitucional: O Sistema Constitucional Português**.

¹¹³ CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA PORTUGUESA de 25 de abril de 1976. “Art. 29.º, n.º 4: Ninguém pode sofrer pena ou medida de segurança mais graves do que as previstas no momento da correspondente conduta ou da verificação dos respetivos pressupostos, aplicando-se retroativamente as leis penais de conteúdo mais favorável ao arguido”.

¹¹⁴ *Idem - Ibidem*. “Art. 282.º, n.º 3: Ficam ressalvados os casos julgados, salvo decisão em contrário do Tribunal Constitucional quando a norma respeitar a matéria penal, disciplinar ou de ilícito de mera ordenação social e for de conteúdo menos favorável ao arguido”.

constitucionalidade, numa listagem que só pode ser taxativa, dada a excepcionalidade do preceito em causa¹¹⁵”.

Por fim, os efeitos repristinatórios, classificados como o reconhecimento de validade de norma anterior, ante a declaração de nulidade da norma posterior, conferindo novamente validade àquela será delimitado pelo próprio Tribunal Constitucional, quando da definição dos efeitos de sua decisão de inconstitucionalidade.

O cerne reside em fixar se a norma que revoga outra norma trata-se de ação válida ou invalida – conforme manifestação do Tribunal Constitucional – esclarece que: “se é invalidade, não pode ter efeito revogatório válido e, portanto, é lógico que readquirir vigência a norma anterior. Se a norma revogatória, pelo contrário, não é inválida, validamente revogou a norma anterior e esta não pode renascer¹¹⁶”.

Já nas decisões negativas, no sentido de não reconhecer a inconstitucionalidade da norma, existe apenas a vinculação das partes processuais, sem a ocorrência de julgado material com eficácia *erga omnes*, assim, pode-se dizer que ocorre uma espécie de interpretação da norma conforme à constituição, o que não veda a reanálise futura do Tribunal Constitucional sobre a norma¹¹⁷.

Percebe-se, assim, uma grande parcela de poder nas mãos dos Juízes do Tribunal Constitucional quanto à extensão e o alcance de suas decisões, servindo o sistema de controle abstrato como um verdadeiro limitador de decisões contrárias à Constituição, colocando-a no devido *status* central do sistema jurídico.

Apesar das críticas com relação à inacessibilidade dos particulares ao Tribunal Constitucional, o mecanismo de “generalização” – tido como a passagem do modelo difuso para o modelo concentrado após três casos de inconstitucionalidade – pode ser considerado como um mecanismo de segurança ao sistema, garantindo, no caso da ocorrência de fatos realmente relevantes, a ascensão da discussão ao Tribunal Constitucional que deverá decidir com força obrigatória geral.

O Provedor de Justiça servirá como um verdadeiro “juízo de admissibilidade” da demanda na esfera constitucional, considerando ser autoridade provida de capacidade técnica para decidir sobre a ocorrência ou não da afronta à matéria constitucional, evitando o inchaço do Tribunal Constitucional com medidas repetitivas e garantindo o emprego do tempo e energia às causas de interesse público.

¹¹⁵ GOUVEIA, Jorge Bacelar – **Manual de Direito Constitucional – Volume II**. p. 1391-1393.

¹¹⁶ MIRANDA, Jorge – **Fiscalização da Constitucionalidade**. p. 333.

¹¹⁷ CANOTILHO, José Joaquim Gomes – **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**.

2.3.4. Inconstitucionalidade por omissão

O sistema de proteção aos direitos fundamentais produziu a figura da inconstitucionalidade por omissão, tendo em vista que se o direito inserto no texto constitucional depender de complementação legislativa para sua eficácia plena e efetiva utilização pelo cidadão, o Poder Legislativo não poderá se furtar da sua obrigação.

A ausência de atuação legislativa impõe o descumprimento de “*imposições constitucionais legiferantes em sentido estrito*, ou seja, do não cumprimento de normas que, de forma permanente e concreta, vinculam o legislador à adopção de medidas legislativas concretizadoras da constituição¹¹⁸”.

Ainda quanto ao processo de inconstitucionalidade por omissão, tem-se que se apoia a averiguar se a inação dos órgãos legislativos será motivo para atuação jurisdicional por desrespeito de norma constitucional impositiva, ou seja, indica uma obrigação de legislar sobre determinado tema, gerando um incumprimento da Constituição pelo não agir¹¹⁹.

O próprio texto constitucional dispõe no seu art. 283º, nº. 1, que: “o Tribunal Constitucional aprecia e verifica o não cumprimento da Constituição por omissão das medidas legislativas necessárias para tornar exequíveis as normas constitucionais¹²⁰”, o que demonstra a existência de normas programáticas dentro do texto constitucional e mecanismos para sua efetividade frente ao caso concreto.

Contudo, a redação delimita a amplitude do instituto quanto ao seu objeto, visto que se restringe a medidas legislativas, desconsiderando medidas administrativas ou executivas da lei, além da necessidade de situação que torna inexecutável as normas constitucionais.

A figura do bloco de constitucionalidade toma especial destaque nesse contexto, posto que alguns direitos fundamentais dependam de normas infra-constitucionais para sua execução, a disposição constitucional deve servir como parâmetro para a verificação da ocorrência da inconstitucionalidade por omissão “a partir do alargamento formal do bloco da constitucionalidade, que aqui tem uma das suas mais importantes aplicações¹²¹”.

No tocante à legitimidade, é restrita ao Presidente da República e ao Provedor de Justiça, e, em casos específicos de violação dos direitos das regiões autónomas, aos presidentes das

¹¹⁸ CANOTILHO, José Joaquim Gomes – **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. p. 1021-1022.

¹¹⁹ VAZ, Manuel Afonso *et al* – **Direito Constitucional: O Sistema Constitucional Português**.

¹²⁰ CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA PORTUGUESA de 25 de abril de 1976.

¹²¹ GOUVEIA, Jorge Bacelar – **Manual de Direito Constitucional – Volume II**. p. 1397.

Assembleias Legislativas Regionais, o que demonstra a excepcionalidade da medida dentro do ordenamento jurídico.

O trâmite do processo é semelhante ao de fiscalização sucessiva¹²², tendo como diferencial os efeitos, visto que se limitam a dar conhecimento ao órgão de quem se esperaria a legislação, sem, contudo, estipular requisito temporal ou eventual imposição, considerando a independência dos poderes.

Existem críticas a efetividade do instituto, posto que a maioria das omissões apontadas são de caráter “parcial”, recaindo na violação do princípio da igualdade, sendo que “o recurso às sentenças apelativas mostra-se, porém, politicamente mais eficaz que a mera verificação da inconstitucionalidade por omissão¹²³”.

O último julgado de omissão remonta ao ano de 2002 – Acórdão 474/2002 – donde se discutiu a efetivação do contido no art. 59.º, n.º 1 da Constituição da República, no que tange ao direito à assistência material dos trabalhadores em situação de desemprego involuntário.

Naquela decisão, o Tribunal reafirmou o entendimento que uma inconstitucionalidade por omissão somente ocorrerá quando existir incumbência concreta e específica da Constituição ao legislador e “que este se abstenha de a satisfazer (assim, Acórdãos números 276/89 e 359/91, publicados nos Acórdãos do Tribunal Constitucional, respectivamente 13º volume, Tomo I, 135 e segs., e 19º volume, 189 e segs.)¹²⁴”.

Contudo, a existência do instituto se mostra interessante e necessária para conjectura do sistema de fiscalização de constitucionalidade, visto que a simples previsão legal de sua existência, aliado aos demais mecanismos de impulsionamento político são capazes de compelir aos legisladores que abarquem os direitos dos cidadãos, garantindo um amplo espectro de proteção de direitos fundamentais.

Por fim, quando da não previsão legal específica, como no caso analisado (amparo aos servidores em situação de desemprego voluntário), se vale de aplicação de normas-princípios contidas no texto constitucional, podendo citar a questão de igualdade, para conferir o direito daqueles que estariam desamparados pela ausência legislativa.

¹²² LEI n.º 28/82, de 15 de novembro. “Art. 67º. Ao processo de apreciação do não cumprimento da Constituição por omissão das medidas legislativas necessárias para tornar exequíveis as normas constitucionais, é aplicável o regime estabelecido na secção anterior, salvo quanto aos efeitos”.

¹²³ VAZ, Manuel Afonso *et al* – **Direito Constitucional: O Sistema Constitucional Português**. p. 194.

¹²⁴ Acórdão n.º 474/02 do TC de 19.11.2002 (Bravo Serra), *in* <<http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20020474.html>> (07.10.2018).

2.4. O Papel do Tribunal Constitucional

A construção do modelo de jurisdição constitucional advém do caráter normativo da Constituição, visto que sua aplicação em grau superior de hierarquia compele os representantes dos poderes instituídos a agirem de acordo com a formulação proposta e eventuais desvios de conduta, por quaisquer dos entes envolvidos, demandará atuação no sentido de garantir o parâmetro insculpido na norma constitucional.

Dos modelos existentes – em destaque o controle difuso e o controle concentrado – é possível distinguir a alteração da técnica empregada, do seu alcance, partes, efeitos, mas não o afastamento da essência que é a garantia de direitos fundamentais e separação de poderes, além de proposital limitação do poder público.

Em suma, pode-se afirmar que o Tribunal Constitucional ou Supremo Tribunal, a variar do sistema jurídico em análise, guarda o dever de defender a aplicação suprema da Constituição e garantir direitos constitucionais de seus cidadãos, por vezes limitando a atuação da Administração Pública e dos poderes instituídos.

A partir dessa atuação, surgem críticas sobre a amplitude das ações dos juízes do Tribunal Constitucional, sob os mais variados espectros, como uma possível falta de legitimidade por carência de condução democrática direta; sentenças interpretativas, as quais tratariam a matéria com subjetividades, dando margens à insegurança jurídica e principalmente uma atuação politizada, ou não, em atenção aos momentos históricos experimentados, como a crise financeira portuguesa, e a crise política brasileira.

Nesse aspecto, a fim de debater os temas propostos, sob a análise de efetividade da corte constitucional no modelo português, realizar-se-á a análise segmentada dos assuntos, buscando descortinar parte das celeumas envolvendo a atuação do Tribunal Constitucional.

2.4.1. Aspectos acerca da legitimidade e competência

Uma das críticas encontradas ao modelo de jurisdição constitucional reside na suposta falta de legitimidade democrática, ante ao modelo de composição dos tribunais sem eleições diretas, aliado ao enfrentamento às matérias debatidas e aprovadas pelos poderes executivo e legislativo, o que feriria a vontade majoritária.

Notadamente, no constitucionalismo moderno a concessão do poder é feita pelo povo aos governantes, para que esses, em seu nome, decidam o melhor para a nação. O texto constitucional estampa o arquétipo mencionado no artigo 2º, delimitando ser a República Portuguesa um Estado de direito democrático, soberania popular, pluralismo político, garantindo: “direitos e liberdades fundamentais e na separação e interdependência de poderes, visando a realização da democracia económica, social e cultural e o aprofundamento da democracia participativa¹²⁵”.

Quando se regrida a análise mais basilar do conceito de democracia, qual seja, a sujeição à vontade da maioria, percebe-se a fragilidade do instituto em se manter da forma elaborada inicialmente pelo constituinte originário, visto que a maioria conquistada poderia utilizar dos mecanismos políticos disponíveis para obliterar os direitos das classes minoritárias.

A preocupação encontra fundamento, visto que a experiência histórica demonstra que um poder eleito democraticamente pode subverter as regras do próprio funcionamento democrático da sociedade “para afectar os interesses e os direitos dos que pensam diversamente, dos que divergem dessa maioria, dos que se opõem aos titulares conjunturais do poder político¹²⁶”.

A função do Tribunal Constitucional é alheia ao modelo inicialmente pensado por Montesquieu para a separação dos poderes, posto que no caso português o Tribunal Constitucional é órgão acomodado fora do Poder Judiciário. Para além disso, existe um deslocamento das decisões do Poder Legislativo à aplicação da supremacia constitucional: “em lugar da supremacia legislativa, o topo da pirâmide normativa é ocupado pelo princípio da supremacia da Constituição¹²⁷”.

Cumpra destacar a origem da competência do Tribunal Constitucional, qual seja a manifestação do poder constituinte originário, que dadas suas características, não encontrava limites impostos pela ordem jurídica anterior ou de qualquer outra força política, sendo um verdadeiro gênesis jurídico.

A formulação de uma constituição como produto de um poder constituinte legitimado detém as seguintes funções: “(1) que intencionalmente manifesta a vontade de emanar um acto compreendido na esfera desse poder; (2) de acordo com um procedimento específico; (3) são consideradas como a *fonte formal* do direito constitucional¹²⁸”.

¹²⁵ CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA PORTUGUESA de 25 de abril de 1976.

¹²⁶ NOVAIS, Jorge Reis – **Em Defesa do Tribunal Constitucional**. p. 24.

¹²⁷ QUEIROZ, Cristina M. M. – O Controle jurisdicional da constitucionalidade, democracia, Poder Judicial e Jurisdição constitucional. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade do Porto**. p. 53.

¹²⁸ CANOTILHO, José Joaquim Gomes – **Direito Constitucional**. p. 66.

No mesmo trilhar, a legitimidade dos juízes encontra assento em fontes distintas e complementares: “a eleição e a conformidade à lei. Nos dois casos a independência e a imparcialidade que fazem o juiz são alheias ao princípio maioritário¹²⁹”.

Da conjectura apresentada é possível afirmar que as ações do Tribunal Constitucional encontram legitimidade enquanto vigorar a vontade do constituinte, ao passo que esse criou o mecanismo de defesa da ordem jurídica lastreada na Constituição, a partir da existência de um órgão de controle jurídico-constitucional.

Prima facie, a competência do Tribunal Constitucional deriva do próprio mandamento constitucional, visto que o constituinte elevou a competência do Tribunal em “administrar a justiça em matérias de natureza jurídico-constitucional¹³⁰”, o que, em tese, não esgota sua competência, mas reforça sua função precípua de guarda das normativas constitucionais.

Além disso, existem leis infraconstitucionais que atribuem competência ao Tribunal Constitucional em assuntos relativos as eleições, referendos, partidos políticos e a titulares de cargos políticos. Nesse contexto, a questão é como orquestrar a decisão puramente jurídica em dissonância da questão política de fundo.

Mesmo considerando que o objeto principal da competência do TC seja a Constituição, documento que “organiza jurídica e politicamente uma Nação, transformando-a em Estado. Em outras palavras, os julgamentos de constitucionalidade envolvem sempre, em pesos que precisam ser cuidadosamente ponderados, interesses jurídicos e políticos¹³¹”.

Nesse ponto que se encontra as maiores discussões sobre a competência do Tribunal Constitucional, se estaria legitimado ou não a fiscalização de ações governamentais ou derivadas do papel precípua da Assembleia da República, no tocante ao seu caráter unicamente político.

Para Jorge Reis Novais: “a democracia constitucional é uma democracia limitada pelos valores constitucionais na medida em que as maiorias que governam ficam privadas de dispor livremente dos interesses, dos bens, dos direitos protegidos pela Constituição¹³²”.

Igualmente, deve-se respeitar as múltiplas interpretações filosóficas e teóricas dos detentores do poder político, naturalmente a Constituição serve como mecanismo de respeito às minorias, e através dessa propositura, também dos direitos fundamentais¹³³.

¹²⁹ LEITE, Luís Ferreira – **O Tribunal Constitucional e o Sistema Político**. p. 225.

¹³⁰ CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA PORTUGUESA de 25 de abril de 1976.

¹³¹ FIUZA, Ricardo Arnaldo Malheiros – **Direito Constitucional Comparado**. p. 139.

¹³² NOVAIS, Jorge Reis – **Em Defesa do Tribunal Constitucional**. p. 25.

¹³³ MIRANDA, Jorge – Sobre a composição do Tribunal Constitucional português. **Perspectivas de Reforma da Jurisdição constitucional em Portugal e no Brasil**.

A problemática da formação do corpo julgador do Tribunal Constitucional reflete em eventual carência de sua legitimidade, ao passo que se afastando do critério técnico e partindo para um critério puramente político-partidário, estar-se-ia fazendo uma indicação com intuito de apoio futuro aos projetos advindos desse ou daquele partido, quando da análise da constitucionalidade.

A composição sugerida para o Tribunal Constitucional foi objeto de estudo para Hans Kelsen, quando explica os pontos a serem observados: “talvez pudéssemos combiná-los, elegendo, por exemplo, os juízes pelo Parlamento mediante apresentação pelo Governo, que teria de escolher vários candidatos para cada um dos cargos a ocupar, ou vice-versa¹³⁴”.

A preposição fora adotada pelo constituinte português¹³⁵, ao passo que o ingresso dos juízes do Tribunal Constitucional se dá por escrutínio da Assembleia da República e por cooptação dos próprios membros do Tribunal Constitucional, em complemento à ideia de Hans Kelsen que dispõe do método de cooptação junto às faculdade de Direito, ou, ainda: “concedendo ao próprio tribunal o direito de designar candidatos para cada lugar que viesse a vagar ou de atribuir esses mesmos lugares através de eleição, isto é cooptação¹³⁶”.

O texto constitucional dispõe que o Tribunal Constitucional contará com treze juízes, dos quais dez serão indicados pela Assembleia da República, sendo os outros três cooptados pelos próprios juízes do órgão, respeitados os limites estabelecidos pela LOTC¹³⁷.

O modelo experimentado detém boa aceitação na comunidade jurídica, visto que se baseia no consenso entre a maioria e a oposição, gerando a obrigação de que os interessados dialoguem sobre um nome em comum, atentando-se a finalidade do sistema de jurisdição constitucional na modernidade¹³⁸.

Quanto à politização do Tribunal Constitucional ressoam preocupações válidas, sobretudo limitando que um juiz que recém deixou o cargo possa assumir função política no Governo ou partido político, na mesma senda que é proibitivo que um servidor público

¹³⁴ KELSEN, Hans – A Garantia Jurisdicional da Constituição (A Jurisdição constitucional). **Sub Judice – Justiça e Sociedade**. p. 20.

¹³⁵ CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA PORTUGUESA de 25 de abril de 1976. “Artigo 222.º - Composição e estatuto dos juízes: 1. O Tribunal Constitucional é composto por treze juízes, sendo dez designados pela Assembleia da República e três cooptados por estes. 2. Seis de entre os juízes designados pela Assembleia da República ou cooptados são obrigatoriamente escolhidos de entre juízes dos restantes tribunais e os demais de entre juristas”.

¹³⁶ *Idem - Ibidem*.

¹³⁷ LEI n.º 28/82, de 15 de novembro. “Artigo 13.º - Requisitos de elegibilidade: 1 - Podem ser eleitos juízes do Tribunal Constitucional os cidadãos portugueses no pleno gozo dos seus direitos civis e políticos que sejam doutores, mestres ou licenciados em Direito ou juízes dos restantes tribunais. 2 - Para efeito do número anterior, só são considerados os doutoramentos, os mestrados e as licenciaturas por escola portuguesa ou oficialmente reconhecidos em Portugal”.

¹³⁸ CORREIA, Fernando Alves – **Jurisdição Constitucional**.

governamental assuma função em empresa pública ou privada que tenha estado sujeita à sua esfera de atuação¹³⁹.

Para determinados segmentos da doutrina, os critérios para a escolha dos juízos são de caráter eminentemente político-partidários, sem olvidar as condições técnicas e idoneidade pessoal, mas sem se afastar “de outros critérios e de preocupações de representatividade de todo o espectro partidário da Assembleia da República, são, portanto, critérios complexos de difícil percepção pública¹⁴⁰”.

O antídoto encontrado é regressar à natureza jurídica do Tribunal Constitucional, visto que o órgão tem como função primordial a garantia da aplicação das normas constitucionais, fazendo-a a partir de uma técnica jurídica e não política.

A aplicação da técnica jurídica se reveste de “sua autonomia em relação ao sistema político, que será tanto maior se mantiverem balizados e limitados no quadro de um processo de raciocínio jurídico. A sua atividade é essencialmente normativa, uma especial forma de deliberação jurídica¹⁴¹”.

Além disso, a existência de uma Jurisdição Constitucional ativa está ligada a capacidade organizacional e atuação recorrente do Tribunal Constitucional, tendo em vista que o mesmo servirá não como guardião unitário da Constituição (papel desempenhado por todos os poderes), mas como um guardião do sistema democrático e dos direitos fundamentais, com maior ênfase aos demais direitos constitucionais, por contingência.

Repisando os argumentos célebres de Montesquieu: “para que não se possa abusar do poder, é preciso que, pela disposição das coisas, o poder limite o poder¹⁴²” dando azo ao princípio da legalidade, onde ninguém será obrigado a fazer ou se abster de determinada conduta, a não ser por imposição da lei.

Assim, conclui-se, que respeitadas as posições quanto a eventuais mudanças no escrutínio para composição dos juízes do Tribunal Constitucional, sua função precípua de interpretação da Constituição, com intuito de garantir sua supremacia contra legitimidade na própria Constituição e sua essência democrática promulgada.

Cumprе ressaltar que, na formulação proposta, tem-se em conta a análise jurídica dos elementos levados à guisa do referido Tribunal, enquanto forem aplicadas soluções com

¹³⁹ MIRANDA, Jorge – Sobre a composição do Tribunal Constitucional português. **Perspectivas de Reforma da Jurisdição constitucional em Portugal e no Brasil.**

¹⁴⁰ LEITE, Luís Ferreira – **O Tribunal Constitucional e o Sistema Político.** p. 237.

¹⁴¹ QUEIROZ, Cristina M. M. – O Controle jurisdicional da constitucionalidade, democracia, Poder Judicial e Jurisdição constitucional. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade do Porto.** p. 54.

¹⁴² MONTESQUIEU – **O Espírito das Leis.** p. 74.

fundamentações convincentes à comunidade jurídica e dotadas de fundamentações jurídicas válidas, encontrarão respaldo e aceitação.

Situação contrária seria a utilização de fundamentações com vieses políticos, disfarçadas de análises jurídicas, com o intuito de validar uma ação ou omissão por parte de quaisquer integrantes dos poderes instituídos, sob pena de causar uma fratura no sistema “frágil” e essencial da democracia.

2.4.2. Paradigma das decisões e seus efeitos

A limitação do desta investigação obriga a inflexão sobre as decisões acerca da constitucionalidade das normas no tocante à competência originária do Tribunal Constitucional, ou seja, as decisões diretas acerca dos temas aventados, que por si só superam o binômio de análise constitucional – validade ou não da norma.

Neste ponto reside matéria de ordem sensível, tendo em vista que a as separações funcionais dos poderes de República denotam especificidade legiferante ao Poder Legislativo, que, via de regra, deve observar as normas constitucionais (notadamente de hierarquia superior) para a realização de leis.

Quando provocado, o Tribunal Constitucional fará a análise acerca da técnica empregada e sua conformidade com as normas constitucionais, como um verdadeiro poder correcional das atividades legislativas, o que poderia causar desgastes da ordem política e governamental do país.

As funções desempenhadas pelo TC são complementares a atuação dos poderes instituído, servindo como um órgão de controle de conformidade constitucional, onde o “controle jurisdicional de normas não pode nem deve equivaler a produção de normas. [...] O legislador, actua, concretizando, e o TC, controla, concretizando, com base na mesma(s) norma de Constituição¹⁴³”.

As ações mais contundentes do Tribunal Constitucional acabam gerando críticas por parte do governo e dos parlamentares, sobre eventual usurpação de função daqueles, ao ponto de serem suscitadas orientações de como proceder, tendo a resposta ocorrido de forma categórica, quando do voto no Acórdão nº 468/2014.

¹⁴³ CANOTILHO, José Joaquim Gomes – A concretização da Constituição pelo Legislador e pelo Tribunal Constitucional. **Nos dez anos da Constituição**. p. 353.

Naquele voto, Carlos Fernando Cadilha delineou que: “O Tribunal Constitucional, enquanto órgão jurisdicional de fiscalização da constitucionalidade, não pode intervir no âmbito da competência administrativa do Governo¹⁴⁴”.

Ainda, observando a fundamentação exposta no referido acórdão, “não cabe ao Tribunal Constitucional esclarecer outros órgãos de soberania sobre os termos em que estes devem exercer as suas competências no plano administrativo ou legislativo”, fica evidente a ideia de que as decisões daquele órgão têm impacto na esfera política, mas o faz para garantia das premissas constitucionais¹⁴⁵.

Como destaca Maria Lúcia Amaral: “em Portugal, porém, textualiza-se a jurisprudência, isto é, procura-se assegurar a sua fixação em norma constitucional escrita. Em vez de se admitir que ela não pode deixar de integrar o *corpus* constitucional – aceitando-se também que parte desse *corpus* terá inevitavelmente que ser móvel¹⁴⁶” a fim de ser revisado conforme a necessidade social e amadurecimento dos entendimentos advindos dos casos concretos, trilhando, ao contrário, uma revisão no texto constitucional, vedando reanálises, por vezes, necessárias.

Assim, é possível visualizar os diferentes vetores de aplicação das normas constitucionais, ao passo que ao legislador serve como parâmetro maior para a elaboração de novas normas, ao Tribunal Constitucional compete julgar de acordo com as mesmas disposições. Contudo, por vezes é necessário ingressar em campo mais espinhoso, no tocante à interpretação das normas e princípios, que culmina com decisões que fogem ao binômio constitucionalidade/inconstitucionalidade.

Persistem na doutrina críticas quanto ao conteúdo vago dos princípios, posto que serviriam como coringas interpretativos, dando discricionariedade ao julgador quanto a sua decisão, sem traçar uma linha de previsibilidade, ligada a segurança jurídica.

O texto constitucional indica que os princípios são balizadores das políticas governamentais, conforme preceitua o artigo 266.º da Constituição, tem-se que: “1. A

¹⁴⁴ Prossegue em suas razões: “Assim como não pode criar inovatoriamente parâmetros normativos de regulação da vida coletiva que invadam a esfera do legislador ordinário e exorbitem a função de administração de justiça em matéria de natureza jurídico-constitucional. E esse princípio é aplicável tanto em relação a uma decisão de inconstitucionalidade como em relação a uma decisão de limitação de efeitos, quando a modulação dos efeitos produzidos pela declaração de inconstitucionalidade esteja dependente de uma ulterior intervenção legislativa (cfr. acórdão n.º 142/85)”. Acórdão n.º 468/14 do TC de 18.06.2014 (Carlos Fernandes Cadilha), in <<http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20140468.html>> (27.08.2018).

¹⁴⁵ *Idem* – ***Ibidem***.

¹⁴⁶ AMARAL, Maria Lúcia – O modelo português de Jurisdição constitucional: Análise Crítica. **Anuário Iberoamericano de Justicia Constitucional**. p. 38.

Administração Pública visa a prossecução do interesse público, no respeito pelos direitos e interesses legalmente protegidos dos cidadãos¹⁴⁷”.

Prossegue ao inflexionar as ações dos agentes públicos ao império da lei, indicando que os agentes administrativos são subordinados à Constituição e à lei, devendo atuar com em suas funções primando pelos princípios insculpidos no texto constitucional, em especial da igualdade, proporcionalidade, justiça, imparcialidade e boa-fé.

Dessa forma, os princípios são norteadores de todo o sistema jurídico, político e administrativo, sendo o papel do Tribunal Constitucional, não ingressar na esfera privativa de cada poder e/ou direcionar as ações destes, mas sim reafirmar a supremacia da constituição frente as ações tomadas, inclusive com a aplicação integral de seus princípios.

Superada essa análise inicial e necessária, debruça-se ao estudo da natureza das decisões proferidas e seus efeitos frente aos atores, sejam as partes vinculadas ao processo em comento, sejam a totalidade dos cidadãos, bem como a extensão temporal dos efeitos da declaração assumida.

Inicialmente, as decisões que analisam de forma contrária a existência de inconstitucionalidade – rejeitam a arguição de conflito com a Constituição – assumem valoração estritamente negativa, no sentido de rechaçar a existência de fundamento capaz de extirpar a norma do ordenamento jurídico, ante sua incompatibilidade com a Constituição.

As decisões variam de acordo com a modalidade do controle que está em verificação, podendo ser uma ‘não pronúncia de inconstitucionalidade’ advinda de um controle abstrato prévio; ‘não declaração de inconstitucionalidade’ proveniente do resultado do controle abstrato sucessivo por ação; numa ‘não verificação da existência de inconstitucionalidade por omissão’ quando relativa ao controle abstrato por omissão e ‘não julgamento de inconstitucionalidade’ concernente ao controle concreto ou incidental¹⁴⁸.

A *contrario sensu*, a análise de inexistência de vício constitucional não declara a constitucionalidade da norma, tendo em vista que: “ao Tribunal Constitucional ou a órgão homólogo compete declarar – e somente lhe pode ser pedido que declare – a inconstitucionalidade, não a constitucionalidade ou a não inconstitucionalidade¹⁴⁹”.

Da mesma forma conclui José da Costa, no sentido que: “nessas decisões o Tribunal limita-se justamente a ‘não declarar’ a inconstitucionalidade (ou ilegalidade), sem emitir uma

¹⁴⁷ CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA PORTUGUESA de 25 de abril de 1976.

¹⁴⁸ CORREIA, Fernando Alves – **Jurisdição Constitucional**.

¹⁴⁹ MIRANDA, Jorge – **Fiscalização da Constitucionalidade**. p. 82.

declaração positiva da conformidade da norma com a *lex superior*¹⁵⁰”. O Tribunal Constitucional português não declara a constitucionalidade da norma, mas tão somente afasta sua arguição de inconstitucionalidade, em típico vetor “negativo” quando suscitado.

Por ocasião do julgamento do Acórdão n.º 428/2018, a fundamentação repisou elementos já apreciados em momento anterior: “em suma, qual for a razão para se entender que as normas então apreciadas não eram inconstitucionais, *maior será a razão* para se formar idêntico juízo a respeito das normas sindicadas no presente processo. [...] O Tribunal basta-se com o juízo de que, mesmo tendo por referência o entendimento expresso em tal aresto¹⁵¹”.

O que se pode inferir do recorte analisado é que o Tribunal Constitucional Português atua de forma a complementar o sistema complexo de controle de constitucionalidade, posto que ao não impor um carácter vinculativo à decisão de rejeição de inconstitucionalidade, acaba por deixar em aberto a possibilidade do aprofundamento das discussões e decisões dos demais órgãos de controle, podendo ser chamado a decidir novamente, ante eventuais mudanças.

Quando a declaração de inconstitucionalidade da norma é feita pelo Tribunal Constitucional, alguns pontos relevantes devem ser observados, sobretudo com relação a extensão e efeitos temporais da decisão do órgão, em especial no tocante aos tutelados e quanto aos demais poderes.

A decisão proferida em fiscalização abstrata possui duplo vértice, uma face positiva, por concluir pelo provimento do pedido ao órgão de controle e uma face negativa, por extirpar a norma jurídica declarada inconstitucional do ordenamento jurídico¹⁵².

Nesses casos se aplica o contido no art. 282.º n. 1 da Constituição da República, possuindo força obrigatória geral (*erga omnes*) e efeitos desde a entrada da norma em vigência (*ex tunc*), como uma clássica extirpação da norma do ordenamento jurídico.

A consequência comum da ordem constitucional contra a norma inconstitucional é a sanção da nulidade, visto que “um acto normativo que não preenche os requisitos materiais, formais, orgânicos e procedimentais estabelecidos pela Constituição é um acto *inválido*, totalmente improdutivo (*nulidade absoluta*)¹⁵³”.

Algumas discussões sobre a vinculação ou não dos Poderes Executivo e Legislativo à declaração de inconstitucionalidade tomam corpo na doutrina, sobretudo quanto a possibilidade

¹⁵⁰ COSTA, José Manuel M. Cardoso da – **A Jurisdição Constitucional em Portugal**. p. 96.

¹⁵¹ Acórdão n.º 428/18 do TC de 20.09.2018 (Gonçalo Almeida Ribeiro), in <<http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20180428.html>> (13.02.2019).

¹⁵² MIRANDA, Jorge – **Fiscalização da Constitucionalidade**.

¹⁵³ CANOTILHO, José Joaquim Gomes – **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. p. 945.

de reedição da norma idêntica já analisada pelo Tribunal Constitucional, seja por vício formal ou material.

No tocante ao vício formal, é certo que superada a irregularidade que eivava a norma, a mesma poderá ser refeita, observados os procedimentos envolvidos na confecção. Contudo, no tocante ao vício material o legislador não poderá cancelar os atos praticados sob a égide da lei tida como inconstitucional.

Ao aprofundar o questionamento, analisando a aplicação do disposto no Art. 167.º, n.º 4, da Constituição – que veda a reapresentação de projetos e propostas rejeitados na mesma sessão legislativa – e Art. 115.º, n.º 10 que traz limitação semelhante aos referendos recusados pelo Presidente da República ou com resposta negativa dos cidadãos, “como permitir que, no dia seguinte ao da decisão do Tribunal Constitucional, pudesse o parlamento, o Governo ou qualquer das assembleias legislativas regionais retomar o processo tendente à reaprovação da lei declarada inconstitucional?”¹⁵⁴”

O questionamento também foi levantado quando da análise do Acórdão do TC n.º 142/85, que eliminou do ordenamento a figura de colocação na condição de disponibilidade os servidores do corpo diplomático: “não constituirá uma interpretação legislativa ‘em fraude à interpretação jurisprudencial’, a reintrodução legal de tal figura, despojada embora de alguns elementos do regime legal anterior?”¹⁵⁵”

A resposta proposta se adequa a liberdade conferida aos poderes, sendo possível que o faça em momento diverso da sessão legislativa do julgamento, mas, por óbvio, dentro da possibilidade de novo controle de constitucionalidade, inclusive, em sede de controle preventivo do projeto de lei.

Contudo, existem casos em que não se opta pelo simples binômio de análise, sendo proferida sentenças interpretativas ou decisões intermédias, as quais são partes sensíveis da atuação do Tribunal Constitucional, sobretudo pela necessidade de análise interpretativa dos conteúdos e dispositivos.

Tendo em vista a vastidão dos efeitos de uma decisão, com possíveis reflexos a direitos colaterais “os autores são chamados ou autorizados a fixar, assumem também natureza constitutiva. E tal, verifica-se, com nitidez, em algumas das decisões limitativas e em todas as decisões aditivas”¹⁵⁶.

¹⁵⁴ MIRANDA, Jorge – **Fiscalização da Constitucionalidade**. p. 77.

¹⁵⁵ CANOTILHO, José Joaquim Gomes – A concretização da Constituição pelo Legislador e pelo Tribunal Constitucional. **Nos dez anos da Constituição**. p. 371.

¹⁵⁶ *Idem* – **Op. Cit.** p. 84.

A questão de fundo geralmente impacta direta ou indiretamente em questões principiológicas, sendo necessário uma interpretação dos princípios contidos na Constituição, com o objetivo de garantir o máximo de constitucionalidade no caso em análise, sobretudo quando existem direitos colidentes.

No tocante as decisões interpretativas, a conceituação do instituto consiste em técnica de decisão que “no caso de uma norma comportar vários sentidos, recusa aquele ou aqueles que conduziriam à sua inconstitucionalidade e opta pelo sentido que for compatível com a Constituição¹⁵⁷”.

Resta evidente que a interpretação exercida pelos tribunais se deve a aplicar a Constituição como uma unidade, a fim de evitar que a questão seja decidida apenas com base em um vetor inserido na constituição, também é certo que a interpretação deve ocorrer em consonância com a vontade do legislador, não podendo ser objeto de nova engenharia legislativa.

Quando a análise ocorrer em processos de controle abstrato de fiscalização, acaba gerando uma inflexão ao Poder Legislativo, visto que a concretização da lei idealizada naquele órgão, passa por interferência do TC, já quando a ocorrência advém de controle difuso de constitucionalidade, a interpretação confronta o próprio Poder Judiciário.

Nesse trilhar, a norma contida no artigo 80.º, n.º 3 da LOTC dispõe que nos casos de que a conclusão derivar de interpretação de constitucionalidade ou legalidade sobre a norma a ser aplicada, ou recusada sua aplicação, deve ser replicada sua interpretação no processo em julgamento¹⁵⁸.

As aplicações se mostram em alguns acórdãos proferidos pelo TC, em destaque o Acórdão n.º. 544/2014 que interpretou a questão da liberdade religiosa e a atividade laboral, ponderando a aplicação do artigo 14º da Lei de Liberdade Religiosa no tocante a “flexibilidade de horário”, definindo nas razões que:

“ao permitir uma variação nas horas de entrada e saída do trabalhador, se toma por paradigma de um regime com flexibilidade de horário [...] as mais das vezes, direitos e interesses diversos (como, designadamente, a maternidade, as responsabilidades familiares, a educação e formação do trabalhador) dos protegidos no artigo 41.º da Constituição portuguesa¹⁵⁹”.

¹⁵⁷ CORREIA, Fernando Alves – **Jurisdição constitucional**. p. 294.

¹⁵⁸ LEI n.º 28/82, de 15 de novembro. “Art. 80.º, n.º 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”.

¹⁵⁹ Acórdão n.º 544/14 do TC de 15.07.2014 (Maria José Rangel de Mesquita), in <<http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20140544.html>> (18.01.2019).

Ao prosseguir com a fundamentação de natureza interpretativa, a Relatora Maria José Rangel de Mesquita indica que “é que uma interpretação da lei consentânea com a Constituição – que protege, nos termos expostos, a liberdade religiosa dos indivíduos - não pode deixar de considerar incluídas no conceito de flexibilidade de horário¹⁶⁰”, no mérito definido a possibilidade de compensação do trabalho não prestado em horário diverso, mas garantindo a compatibilização entre duração do trabalho e a dispensa do trabalhador para fins religiosos.

A interpretação dada pelo Tribunal Constitucional quanto à validade da norma de acordo com a Constituição acaba por lapidar a *mens legis* contida na norma, a fim de criar um sistema harmônico com os ditames constitucionais.

Nas decisões limitativas como o nome sugere, a intenção é limitar os efeitos da decisão de inconstitucionalidade, podendo-se optar por uma suavização de seus efeitos, com objetivo de adequar as situações da vida, observados os princípios constitucionais e interesses envolvidos.

Calcadas em premissas de segurança jurídica, equidade e interesse público de excepcional relevo, o Tribunal opta por modelar os efeitos da decisão, objetivando concretizar os comandos legais sem causar maiores prejuízos à sociedade como um todo, afastando da decisão extremada, aplicando efeitos mitigados.

“a condição geral para que estas decisões sejam tomadas está longe de corresponder a uma mera cláusula vazia e assenta antes numa preocupação substantiva concernente à irrupção de valores que circunstancialmente possam competir com o princípio da constitucionalidade, numa listagem que só pode ser taxativa¹⁶¹”.

Reforçando a necessidade do instituto, a harmonização e efetividade prática: “acaba (por paradoxal que pareça *prima facie*) por servir de instrumento de garantia, porque se ela se não operasse, poderiam os órgãos de fiscalização, para evitar consequências demasiado gravosas, vir a não decidir pela inconstitucionalidade¹⁶²”.

Os efeitos práticos devem ser levados em conta ao proferir a decisão, sobretudo considerando a existência de regras programáticas na Constituição, a fim de garantir uma ordem social mais harmônica e o bem comum, ou seja, a limitação se faz necessária em casos abruptos, tendo em vista a manutenção do interesse da coletividade.

¹⁶⁰ Acórdão n.º 544/14 do TC de 15.07.2014 (Maria José Rangel de Mesquita), in < <http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20140544.html>> (18.01.2019).

¹⁶¹ GOUVEIA, Jorge Bacelar – **Manual de Direito Constitucional – Volume II**. p. 1392-1393.

¹⁶² MIRANDA, Jorge – **Fiscalização da Constitucionalidade**. p. 88.

O que não se deve ocorrer, é deixar de se analisar a questão do enfoque técnico-jurídico, posto que as mazelas causadas pela atuação dos poderes constituídos não podem ser mecanismos de limitação de direitos fundamentais, ante a dicotomia indivíduo-coletividade, partindo da premissa que a garantia de direitos fundamentais de todos os envolvidos é maneira certa para atingimento da paz social.

O Acórdão n.º 426/2018 traz elementos na sua fundamentação que demonstram a utilidade do instituto: “a revogação de uma norma objeto de um pedido de declaração de inconstitucionalidade não obsta, só por si, à sua eventual declaração de inconstitucionalidade, com força obrigatória geral¹⁶³”.

A conclusão dos julgadores se apoia na preposição de que a revogação possui uma eficácia prospectiva (*ex nunc*), já a declaração de inconstitucionalidade, uma eficácia retroativa (*ex tunc*), lastreado no artigo 282.º, n.º 1 da Constituição que dispõe que a ineficácia ocorre desde a entrada em vigor da norma declarada inconstitucional, fulminando as situações criadas a partir da aplicação da respectiva norma no passado.

“a modelação da decisão positiva de inconstitucionalidade, com a invocação destas razões, pode ser feita segundo o critério temporal: a redução da eficácia retroactiva da declaração de inconstitucionalidade, no limite até ao momento em que o acórdão é publicado, tendo nesse caso a decisão, não efeitos *ex tunc*, como é normal, mas só efeitos *ex nunc*¹⁶⁴”.

Versando sobre as decisões aditivas ou integrativas, tem-se que são extensões de direitos garantidos a uma determinada categoria à totalidade dos indivíduos com direitos semelhantes, em movimento de alargamento do rol de abarcados pela norma constitucional em análise, geralmente lastreado pela aplicação do princípio da igualdade.

No conceito trazido por Fernando Alves Correia: “o Tribunal Constitucional declara ou julga, então, a inconstitucionalidade da norma, na parte em que não prevê aquilo que devia prever e, desse modo, amplia ou estende o regime contido na norma¹⁶⁵”.

Na fundamentação do Acórdão n.º 449/87 fica evidenciado o emprego da referida técnica, posto que é dada interpretação lastreada no princípio da igualdade, trazendo um limiar de benesses sociais para categorias não abarcadas pelo legislador, utilizando de “engenhosos

¹⁶³ Acórdão n.º 426/18 do TC de 20.09.2018 (Lino Rodrigues Ribeiro), in <<http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20180426.html>> (22.02.2019).

¹⁶⁴ GOUVEIA, Jorge Bacelar – **Manual de Direito Constitucional – Volume II**. p. 1393.

¹⁶⁵ CORREIA, Fernando Alves – **Jurisdição Constitucional**. p. 304.

expedientes decisórios” a fim de resguardar a liberdade do Poder Legislativo, sem olvidar do cumprimento dos princípios constitucionais¹⁶⁶.

Existem diferenças entre os institutos, pois das decisões integrativas “se interpreta certa lei (com preceitos insuficientes e, nessa medida, eventualmente, inconstitucionais) completando-a com preceitos da Constituição sobre esse objeto que lhe são aplicáveis e porque *diretamente* aplicáveis¹⁶⁷”.

Segundo a lógica apresentada, a forma mediata ou imediata de aplicação da norma constitucional como preceito de complementação à norma posta é diferencial entre decisão aditiva (indireta) e decisão integrativa (direta).

As críticas oriundas das modalidades de decisões aplicadas se valem do caráter subjetivo que se poderia empregar na hermenêutica dos preceitos constitucionais, podendo-se valer de posições políticas para chegar ao resultado mais “adequado” aos interesses do órgão julgador, afastando-se do molde técnico-jurídico, indicando que algumas decisões “constituem actos políticos de grande relevância. De facto, essas decisões resultam da aplicação da lei a aplicar cabe aos juízes e mais, a interpretação dessa lei pode coincidir ou não, por vontade dos juízes, com a vontade do legislador¹⁶⁸”.

No tocante a integração das normas legislativas com os ditames inseridos na Constituição (sejam normas ou normas-princípio) devem ser utilizados como parâmetro para o julgamento de quaisquer demandas levadas a conhecimento do Tribunal Constitucional e de qualquer outro Tribunal, sobretudo porque a aplicação rasa de uma norma deslocada de uma análise global é receita para injustiças.

Importante reafirmar a importância dos princípios para o julgamento de casos pelo TC, visto que é a atuação do órgão está diretamente ligado a aplicação dos chamados princípios

¹⁶⁶ (...) Como frequentemente (se não sempre) sucede quando ocorre uma violação do princípio da igualdade, emergente do facto de se reconhecer a uma categoria de cidadãos o direito a prestações ou a «benefícios» que não são reconhecidos a outra categoria deles (ou do facto de serem-no àqueles em medida maior do que a estes), a uma tal violação tanto pode obviar-se, numa perspectiva puramente lógica ou fáctica, através do afastamento ou eliminação da regulamentação mais desfavorável como da mais favorável (ou até de ambas, e da sua substituição por uma outra). Este circunstancionalismo - bem conhecido da jurisprudência constitucional comparada, inclusive em hipóteses próximas da que nos ocupa, e que aí tem dado azo não só a dúvidas e dificuldades de monta, mas também a engenhosos expedientes decisórios, visando acautelar a «liberdade constitutiva» do legislador - ocorre também no caso em apreço: claro que a desigualdade de tratamento traduzida nas alíneas a) e b) do nº 1 da base XIX da Lei nº 2127 desapareceria, de facto, eliminando qualquer delas e submetendo à outra todas as situações. Acórdão n.º 268/86 do TC de 18.11.1987 (José Manuel Cardoso da Costa), *in* <<http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/19870449.html>> (23.12.2018).

¹⁶⁷ MIRANDA, Jorge – **Fiscalização da Constitucionalidade**. p. 92.

¹⁶⁸ LEITE, Luís Ferreira – **O Tribunal Constitucional e o Sistema Político**. p. 211.

constitucionais estruturantes: dignidade da pessoa humana, igualdade, proibição do excesso, segurança jurídica como mecanismos de atingimento da justiça no caso concreto¹⁶⁹.

Outrossim, os princípios trazem margem interpretativa que, de certo modo, é favorável à Jurisdição constitucional, considerando que a solidificação permanente do entendimento constitucional é prejudicial ao sistema jurídico, especialmente porque a jurisprudência deve levar em conta não só o contexto normativo, mas também ser rediscutida e evoluir com a sociedade que a permeia.

2.5. A Influência da União Europeia

A ideia de um Estado Supranacional não é nova, visto que a evolução da própria sociedade deriva de agrupamentos de unidades menores, partindo a organização em famílias, cidades, principados e, por fim, Estados, mas nunca se afastando da essência de preservação das unidades: “Estado se chama, necessariamente, a unidade superior; mas as unidades inferiores, se mudam de nome, não perdem a estrutura nem a função¹⁷⁰”.

Inicialmente, a existência do Direito e do Estado surge a partir das concepções de propriedade e contrato, no intuito de resguardá-las das ações delituosas praticadas pelos elementos daninhos à ordem social.

Ao passo que o Direito mudou de órbita, passando a se preocupar com questões macroeconômicas e ações que têm consequências em diversos Estados soberanos, transcendendo a gerações seguintes, sobreveio a necessidade evolutiva de programar leis para cumprimento de determinadas diretrizes, como por exemplo: salvaguarda do meio-ambiente, questões migratórias, manipulação ou desenvolvimento genético, proliferação de armamentos de destruição em massa, dentre outras.

Essas questões levantadas não são menos importantes que os efeitos de uma economia globalizada, onde a teoria do caos dá lampejos de sua existência¹⁷¹, sendo que a alteração de Governos e governantes pode iniciar uma disputa comercial, além da involução econômica de um Estado pode arrastar vários outros à recessão ou crise, principalmente quando existem relações mútuas de fundo comercial.

¹⁶⁹ NOVAIS, Jorge Reis – **Em Defesa do Tribunal Constitucional**.

¹⁷⁰ CARNELUTTI, Francesco – **Como nasce o Direito**. p. 54.

¹⁷¹ A essência acerca da teoria do caos é que uma pequena mudança no início de um evento aleatório pode trazer consequências enormes e absolutamente desconhecidas no futuro. Por isso, tais eventos seriam praticamente imprevisíveis e caóticos.

Nesse ponto, a fim de resguardar a existência de elementos comuns aos Estados soberanos, existem diversas concatenações de interesses comuns pelo mundo, sobretudo para salvaguarda de livre circulação de pessoas e mercadorias, como o Mercado Comum do Sul – MERCOSUL; Tratado Norte-Americano de Livre Comércio ou NAFTA em sua sigla inglesa e o mais relevante à economia mundial, a União Europeia – UE.

Para além disso, as normas contidas nos tratados ultrapassam questões programáticas, sendo inseridas nas fontes de ordenamentos internos, servindo os tratados como fontes de princípios e objetivos “ao traçarem as relações entre a União e os Estados membros, ao estabelecerem um sistema de órgãos, ao definirem atribuições e competências e ao consagrarem mecanismos de garantia¹⁷²”.

Com a ideia inicial de que o direito internacional não se trata de um ordenamento jurídico (como o interno), mas reconhecendo que “é um direito que se está fazendo, não um direito feito”¹⁷³, houveram gigantescas alterações nas relações internacionais desde então, trazendo veracidade a preposição, mas sem olvidar que o direito como substrato da sociedade, se amolda a medida da evolução da própria sociedade.

De lá para cá, tem-se uma verdadeira maximização das relações internacionais, tornando cada vez mais complexa a existência de regras para convivência harmônica dos Estados soberanos e garantindo aos respectivos cidadãos o acesso a direitos humanos universais, ratificados nas ordens internas.

Atualmente, na forma do art. 8º da Constituição, os princípios e normas provenientes do Direito Internacional fazem parte do direito português, além da possibilidade de recepção previsto na própria Constituição Portuguesa, mediante ratificadas ou aprovadas pelos órgãos competentes, sendo forma de elaboração de normas que não partem diretamente do Poder Legislativo local¹⁷⁴.

O processo de recepção de normas encontra-se previsto na Constituição, cabendo a Assembleia da República a aprovação dos tratados¹⁷⁵, ao Presidente da República a ratificação

¹⁷² MIRANDA, Jorge – Constituição e Constituições perante a integração europeia. **Uma Constituição para a Europa. Lisboa.** p. 90

¹⁷³ CARNELUTTI, Francesco – **Como nasce o Direito.** p. 59.

¹⁷⁴ CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA PORTUGUESA de 25 de abril de 1976. “Artigo 8.º - Direito Internacional
1. As normas e os princípios de direito internacional geral ou comum fazem parte integrante do direito português.
2. As normas constantes de convenções internacionais regularmente ratificadas ou aprovadas vigoram na ordem interna após a sua publicação oficial e enquanto vincularem internacionalmente o Estado Português.
3. As normas emanadas dos órgãos competentes das organizações internacionais de que Portugal seja parte vigoram diretamente na ordem interna, desde que tal se encontre estabelecido nos respetivos tratados constitutivos”.

¹⁷⁵ *Idem - Ibidem.* “Artigo 161.º - Compete à Assembleia da República: i) Aprovar os tratados, designadamente os tratados de participação de Portugal em organizações internacionais, os tratados de amizade, de paz, de defesa, de

dos Tratados aprovados¹⁷⁶ e ao Tribunal Constitucional a análise de sua compatibilidade, sobretudo quando de uma análise preventiva, tendo como efeito o veto ao ingresso da norma no ordenamento jurídico¹⁷⁷.

O condicionamento das normas recebidas no direito interno advindas do direito internacional comum (em contraponto as normas que versam sobre direitos humanos) detém um valor infraconstitucional “mas supralegal, mesmo tratando-se de lei posterior¹⁷⁸”.

Assim, poder-se-ia falar em Direito Constitucional Europeu? Para Jorge Miranda a resposta ainda é negativa, visto que o jurista considera que: “a constituição europeia não participa da natureza de Constituição no sentido nascido no século XVIII, na Europa e na América. Nem tão-pouco se manifestou até hoje um poder constituinte europeu que possa considerar-se da mesma natureza do poder constituinte exercido no interior de cada Estado¹⁷⁹”.

Ainda, tendo por base que a cidadania fica atrelada à nacionalidade, sendo comum alguns direitos como: econômicos, políticos, migratórios, o que caracteriza a chamada ‘cidadania europeia’.

Diante da aplicação das normas e princípios derivados dos tratados que regem a União Europeia, é possível concluir que sua presença no direito interno é presente e significativa, em consonância com o contido no artigo 8º, n.º 4 da Constituição Portuguesa, que define as ordens advindas da União Europeia e suas instituições tem aplicação na ordem interna, respeitados os postulados constitucionais¹⁸⁰.

Com efeito, o aproveitamento das normas do Tratado da União Europeia detém aplicabilidade imediata e primazia na sua aplicação, o que gera um novo paradigma do controle constitucional, visto serem as normativas supranacionais uma fonte para criação e alteração de direitos na esfera interna dos Estados-membros.

Contudo, é importante destacar que a supremacia da Constituição advém da sua própria essência, visto que “a Constituição rege os comportamentos dos órgãos de poder que se movam

retificação de fronteiras e os respeitantes a assuntos militares, bem como os acordos internacionais que versem matérias da sua competência reservada ou que o Governo entenda submeter à sua apreciação”;

¹⁷⁶ CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA PORTUGUESA de 25 de abril de 1976. “Artigo 135.º - Compete ao Presidente da República, nas relações internacionais: b) Ratificar os tratados internacionais, depois de devidamente aprovados”;

¹⁷⁷ *Idem* - **Idem**. “Artigo 279.º - 1. Se o Tribunal Constitucional se pronunciar pela inconstitucionalidade de norma constante de qualquer decreto ou acordo internacional, deverá o diploma ser vetado pelo Presidente da República ou pelo Representante da República, conforme os casos, e devolvido ao órgão que o tiver aprovado”.

¹⁷⁸ CORREIA, Fernando Alves – **Jurisdição Constitucional**. p. 169.

¹⁷⁹ MIRANDA, Jorge – Constituição e Constituições perante a integração europeia. **Uma Constituição para a Europa**. Lisboa. p. 91.

¹⁸⁰ *Idem* - **Idem**. “Artigo 8.º, n.º 4: As disposições dos tratados que regem a União Europeia e as normas emanadas das suas instituições, no exercício das respetivas competências, são aplicáveis na ordem interna, nos termos definidos pelo direito da União, com respeito pelos princípios fundamentais do Estado de direito democrático”.

no âmbito do Direito interno e, conseqüentemente, todos os seus atos, quanto a todos os seus pressupostos, elementos, requisitos, têm de lhe ser conformes¹⁸¹”.

Nessa linha, inclusive o processo de internalização das normas advindas de tratados internacionais passa pelo critério dos atos estipulados dentro desse limite constitucional, portanto, estando em conflito a aplicação da norma advinda da fonte externa com o direito interno, este deve prevalecer.

O grau de atrito entre as normas reside na condução das políticas governamentais com alinhamento ou distanciamento das políticas sugeridas pelo Bloco Europeu. Em tempos de crise financeira, com maior acirramento dos ânimos e discussões sobre as medidas impopulares adotadas, o Tribunal Constitucional foi chamado a analisar a constitucionalidade dos cortes de salários e pensões¹⁸², declarando a inconstitucionalidade da medida.

Nesse recorte histórico, surgiram várias críticas à atuação do órgão, enfrentadas por Jorge Reis Novais para quem: “a supremacia do direito da União europeia relativamente à nossa Constituição está condicionada pelo necessário respeito dos *princípios fundamentais do Estado de direito democrático*”¹⁸³.

Na prática, o Tribunal Constitucional vem aplicando como fonte do direito e fundamento de suas decisões, sem destoar da necessária submissão à ordem constitucional interna, como é possível verificar em alguns julgados.

No tocante à análise da aplicação de normas internacionais, via de regra, são invocadas como parâmetros comparativos e como fontes suplementares, no intuito de salvaguardar os direitos fundamentais dos cidadãos, como no Acórdão n.º 595/2018¹⁸⁴, situação em que foi invocado normativo da Convenção Europeia de Direitos do Homem para reafirmar a aplicação do princípio do duplo grau de jurisdição em matéria penal.

¹⁸¹ MIRANDA, Jorge – **Fiscalização da Constitucionalidade**. p. 207.

¹⁸² Acórdão n.º 413/2014 do TC de 18.11.1987 (Carlos Fernandes Cadilha), in <<http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20140413.html>> (23.04.2019).

¹⁸³ NOVAIS, Jorge Reis – **Em Defesa do Tribunal Constitucional**. p. 159.

¹⁸⁴ Neste contexto, o artigo 2.º do Protocolo n.º 7 à CEDH estabelece o «direito a um duplo grau de jurisdição em matéria penal». No n.º 1 deste preceito consagra-se o direito de acesso de «qualquer pessoa declarada culpada de uma infração penal por um tribunal» a «uma jurisdição superior» que reexamine «a declaração de culpabilidade ou a condenação» - é autorizada igualmente a regulação do seu exercício e dos respetivos fundamentos por lei. Entre as exceções possíveis a este direito, o n.º 2 do mesmo preceito elenca as «infrações menores, definidas nos termos da lei» e as situações em que «o interessado tenha sido julgado em primeira instância pela mais alta jurisdição» ou as situações em que, após um julgamento que tenha conduzido a uma absolvição, «o interessado tenha sido [...] declarado culpado e condenado» em julgamento de recurso. Acórdão n.º 595/18 do TC de 18.11.1987 (Maria de Fátima Mata-Mouros), in <<http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20180595.html>> (18.02.2019).

As alegações trazidas mostram uma integração dos elementos normativos do direito supranacional¹⁸⁵, a fim de viabilizar os princípios inseridos no direito interno do Estado Português, como uma verdadeira existência de um bloco de juridicidade ou legalidade, como um marco de direito comparado.

A República Portuguesa se subordina à jurisdição do Tribunal de Justiça da União Europeia, que se encarrega de garantir que as normas do direito europeu sejam interpretadas e cumpridas pelas instituições dos países-membros de forma equânime, respeitando o pactuado pelos seus signatários.

Infere-se que o Tribunal de Justiça da União Europeia serve como intérprete das normas, com o fim de assegurar uma coesão de decisões aos cidadãos dos países do bloco. Isso fica evidente na questão alçada à sua competência, quando da deliberação e julgamento do processo C-295/18, cujas partes foram Mediterranean Shipping Company (Portugal) – Agentes de Navegação, SA *contra* Banco Comercial Português, SA e Caixa Geral de Depósitos, SA¹⁸⁶.

O contributo de normas e princípios derivados do direito comunitário acabam por criar um bloco europeu de normas: “por bloco europeu de juridicidade e de legalidade entende-se o complexo de regras e princípios (cf. TUE, art. 6) positivado nos tratados e noutras normas comunitárias¹⁸⁷”, as quais são base da jurisdição e garantia pelo Tribunal de Justiça da Comunidade.

¹⁸⁵ A complementação do voto aduz: Relativamente às garantias de defesa deste julgamento de recurso que, após absolvição, conduz a uma declaração de culpa e condenação do arguido, existe abundante jurisprudência do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem (TEDH), em especial tendo como parâmetro o artigo 6.º, n.º 1, da Convenção – que consagra o “direito a um processo justo e equitativo” (v., por exemplo, os acórdãos nos casos Constantinescu c. Roménia, n.º 28871/95, §§ 55 e 59, de 27 de junho de 2000; Destrehem c. França, n.º 56651/00, §§ 39 a 47, de 18 de maio 2004; Dănilă c. Roménia, n.º 53897/00, § 62, 8 de março de 2007; Năvoloacă c. Moldávia, n.º 25236/02, § 61, 16 de dezembro de 2008; Suuripää c. Finlândia, n.º 43151/02, § 44, 12 de janeiro de 2010; Lacadena Calero c. Espanha, no 23002/07, § 38, 22 de novembro de 2011; Flueraș c. Roménia, n.º 17520/04, § 58, 9 de abril de 2013; Văduva c. Roménia, n.º 27781/06, § 41, 25 de fevereiro de 2014; Loni c. Croácia, n.º 8067/12, §§ 100 e 101, 4 de dezembro de 2014; Marius Dragomir c. Roménia, n.º 21528/09, §§ 18 a 27, 6 de Outubro de 2015; Moinescu c. Roménia, n.º 16903/12, §§ 33 a 40, 15 de Setembro de 2015; e Sobko c. Ucrânia, n.º 15102/10, § 71, 17 de dezembro de 2015). Esta jurisprudência transmite a percepção clara de que a reversão, em via de recurso, de uma absolvição em condenação convoca um elevado nível de exigências garantísticas da posição processual do arguido, no quadro da Convenção, no âmbito normativo do direito a um processo justo e equitativo. Assim, as exigências decorrentes da Convenção ultrapassam em muito uma visão formalista do «direito a um duplo grau de jurisdição em matéria penal», envolvendo também as regras processuais aplicáveis nesse contexto. Este enquadramento é pertinente na interpretação do artigo 32.º, n.º 1, da Constituição, em especial para uma apreciação rigorosa do âmbito de proteção do direito ao recurso constitucionalmente fundado.

¹⁸⁶ EMENTA: Reenvio prejudicial — Serviços de pagamento no mercado interno — Diretiva 2007/64/CE — Artigos 2.º e 58.º — Âmbito de aplicação — Utilizador de serviços de pagamento — Conceito — Execução de uma ordem de débito direto emitida por uma entidade terceira, relativa a uma conta de que não é titular — Inexistência de autorização do titular da conta debitada — Operação de pagamento não autorizada.

¹⁸⁷ CANOTILHO, José Joaquim Gomes – **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. p. 919.

A eventual aplicação de normas comuns aos cidadãos dos estados-membros da comunidade europeia trará maior espectro na aplicação das normas-princípios do direito interno, alargando o rol existente, sobretudo pela manutenção da igualdade entre os indivíduos, sem, contudo, adentrar na esfera de soberania.

De outro lado, os Estados que compõem a jurisdição do Tribunal de Justiça da União Europeia se valem do subterfugio da interpretação advinda deste para solucionar questões do direito interno, demonstrando uma simbiose jurídica, tendo por base a via de mão dupla, com a utilização das normativas e interpretações do bloco (externo) as demandas do Judiciário (interno).

Ainda é prematuro influir sobre os desdobramentos dessa interação entre o direito comunitário e interno português, mas é certo que, mantendo-se o entendimento atual de supremacia da Constituição e autonomia do Tribunal Constitucional para decidir, inclusive contra os interesses do Governo (influenciado ou não pelo bloco econômico), caminha-se para um apuramento da proteção de direitos fundamentais dos cidadãos.

Por fim, quando do conflito aparente de normas do direito comunitário e direito interno, volta-se a questão da soberania sob o território e seus cidadãos, devendo sempre inclinar-se a justificativa da existência de um estado de direito democrático, que é a preservação de direitos fundamentais e prevalência do interesse público, além do bem-estar social.

3 – O SISTEMA DE JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL BRASILEIRO

A origem colonial do Brasil se refletiu no ordenamento jurídico interno por muito tempo, visto que a influência do Governo Monárquico fazia com que legislações fossem importadas e aplicadas no território nacional, sem a correspondência temática com as demandas locais.

O período pós-colonial foi permeado de ebulições sociais, com a alternância de períodos de democracia e autoritarismo, mesclando a importância do texto constitucional, que por determinados interregnos se tornou meramente formal aos desmandes dos governantes.

A reafirmação da democracia direta, com a promulgação da Constituição Federal de 1988 confirmou a função do Supremo Tribunal Federal como guardião da novel constituição, esta considerada um documento analítico e dogmático, com inserção de diversos princípios, e propiciando terreno fértil para a hermenêutica na sua interpretação.

A adoção de um sistema de controle de constitucionalidade foi objeto já na primeira Carta Constitucional, optando-se, naquele momento, pela predominância do sistema difuso (modelo americano) de controle, e, diante das inovações trazidas pelas constituições que se sucederam, deram azo ao complexo sistema vigente.

3.1. Sistema misto de controle de constitucionalidade brasileiro

O controle de constitucionalidade misto, também conhecido como eclético ou híbrido, agrega as duas modalidades (jurídico e político) de modo a contrabalancear e harmonizar a técnica de controle defensiva da Constituição, tendo Brasil e Portugal como paradigmas de países que adotaram tal sistema.

Não obstante a dualidade do controle brasileiro de constitucionalidade (através da possibilidade de controle político) a maioria da doutrina corrobora que o controle de constitucionalidade é predominantemente jurisdicional, visto atribuição da própria Constituição Federal nesse sentido¹⁸⁸.

Noutro sentido, existe hipóteses de controle repressivo de constitucionalidade feito por órgãos diversos, seja de forma autônoma (Congresso Nacional suspendendo Medida Provisória tida como inconstitucional - art. 62, CF; chefe do Poder Executivo que descumpra uma lei

¹⁸⁸ NUNES JÚNIOR, Flávio Martins Alves – **Remédios Constitucionais**.

considerada inconstitucional), seja dentro do controle jurisdicional (como a participação do Senado no controle difuso de constitucionalidade - art. 52, CF).

O sistema brasileiro de controle de constitucionalidade jurisdicional acolhe duas formas de questionar a constitucionalidade das leis: via de exceção ou de defesa (método difuso), que versa no combate do vício de validade da lei em casos concretos, de modo que qualquer órgão judiciário tem competência para julgá-la e afastar sua aplicação, a fim de evitar os efeitos decorrentes da aplicação da lei;

Já no tocante a via de ação (método concentrado), utilizam-se de ações com fim precípua de questionar a constitucionalidade da norma, tal como a ação direta de constitucionalidade – ADC; arguição de descumprimento de preceito fundamental – ADPF; ação direta de inconstitucionalidade – ADI e ação direta de inconstitucionalidade por omissão – ADO, que, via de regra, se questiona a lei ou ato normativo é (in)compatível à Constituição.

O método concentrado de controle de constitucionalidade, idealizado por Kelsen baseava-se numa concepção formalista da Constituição, partindo da premissa de se tratar de norma rídica posta no ápice do ordenamento, a partir de um sistema hierárquico organizado por graus em patamar de escala superioridade¹⁸⁹.

A Constituição Federal de 1988, no tocante ao controle de constitucionalidade, permaneceu com sua matriz imanente no controle difuso de constitucionalidade, contudo alargou a utilização do recurso extraordinário às questões constitucionais e ampliou significativamente o sistema de controle concentrado, inclusive com a adição de novas ações.

O constituinte optou por manter a fórmula de controle misto de constitucionalidade, agregando a ação de inconstitucionalidade por omissão, inspirada no constitucionalismo português, acrescentando, ainda, a arguição de descumprimento de preceito fundamental – ADPF e a ação declaratória de constitucionalidade – ADC, introduzida pela Emenda Constitucional nº 3¹⁹⁰.

Além de haver ampliado o rol de legitimados à propositura de ação direta de inconstitucionalidade (art. 103)¹⁹¹, a nova redação constitucional permitiu que por meio de

¹⁸⁹ SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel – **Curso de Direito Constitucional**.

¹⁹⁰ STRECK, Lênio Luiz – **Jurisdição Constitucional**.

¹⁹¹ CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL de 05 de outubro de 1988. “Art. 103. Podem propor a ação direta de inconstitucionalidade e a ação declaratória de constitucionalidade: I - o Presidente da República; II - a Mesa do Senado Federal; III - a Mesa da Câmara dos Deputados; IV a Mesa de Assembléia Legislativa ou da Câmara Legislativa do Distrito Federal; V o Governador de Estado ou do Distrito Federal; VI - o Procurador-Geral da República; VII - o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil; VIII - partido político com representação no Congresso Nacional; IX - confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional”.

medida cautelar seja suspensa a eficácia de ato normativo considerado inconstitucional, por outro lado, ao tonificar o controle concentrado, o legislador constitucional reduziu a ocorrência controle difuso.

Não obstante tais inovações, consta na Carta Constitucional o mandado de injunção (art. 5º, LXXI) que serve ao fim de suplantar a lacuna legislativa para efetivação de direitos fundamentais, além da recriação da ação direta de inconstitucionalidade em âmbito estadual, referida como representação de inconstitucionalidade, prevista no art. 125, § 2º e a limitação do recurso extraordinário às questões constitucionais (art. 102, III), em acréscimo aos demais mecanismos já mencionados¹⁹².

O sistema brasileiro busca imprimir maior efetividade do acesso aos mecanismos de garantia de direitos fundamentais, com um amplo espectro de ações possíveis, além de conferir legitimidade ao particular para acessar a Corte Constitucional quando se vir em situação de violação, através dos chamados remédios constitucionais (Mandado de Segurança, Mandado de Injunção, *Habeas Data* e *Habeas Corpus*).

Outra característica se trata da coexistência das Constituições Estaduais e Leis Orgânicas Municipais, as quais, dentro de sua esfera de competência, delimitam direitos e determinam condutas, mas sempre se curvando à Constituição Federal, como estereótipo do sistema federalista.

A nível Federal, utilizando-se do método concentrado, somente o Supremo Tribunal Federal poderá desempenhar o controle de constitucionalidade de atos normativos (federais, estaduais ou municipais) frente à Constituição Federal, contudo “somente os Tribunais de Justiça dos Estados e do Distrito Federal podem exercer, também diante de uma ação direta, o controle da constitucionalidade dos atos normativos estaduais ou municipais em face da Constituição Estadual¹⁹³”.

Já o controle jurídico de constitucionalidade das leis via de *exceção* (controle difuso) pode ser suscitado como ‘questão prejudicial’, que caberá ao juiz ou tribunal decidir após a resolução da ‘questão principal’. Em suma, a via de exceção será exercida quando o direito pleiteado dependa de uma análise da inconstitucionalidade de uma lei ou ato administrativo para alcançar o direito pleiteado em juízo.

Portanto, o controle difuso pode ser exercido incidentalmente, mediante a arguição de inconstitucionalidade perante qualquer juiz, que poderá deixar de aplicar o ato impugnado,

¹⁹² BARROSO, Luís Roberto – **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência.**

¹⁹³ CUNHA JÚNIOR, Dirley da – **Controle de Constitucionalidade: Teoria e Prática.** p. 47.

tratando-se, portanto, de eficácia *inter partes*; para que seja declarada a inconstitucionalidade da lei ou ato normativo, persiste o requisito da observância da cláusula de reserva de plenário (art. 97 da CF/88), que exige maioria absoluta dos membros do tribunal para tanto.

A respeito da referida cláusula prevista no art. 97 da Constituição Federal¹⁹⁴ e a natureza dos atos que se submetem à tal requisito, o Supremo Tribunal Federal recentemente se manifestou pela necessária distinção entre ato normativo e ato administrativo, em análise de decreto legislativo que suspendeu o andamento de ação penal movida contra deputado estadual, sob os argumentos de se tratar de “ato individual e concreto, com todas as características de ato administrativo de efeitos subjetivos limitados a um destinatário determinado. Atos dessa natureza não se submetem, em princípio, à norma do art. 97 da CF/88¹⁹⁵”.

A respeito do controle de constitucionalidade político, ressalta-se que a Constituição Federal vigente estabeleceu tanto o controle preventivo de constitucionalidade como o repressivo, aquele que opera antes que a lei produza efeitos, enquanto este último ocorre depois de promulgada a lei, podendo ser ainda: 1) político; quando confiado a órgão não pertencente ao Poder Judiciário e 2) judiciário; sempre que necessário verificar a congruência de um ato perfeito perante as regras constitucionais.

Quanto ao controle político, pode ser *legislativo* – realizado pela Câmara dos Deputados, Senado Federal ou Congresso Nacional que detém diversas camadas de proteção contra a entrada em vigor de lei manifestamente inconstitucional (exercida pelas Comissões de Análises) – ou *executivo* – exercido pelo Presidente da República mediante veto (art. 66, § 1º, CF/88)¹⁹⁶.

Referida modalidade de controle de constitucionalidade atribui a verificação da inconstitucionalidade de normas aos órgãos de natureza política, remetendo-se ao modelo Europeu do início do século XX, onde incumbia ao próprio Poder Legislativo; ou através de um órgão especial: “como o *Présidium do Soviete Supremo* da ex-União Soviética (Constituição da URSS, art. 121, ri; e o *Conseil Constitutionnel* da vigente Constituição

¹⁹⁴ CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL de 05 de outubro de 1988. “Art. 97. Somente pelo voto da maioria absoluta de seus membros ou dos membros do respectivo órgão especial poderão os tribunais declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do Poder Público”.

¹⁹⁵ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL – Legislação Anotada: **A Constituição e o Supremo**. Art. 97. Somente pelo voto da maioria absoluta de seus membros ou dos membros do respectivo órgão especial poderão os tribunais declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do Poder Público [em linha] in <<http://www.stf.jus.br/portal/constituicao/artigoBd.asp?item=1058>> (17.05.2019).

¹⁹⁶ *Idem* – **Ibidem**. “Art. 66. A Casa na qual tenha sido concluída a votação enviará o projeto de lei ao Presidente da República, que, aquiescendo, o sancionará. § 1º - Se o Presidente da República considerar o projeto, no todo ou em parte, inconstitucional ou contrário ao interesse público, vetá-lo-á total ou parcialmente, no prazo de quinze dias úteis, contados da data do recebimento, e comunicará, dentro de quarenta e oito horas, ao Presidente do Senado Federal os motivos do veto”.

francesa de 1958 (arts. 56 a 63)¹⁹⁷”, destacando a progressiva alteração deste último em órgão jurisdicional através de sua jurisprudência, sob a guisa do art. 62 da Constituição francesa.

O controle político legislativo é realizado pelas Comissões Permanentes de Constituição e Justiça, que retiram do art. 58 da CF/88¹⁹⁸ seu fundamento de existência. No caso da Câmara dos Deputados, a Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania tem seu exercício regulado pelo art. 32, inciso IV do Regimento Interno daquela Casa¹⁹⁹, que estabelece a verificação de aspectos constitucionais, legais de projetos, emendas, admissibilidade de proposta de emenda à CF, assuntos atinentes a direitos e garantias fundamentais, organização do Estado, dos Poderes, dentre outros.

A respeito do Senado Federal, o respectivo Regimento Interno prevê no art. 101²⁰⁰ competência para opinar sobre a constitucionalidade e juridicidade das matérias que lhe forem submetidas por deliberação do Plenário, despacho da Presidência, consulta de qualquer comissão, ou em virtude de decisão terminativa de comissão para o Plenário sobre os referidos aspectos das matérias.

Atinente ao controle preventivo de constitucionalidade exercido pelo Presidente da República, parte da doutrina aduz que poderá ocorrer antes da promulgação da lei, ao considerar que o projeto é, no todo ou em parte, inconstitucional, o Presidente deverá vetá-lo, de forma integral ou parcial, assim impedindo que ingresse no mundo jurídico um ato legislativo incompatível com a Constituição, destacando que tal “modalidade diversa de veto é aquele que se funda em contrariedade ao interesse público, fundado em juízo estritamente político de conveniência e oportunidade²⁰¹”.

¹⁹⁷ SILVA, José Afonso – **Curso de Direito Constitucional**. p. 51.

¹⁹⁸ CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL de 05 de outubro de 1988. “Art. 58. O Congresso Nacional e suas Casas terão comissões permanentes e temporárias, constituídas na forma e com as atribuições previstas no respectivo regimento ou no ato de que resultar sua criação”.

¹⁹⁹ RESOLUÇÃO Nº 17, de 1989 – **Regimento Interno da Câmara dos Deputados** – Art. 32. São as seguintes as Comissões Permanentes e respectivos campos temáticos ou áreas de atividade: IV - Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania [em linha] in <<https://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/legislacao/regimento-interno-da-camara-dos-deputados/arquivos-1/RICD%20atualizado%20ate%20RCD%206-2019.pdf>> (17.04.2019).

²⁰⁰ RESOLUÇÃO Nº 93, de 1970 – **Regimento Interno do Senado Federal** – Art. 101. À Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania compete: I – opinar sobre a constitucionalidade, juridicidade e regimentalidade das matérias que lhe forem submetidas por deliberação do Plenário, por despacho da Presidência, por consulta de qualquer comissão, ou quando em virtude desses aspectos houver recurso de decisão terminativa de comissão para o Plenário. [em linha] in <<https://www25.senado.leg.br/documents/12427/45868/RISF+2018+Volume+1.pdf/cd5769c8-46c5-4c8a-9af7-99be436b89c4>> (17.04.2019).

²⁰¹ BARROSO, Luís Roberto – **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência**. p. 90.

O veto pode ser superado por deliberação do Congresso Nacional, nos termos do art. 66, §4º da CF/88²⁰², contudo se exige um mecanismo mais complexo, pois deverá ser deliberado em sessão conjunta de ambas as casas legislativas, pela maioria absoluta dos deputados e senadores, em deliberação secreta²⁰³. Nessa hipótese, o juízo do Legislativo acerca da constitucionalidade ou não da norma prevalecerá sobre o do Executivo, convertendo-se o projeto em lei.

Uma construção influenciada pelo ordenamento português é a possibilidade de controle preventivo de constitucionalidade – não previsto expressamente no ordenamento brasileiro – mas se torna possível com o ingresso de Mandado de Segurança por parlamentar, a fim de garantir seu direito líquido e certo de não votar matéria manifestamente inconstitucional.

Ante a matéria analisada, somente o Supremo Tribunal Federal seria competente para análise do referido remédio constitucional, em nome do direito subjetivo do parlamentar, como forma de controle incidental quando “a vedação constitucional se dirige ao próprio processamento da lei ou da emenda²⁰⁴”.

O Tribunal acolheu a pretensão de parlamentares que ingressaram com o Mandado de Segurança a fim de impedir a votação de projeto de lei que não detinha constitucionalidade formal, tendo como parte da argumentação que somente o parlamentar “para impetrar mandado de segurança com a finalidade de coibir atos praticados no processo de aprovação de lei ou emenda constitucional incompatíveis com disposições constitucionais que disciplinam o processo legislativo²⁰⁵”.

Assim, trata-se de via oblíqua que não pode ser considerada efetivamente um controle preventivo, pois se limita aos aspectos formais, assemelhando-se mais a um controle repressivo de normas constitucionais postas, no tocante ao trâmite dos projetos de lei e na própria atuação do Poder Legislativo.

Na esfera do controle repressivo, ainda pode ser realizado pelo Poder Legislativo, pois a Constituição prevê a primeira possibilidade no art. 49, inciso V, diante da atribuição do

²⁰² CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL de 05 de outubro de 1988. “Art. 66. A Casa na qual tenha sido concluída a votação enviará o projeto de lei ao Presidente da República, que, aquiescendo, o sancionará. § 4º O veto será apreciado em sessão conjunta, dentro de trinta dias a contar de seu recebimento, só podendo ser rejeitado pelo voto da maioria absoluta dos Deputados e Senadores”.

²⁰³ Neste ponto, olvidou-se o autor de revisar a questão da “publicidade” da apreciação ao veto, porquanto a Emenda Constitucional nº 76 conferiu nova leitura ao dispositivo constitucional: “§ 4º O veto será apreciado em sessão conjunta, dentro de trinta dias a contar de seu recebimento, só podendo ser rejeitado pelo voto da maioria absoluta dos Deputados e Senadores. (Parágrafo com redação dada pela EC nº 76, de 2013)”.

²⁰⁴ SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel – **Curso de Direito Constitucional**. p. 1016.

²⁰⁵ Acórdão – Agravo Regimental em Mandado de Segurança nº. 24667/DF do STF de 04.12.2003 (Min. Carlos Veloso), in < <http://stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.aspbase=baseAcordaos> > (12.06.2019).

Congresso Nacional em “retirar do ordenamento jurídico atos normativos provenientes do Executivo que exorbitem o poder regulamentar ou os limites da delegação legislativa”, o que se fará mediante decreto legislativo de modo a sustar – com efeitos *ex nunc* – decretos presidenciais (art. 84, inciso IV) e leis delegadas (art. 68), todos da Constituição Federal.

A outra possibilidade de controle repressivo se dá mediante a rejeição de medidas provisórias, pela não conversão em lei sob a argumentação de inconstitucionalidade, ademais, o parecer da Comissão Temporária Mista tendente a expurgar a espécie normativa do ordenamento jurídico deve ser acatado.

A referida modalidade de controle foi instituído pela Emenda Constitucional nº 32 de 2001, alterou o regime jurídico das medidas provisórias (atos emitidos pelo Presidente da República com força de lei em casos de relevância e urgência), estabelecendo um conjugado de limitações materiais de fundo, com a vedação de temas a serem tratados por tal ato na forma do art. 62, § 1º da Constituição Federal²⁰⁶.

Dessa forma, o espectro de possibilidades de controle de constitucionalidade do ordenamento brasileiro é um dos mais extensos do mundo, visto que é exercido por todos os poderes instituídos, bem como em diversos momentos do processo legislativo e em análise difusa e concentrada.

Ainda, o rol de legitimados é igualmente ampliado, sendo possível o cidadão comum acessar a Corte Constitucional por via de Recurso Extraordinário – derivado de processo judicial – e através de Ações Constitucionais intentadas diretamente ao Supremo Tribunal Federal, com destaque as figuras do *Habeas Corpus*, Mandado de Injunção e Mandado de Segurança.

As consequências da amplitude se mostram na quantidade volumosa de processos analisados pela Corte, bem como na crescente edição de súmulas vinculantes e aplicação de efeitos *erga omnes* aos julgamentos pelo plenário, a fim de condicionar os entendimentos em instâncias inferiores aos proferidos pelo Supremo Tribunal Federal.

O estudo do histórico do controle de constitucionalidade permite entender como tomou a centralidade do sistema jurídico, evoluindo juntamente com o protagonismo do império da Constituição e das Leis, como consequência de um princípio de legalidade, a fim de garantir a liberdade dos indivíduos e limitar o poder autoritário do Estado.

²⁰⁶ BARROSO, Luís Roberto – **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência.**

3.1.1. Histórico nas Constituições anteriores

O cenário jurídico trazido pela Constituição Imperial (1824) não possibilitou o controle de constitucionalidade das leis por dois motivos: ao Legislativo cabia o pleno controle de sua atividade legiferante, conforme se extrai do art. 15, inciso VIII daquele Diploma²⁰⁷; de outro lado, a existência do Poder Moderador ensejava a alteração das leis de acordo com outros critérios distintos da legalidade ou da constitucionalidade.

À época existia forte movimento de ruptura com a metrópole portuguesa, contudo a figura determinante para o processo de independência foi o Monarca da Família Real – Dom Pedro I – que cumulou a titularidade do poder constituinte.

Os juízes eram tidos como meros aplicadores da lei, sendo que os “princípios que marcaram a Constituição de 1824, como o princípio da supremacia da lei ou da nítida e radical separação de poderes, ainda não abriam margem ao controle difuso, nem, muito menos, para o controle concentrado²⁰⁸”.

A influência europeia no Brasil não cessou com a Proclamação da Independência em 7 de setembro de 1822, no âmbito político-jurídico as concepções advindas do Velho Mundo permaneciam determinantes, tanto que a Constituição do Império (1824) se demonstra com forte influência de liberalismo iluminista francês.

Atinente ao controle de constitucionalidade segue-se a mesma regra, trazendo, para o Brasil, o mesmo modelo que a França criou no séc. XVIII, onde o controle era exercido pelo Poder Legislativo, mesmo com a observância das normas constitucionais em plano formalmente superior das leis ordinárias, a doutrina da época jamais reconheceu a possibilidade de afastamento da aplicação de normas em descompasso com a Constituição²⁰⁹.

Ao extinguir o Poder Moderador, a Constituição de 1891 fortaleceu o princípio da separação dos poderes, que não mais se submeteriam aos caprichos daquele outro; bem como conferiu ao Congresso a guarda da Constituição e das Leis, porém, reservando ao Poder Judiciário o exame da adequação ou não das normas constitucionais.

O modelo adotado teve inspiração na matriz norte-americana de controle difuso de constitucionalidade, onde caberia a cada juiz, dentro da análise do caso concreto, fazer uma

²⁰⁷ CONSTITUIÇÃO IMPÉRIO DO BRASIL de 25 de março de 1824 – “Art. 15. E' da attribuição da Assembléa Geral: VIII. Fazer Leis, interpretar-as, suspendel-as, e rovogal-as”.

²⁰⁸ SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel – **Curso de Direito Constitucional**. p. 973.

²⁰⁹ RAMOS, Elival da Silva – **Controle de constitucionalidade no Brasil: perspectivas de evolução**.

interpretação da lei de acordo com a norma contida na Constituição, modelo, inclusive, que serviu de paradigma para o adotado em Portugal a partir de 1911.

O art. 3º do Decreto n. 848 de 11 de outubro de 1890, introduziu que na guarda e aplicação da Constituição e das leis nacionais, a magistratura só intervirá em espécie e por provocação da parte. De igual forma, o art. 9º, parágrafo único, alíneas “a” e “b”, do mesmo *codex*, dispõe acerca do controle de constitucionalidade das leis federais ou estaduais, dando também grande relevância ao Supremo Tribunal Federal.

O modelo, ou seja, a arquitetura do sistema de controle de constitucionalidade, foi baseado no sistema americano (controle difuso), com alterações nos textos subsequentes, mas permanecendo durante toda a República, incluindo a Constituição vigente (1988)²¹⁰.

A Constituição de 1891 disciplinou, ainda, a competência ao Supremo Tribunal Federal para julgar em última instância recursos que questionassem a validade de leis ou atos de governo em face da Constituição ou leis federais, bem como a validade destas leis federais perante a Constituição.

Entretanto, ressalve-se que mesmo diante da supressão do Poder Moderador e da instituição de um sistema de controle de constitucionalidade fundado no modelo americano, os juízes ainda influenciados pelo regime anterior, calcado na supremacia da lei, não praticavam a nova técnica, por vezes recusando-se a exercer um controle difuso efetivo.

A mudança de mentalidade dos julgadores não acompanhou o progresso inserido pela nova Carta Constitucional, visto que “os juízes da época, ainda absortos no regime anterior, em que valia a plena e radical supremacia da lei, não confrontavam a lei com a Constituição, negando-se, assim, a exercer o controle difuso²¹¹”, sem olvidar que vários juízes da Corte do Império ingressaram no STF, a partir da edição da Constituição de 1891.

Por sua vez, a Constituição de 1934 instaurou a norma que atualmente se conhece por cláusula de reserva de plenário, constante do art. 97 da CF/88, que desde aquele momento tornava obrigatório o *quorum* de maioria absoluta para que os tribunais declarassem a inconstitucionalidade das leis.

Além da novidade quanto ao procedimento declaratório de inconstitucionalidade por parte dos tribunais, a Constituição de 1934 possibilitou a ampliação da eficácia dos referidos

²¹⁰ BARROSO, Luís Roberto – **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência.**

²¹¹ SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel – **Curso de Direito Constitucional.** p. 976.

efeitos declaratórios ao estabelecer competência ao Senado Federal para suspender a execução das normas declaradas inconstitucionais.

A Carta de 1934, inseriu no rol de garantias individuais, o Mandado de Segurança, contribuindo para propagação de um controle jurisdicional de constitucionalidade, assentando-o, em seu art. 113, nº. 33 como ferramenta direcionada à defesa de direito, certo e incontestável, ameaçado ou violado por ato manifestamente inconstitucional ou ilegal de qualquer autoridade.

Outra inovação trazida pelo constituinte no que diz respeito ao controle de constitucionalidade ao possibilitar a declaração de inconstitucionalidade de lei estadual pelo Supremo Tribunal Federal mediante provocação do Procurador-Geral da República – condicionando-se, porém – a declaração à “violação de um dos princípios constitucionais de observância obrigatória pelos Estados-membros (os denominados *princípios constitucionais sensíveis*, constantes do art. 7º da Carta)²¹²”, que precisava ser previamente submetida ao crivo da Corte, mediante provocação do Procurador-Geral da República, a fim de verificar sua constitucionalidade, visto que possuía natureza objetiva, sem relação a qualquer caso concreto²¹³.

A Carta de 1937 traduz um inequívoco retrocesso no sistema de controle de constitucionalidade, apesar de manter-se igual quanto ao controle difuso de constitucionalidade (art. 101, III, *b* e *c*), apresentando também *quorum* especial (art. 96), o parágrafo único do mesmo trouxe uma das maiores modificações, determinando que caso um texto fosse declarado inconstitucional, o Presidente da República, poderia remetê-lo novamente ao Parlamento, se confirmada a validade por dois terços dos votos, após tramitação nas duas casas, a decisão do Tribunal tornar-se-ia ineficaz.

Houve quem vislumbresse aspecto positivo em relação ao sistema posto pela Constituição de 1937, o jurista Candido Motta Filho enaltecia a inovação sob o argumento de que a submissão do julgado a deliberação do Parlamento afastaria o problema de legitimidade democrática, devolvendo ao crivo do legislativo, verdadeiro detentor de tal premissa²¹⁴.

O mandado de segurança, que há pouco tinha adquirido condição de garantia constitucional, perde-a durante o Estado Novo, para ficar relegado ao plano da legislação ordinária, com significativas restrições, posto que o Código de Processo Civil de 1939, em seu

²¹² BARROSO, Luís Roberto – **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência**. p. 86.

²¹³ SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel – **Curso de Direito Constitucional**.

²¹⁴ MENDES, Gilmar Ferreira – **Controle abstrato de constitucionalidade: ADI, ADC e ADO – comentários à Lei n. 9.868/99**.

art. 319, exclui a apreciação de judicial por tal via processual os atos emanados do Presidente da República, dos Ministros de Estado, Governadores e Interventores²¹⁵.

Já com o advento da Carta Magna de 1946, restaura-se a tradição do controle judicial no ordenamento brasileiro, o Supremo Tribunal Federal passa a julgar os recursos extraordinários (art. 101, inciso III)²¹⁶, mantendo o *quorum* especial para declaração de inconstitucionalidade e a necessidade de manifestação do Senado Federal para suspender a execução da lei declarada inconstitucional pelo STF.

As alterações mais relevantes no tocante ao controle de constitucionalidade brasileiro anterior à Constituição Federal de 1988, encerraram-se na Constituição de 1946, aprimorada pela Emenda Constitucional nº. 16/65, que possibilitou ao Procurador-Geral da República representar pela inconstitucionalidade de lei ou ato normativo estadual ou federal, que seria processada e julgada originariamente pelo Supremo Tribunal Federal, sem que houvesse necessidade de atingir os princípios sensíveis do Estado.

O golpe militar consumado em 31 de março de 1964, rompeu com a ordem jurídica anterior, sem trazer grandes inovações ao sistema de controle de constitucionalidade. A Constituição de 1967 traz a competência para ingresso de ações, pelo Procurador-Geral da República, ampliada, não só abrangendo os princípios sensíveis (art. 10, VII), agora a intenção do Constituinte foi prover a execução de lei federal (art. 10, VII, 1ª parte).

O Presidente da República passa a ter legitimidade para suspender ato estadual (art.11, §2º); no mais, preservou-se o controle abstrato (art. 119, I, I), sem a possibilidade de ingresso de ação de inconstitucionalidade nos Tribunais de Justiça, nos casos em que lei municipal desrespeite a Constituição Estadual.

Nas palavras de Gilmar Ferreira Mendes: “A Constituição de 1967 não incorporou a disposição da Emenda nº. 16/65, que permitia a criação do processo de competência originária dos Tribunais de Justiça dos Estados, para declaração de lei ou ato dos Municípios que contrariassem as Constituições dos Estados²¹⁷”, mas a Emenda nº. 1/69 previu a possibilidade

²¹⁵ RAMOS, Elival da Silva – **Controle de constitucionalidade no Brasil: perspectivas de evolução**.

²¹⁶ CONSTITUIÇÃO DOS ESTADOS UNIDOS DO BRASIL de 18 de setembro de 1946. “Art. 101 - Ao Supremo Tribunal Federal compete: III - julgar em recurso extraordinário as causas decididas em única ou última instância por outros Tribunais ou Juízes:

a) quando a decisão for contrária a dispositivo desta Constituição ou à letra de tratado ou lei federal;
b) quando se questionar sobre a validade de lei federal em face desta Constituição, e a decisão recorrida negar aplicação à lei impugnada;
c) quando se contestar a validade de lei ou ato de governo local em face desta Constituição ou de lei federal, e a decisão recorrida julgar válida a lei ou o ato;
d) quando na decisão recorrida a interpretação da lei federal invocada for diversa da que lhe haja dado qualquer dos outros Tribunais ou o próprio Supremo Tribunal Federal”.

²¹⁷ MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gonet – **Curso de Direito Constitucional**. p. 1185.

de controle de constitucionalidade de lei municipal, em face da Constituição Estadual, para fins de intervenção no Município (art. 15, § 3º, ‘d’).

A emenda constitucional nº. 1/69 deu nova redação a totalidade do texto da Constituição de 1967, gerando intensa controvérsia sobre a sua natureza acerca de sua elaboração, se a mesma se trataria de obra de um Poder Constituinte derivado ou originário. O Ato Institucional nº. 5 conferiu ao Chefe do Executivo poder de reforma constitucional, além de que teria que interpretar os poderes legislativos que lhe eram atribuídos durante o recesso parlamentar (art. 2º, § 1º).

Nesse contexto, passou a existir concomitantemente o mecanismo de controle por via principal, similar aos já aplicados nas cortes europeias, com fiscalização abstrata e concentrada diretamente no Supremo Tribunal Federal, convivendo com o controle incidental e difuso, que não sofreu maiores alterações²¹⁸.

Já a reforma promovida pela Emenda Constitucional nº. 7/77 possibilitou a concessão de liminar em ação de inconstitucionalidade proposta pelo Procurador Geral da República, o que, na época gerou alguma discussão sobre a eficácia da decisão de inconstitucionalidade.

A Constituição de 1988 veio como quebra de paradigma ao regime ditatorial, portanto detém diversos mecanismos para garantir direitos fundamentais, adotando de forma mais ampla o acesso dos indivíduos à Corte Constitucional, bem como a mudança de vetor de predominância de controle difuso para um controle abstrato, com efeito extensivo.

Além disso, no que tange à inconstitucionalidade material, o art. 60 § 4º, define que não será objeto de deliberação proposta de emenda constitucional tendente a abolir: a forma federativa de Estado; o voto direto, secreto, universal e periódico; a separação dos Poderes; e, os direitos e garantias individuais. Enquanto, a inconstitucionalidade formal traduz defeito de formação do ato, ou seja, o desrespeito a requisitos de ordem técnica ou procedimental, conforme art. 60, seus respectivos incisos e §§ 1º, 2º, 3º e 5º²¹⁹.

A proteção de cláusulas pétreas vem de encontro com as aspirações do constituinte em manter um Estado Democrático de Direito, calcado em posições jurídicas imutáveis, trazendo um caráter de rigidez a Constituição, como forma de garantir que as situações enfrentadas anteriormente não se repitam, independentemente do governo que o ocupe o poder.

A novel Constituição mantém a possibilidade de um controle constitucional político, exercido por meio do veto do Chefe do Executivo (art. 66, § 1º), porém inova ao ampliar a

²¹⁸ BARROSO, Luís Roberto – **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência.**

²¹⁹ MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gonet – **Curso de Direito Constitucional.**

competência do Senado Federal (art. 91, inciso II) e; ao atribuir, ao Congresso Nacional, o controle sobre atos normativos do Poder Executivo que exorbitem o poder regulamentar do mesmo (art. 49, inciso V), o que inviabiliza a usurpação de competência legislativa que não a pertença, estabelecendo um controle político-repressivo.

O sistema adotado no ordenamento brasileiro é misto, em outras palavras, a análise de constitucionalidade pode ser realizada tanto por qualquer juiz ou tribunal, de forma prejudicial; ou, ainda por via principal, a partir de julgamento do Supremo Tribunal Federal, de acordo com os termos do art. 102 da Constituição da República brasileira.

A múltipla competência para exercer o controle de constitucionalidade, com uma série de mecanismos, espalhados pelos poderes instituídos garante que a norma constitucional permaneça íntegra, pois a confluência necessária para alteração é praticamente impossível de se alcançar em regime democrático com pluralidade partidária.

O estudo da competência do Supremo Tribunal Federal demonstrará a amplitude do instituto na atualidade, bem como a interpretação dada pela Corte à *mens legis* do constituinte, traduzindo o sistema misto em uma grande amplitude de competência e efeitos, os quais sofreram diversas mudanças no interregno desde a promulgação da Constituição, em 05 de outubro de 1988.

3.2. Competência do Supremo Tribunal Federal

A competência do Supremo Tribunal Federal advém da ideia complementar de garantia da estabilidade do Estado Democrático de Direito com a aplicação das normas constitucionais, aliado ao estudo das nuances de prerrogativas de foro, amplamente abarcadas na legislação brasileira.

Por força da natureza jurídica do STF, aplica-se o princípio de *Kompetenz-Kompetenz*, de onde se extrai que a própria corte define sua competência, valendo-se da aplicação das regras incutidas na Constituição e leis inferiores. No tocante as prerrogativas de foro, a análise do artigo 102, inciso I, alínea “b” e “c”²²⁰.

²²⁰ CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL de 05 de outubro de 1988. “Art. 102. Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe: I - processar e julgar, originariamente: b) nas infrações penais comuns, o Presidente da República, o Vice-Presidente, os membros do Congresso Nacional, seus próprios Ministros e o Procurador-Geral da República; c) nas infrações penais comuns e nos crimes de responsabilidade, os Ministros de Estado e os Comandantes da Marinha, do Exército e da Aeronáutica, ressalvado o disposto no art. 52, I, os membros dos Tribunais Superiores, os do Tribunal de Contas da União e os chefes de missão diplomática de caráter permanente”;

A expectativa de que a prerrogativa de foro servisse como uma verdadeira barreira a abertura de processos infundados contra indivíduos que ocupassem cargos relevantes, bem como garantir um julgamento livre de influências políticas, ante o alto escalão envolvido na celeuma, “a instituição da prerrogativa de foro não se afigura atentatória ao princípio do juiz natural. Ao revés, a nosso ver, trata-se de providência absolutamente compatível com esse postulado²²¹”.

A prática, contudo, tem se mostrado um pouco distinta, ao passo que a tramitação lenta de ações originárias no STF se torna um verdadeiro óbice ao célere desenvolvimento do processo, reforçando uma mácula do sistema de persecução penal brasileiro – que alguns indivíduos detêm *status* privilegiado quando levados à julgamento.

A supremacia da Constituição no ordenamento jurídico interno, estipula ao STF a condição de órgão competente para defendê-la, nos moldes de um Tribunal Constitucional, mas mantendo-o como órgão de cúpula do Poder Judiciário, recebe também a incumbência recursal das Cortes inferiores, detendo concomitantemente competência originária e recursal.

Conquanto à competência, a Constituição Federal sugere um modelo assemelhado ao sistema da maioria dos países europeus, com uma noção de Tribunal Constitucional com “competência específica para conhecer os litígios constitucionais²²²”.

A atuação do Supremo Tribunal Federal deve se pautar na necessidade de se manifestar quando instado e julgar casos de violação de normas constitucionais, atentando-se imperiosa separação dos poderes, na forma do artigo 2º da Constituição Federal, como caso paradigma, a decisão da SS nº 5272/DF²²³ que debruçou-se sobre a legalidade da eleição para o Senado Federal²²⁴.

²²¹ MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gonet – **Curso de direito constitucional**. p. 515

²²² MORAES, Alexandre de – **Jurisdição constitucional e tribunais constitucionais: garantia suprema da constituição**. p. 211.

²²³ Um caso de grande repercussão sobreveio após a votação para presidente do Senado Federal no corrente ano de 2019, quando após uma votação de questão de ordem, alterou-se o regimento interno daquela casa, passando a eleição outrora secreta para uma votação aberta aos candidatos postulantes. Imediatamente, dois partidos políticos recorreram ao STF através de Petição, suscitando a nulidade da votação que elegeu o Senador Davi Alcolumbe ao cargo de presidente da casa. A medida cautelar foi deferida e, ao ser informado o descumprimento, o Ministro Dias Toffoli lançou novo despacho na madrugada do dia 02 de fevereiro de 2019.

²²⁴ Nas razões da decisão da Petição de Suspensão de Segurança da Medida Cautelar – SS nº 5272/DF, o argumento utilizado foi: “em reuniões preparatórias não há campo jurídico-legislativo para iniciativas tendentes à alteração do regimento interno da Câmara Alta, ato de chapada inconstitucionalidade, uma vez que sua finalidade é exclusivamente a posse de seus membros e eleição das respectivas Mesas, frente ao que preconiza o art. 57 da Lei Maior. Prosseguem as razões apresentadas: “Mas não é só! De igual modo, penso que a submissão pelo Presidente interino de questão de ordem versando a forma de votação da eleição da mesa diretora (secreta ou aberta) desrespeitou a decisão que proferi nesta suspensão de segurança, bem como subverteu de forma deliberada as finalidades precípuas das reuniões preparatórias, conforme disposto no regimento daquela Casa”. O derradeiro desfecho veio com a nulidade do ato de votação para presidência do Senado Federal, em decisão proferida às 03:45h, como fez questão de frisar o presidente da Corte Constitucional, garantido a realização de nova eleição,

Em consonância com o movimento de ampliação da competência do Supremo Tribunal Federal, a decisão confrontou o artigo 60 do RISF²²⁵, mesmo com a ressalva da separação dos poderes advinda do art. 2º da Constituição Federal, no intuito de garantir que fosse seguida uma constitucionalidade aparentemente existente no dispositivo questionado.

Isso se mostra possível, em especial porque no âmbito do Supremo Tribunal Federal, o controle concentrado de leis e atos normativos federais e estaduais se dá via ação, por provocação de qualquer dos legitimados para tanto listados no art. 103 da Constituição Federal, o que ocorria no caso em comento, visto que a petição foi ingressada por membros do próprio Senado Federal.

Ainda no tocante à Competência do Supremo Tribunal Federal, considera-se que a Constituição também se inclina a garantir a estabilidade social e política, além de desempenhar função de instrumento de limitação e racionalização do poder e garantia de liberdades²²⁶.

As bases da competência jurisdição constitucional, portanto, residem para além do controle da constitucionalidade das leis e atos normativos, passando também pelo controle da regularidade do Estado Democrático de Direito, submissão e proteção à supremacia dos direitos e garantias fundamentais, bom funcionamento dos poderes públicos e sua separação²²⁷.

Quanto ao *controle difuso*, o STF o realiza mediante recurso extraordinário (art. 102, III, ‘a’, ‘b’ e ‘c’), de recurso ordinário ou quando se aprecia a inconstitucionalidade de leis ou atos normativos que se tenha fundado em decisões recorridas (art. 102, II).

Ao realizar o controle de constitucionalidade abstrato, o STF atua como legislador negativo, visto que não pode inovar a ordem jurídica mediante a criação de leis ou atos normativos primários, mas apenas expurgar da ordem jurídica a lei ou ato normativo inconstitucional, quando reconhece a inconstitucionalidade de normas jurídicas.

O sistema de controle de constitucionalidade vigente conta com cinco ações: a) Ação Direta de Inconstitucionalidade Genérica por Ação (ADI Genérica); b) Ação Direta de Inconstitucionalidade Interventiva (ADI Interventiva); c) Ação Direta de Inconstitucionalidade

através de escrutínio secreto. A questão-cerne não é a maneira como se desenrolou a situação *per si*, mas o estudo da competência do STF nesses casos, pois foi fixado e reafirmado a possibilidade de intervenção em ato interno da Casa Legislativa.

²²⁵ RESOLUÇÃO Nº 93, de 1970 – **Regimento Interno do Senado Federal** – Art. 60. A eleição dos membros da Mesa será feita em escrutínio secreto, exigida maioria de votos, presente a maioria da composição do Senado e assegurada, tanto quanto possível, a participação proporcional das representações partidárias ou dos blocos parlamentares com atuação no Senado. [em linha] in <<https://www25.senado.leg.br/documents/12427/45868/RISF+2018+Volume+1.pdf/cd5769c8-46c5-4c8a-9af7-99be436b89c4>> (17.04.2019).

²²⁶ MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gonet – **Curso de direito constitucional**.

²²⁷ MORAES, Alexandre de – **Jurisdição constitucional e tribunais constitucionais: garantia suprema da constituição**. p. 211.

por Omissão (ADO); d) Ação Declaratória de Constitucionalidade (ADC); e) Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF).

Não obstante a delimitação das matérias suscetíveis ao controle de constitucionalidade por parte do STF, José Afonso da Silva aduz que a redução da competência do STF a matéria constitucional não o transformou em Corte Constitucional: “porque não é o único órgão jurisdicional competente para o exercício da jurisdição constitucional, já que o sistema perdura fundado no critério difuso, que autoriza qualquer tribunal e juiz a conhecer da prejudicial de inconstitucionalidade, por via de exceção²²⁸”.

A temática dos tratados internacionais merece análise, tendo em vista sua influência no direito interno. No caso brasileiro, o tratado assinado pelo representante legítimo só terá efeitos no ordenamento brasileiro mediante aprovação pelo Congresso Nacional²²⁹, além de ser passível de controle repressivo do STF.

Nesse particular, a Corte tem entendimento de que a Constituição servirá como norte para a solução normativa a ser aplicada nos atos internacionais ao sistema interno de normas, sendo certo que a matéria constitucional não se limita ao conteúdo escrito nela²³⁰.

Situação análoga foi objeto de análise do Recurso Extraordinário nº 466.343/SP, no uso da palavra em Plenário, o Ministro Gilmar Mendes afirmou: “O Supremo Tribunal Federal acaba de proferir uma decisão histórica. O Brasil adere agora ao entendimento já adotado em diversos países no sentido da suprallegalidade dos tratados internacionais sobre direitos humanos na ordem jurídica interna²³¹”.

O entendimento fixado pelo Supremo Tribunal Federal indica que os tratados em geral detém o mesmo grau hierárquico de leis ordinárias, prevalecendo a aplicação de do princípio de *lex posterior derogat priori*, ou seja, que a nova norma revoga a anterior, já no tocante aos tratados de direitos humanos defendia-se a ideia de que “possuem uma posição suprallegal, situando-se acima da legislação ordinária, mas sem status constitucional²³²”.

A edição da Emenda à Constituição nº 45/2004 acrescentou o §3º ao artigo 5º, dando fim a discussão quanto a aplicação das normas que versem sobre direitos humanos, concedendo

²²⁸ SILVA, José Afonso da – **Teoria do conhecimento constitucional**. p. 284.

²²⁹ CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL de 05 de outubro de 1988. “Art. 49. É da competência exclusiva do Congresso Nacional: I - resolver definitivamente sobre tratados, acordos ou atos internacionais que acarretem encargos ou compromissos gravosos ao patrimônio nacional”.

²³⁰ MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gonet – **Curso de direito constitucional**.

²³¹ Acórdão – Recurso Extraordinário nº. 466.343-1/SP do STF de 03.12.2008 (Min. Cezar Peluzo), in < <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=595444>> (13.06.2019).

²³² BARROSO, Luís Roberto – **Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. p. 505.

status de emenda constitucional, mas submetendo a competência para análise da adequação aos princípios da ordem interna ao Congresso Nacional²³³.

Desta forma, a competência do Supremo Tribunal Federal na análise de normas originadas de Tratados Internacionais advém da sistemática de ingresso no ordenamento pátrio, seja por Decreto do Congresso Nacional (aspecto formal) ou pelo seu conteúdo material, classificando-se em normas de *status* constitucional, quando se trate de incremento de direitos fundamentais ou leis ordinárias ao demais atos.

Outro segmento importante de análise é a forma de acesso ao Supremo Tribunal Federal, seja na modalidade de controle difuso ou concentrado e as especificidades das ações possíveis, tendo em vista o rol diversificado presente no ordenamento jurídico brasileiro.

3.2.1. Acesso e matérias analisadas

A ação direta de inconstitucionalidade genérica, instituída pela Emenda Constitucional nº. 16/65 com a denominação de “representação contra inconstitucionalidade”, contava com apenas um legitimado à sua proposição: o Procurador Geral da República. Com a vigente Constituição, o número de legitimados foi ampliado para um total de nove legitimados ativos, consoante se extrai do art. 103 da CF.

A despeito de os critérios autorizadores do ajuizamento das ações constitucionais terem sido alavancados pela Constituição Federal, que também estabeleceu o rol dos legitimados para tanto, divididos em: *universais*, que a função institucional legitima a defesa da Constituição em qualquer hipótese e os *especiais*, composto de órgãos e entidades que atuam em representatividade dos interesses de questões que repercutem sob sua esfera jurídica ou de seus filiados²³⁴.

Diferente dos legitimados universais, quando do ajuizamento da ADI genérica, os legitimados especiais se sujeitam à demonstração de pertinência temática como “requisito objetivo pelo qual se verifica a procedência, conveniência e plausibilidade do pleito, ajuizada para a defesa de um interesse específico, via controle concentrado de constitucionalidade²³⁵”,

²³³ CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL de 05 de outubro de 1988. “Art. 5º (...) § 3º Os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais”.

²³⁴ BARROSO, Luís Roberto – **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência**.

²³⁵ BULOS, Uadi Lammêgo – **Curso de Direito Constitucional**. p. 280.

além dos requisitos para propositura de qualquer ação: legitimidade para agir, interesse de agir e possibilidade jurídica do pedido.

O grupo dos legitimados universais à propositura da ADI genérica é composto pelo Presidente da República (contra ato normativo por ele mesmo concebido ou para o qual tenha contribuído mediante sanção ou iniciativa); Mesas das Casas Legislativas (Câmara e Senado – excluído o Congresso Nacional), contra seus próprios atos; Procurador-Geral da República (que discricionariamente poderá propô-la ou não), partido político com representação no Congresso Nacional (agregações partidárias, deputado ou senador, desde que devidamente representados por seu partido no Congresso, diretório ou executiva nacional – excluído, portanto, o de âmbito regional, conforme ADIn 779-AgRg/DF), e o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil.

Condicionado à demonstração da pertinência temática, o grupo dos legitimados ativos especiais é composto pela Mesa de Assembleia Legislativa do Estado ou Câmara do Distrito Federal; Governador de Estado ou do Distrito Federal; Entidades de classe de âmbito nacional e Confederação sindical.

Sobre a questão da demonstração de pertinência temática, acrescenta Luiz Guilherme Marinoni que o STF “estabeleceu que a legitimidade somente estará configurada quando existir relação de pertinência entre os interesses do requerente e a norma a que se atribui a marca de inconstitucionalidade²³⁶”.

Do procedimento da ADI genérica também participará, na qualidade de legitimado passivo, o órgão ou autoridade que emanou o ato a ser impugnado, o qual contará com a defesa do Advogado-Geral da União (art. 103, § 3º) – com exceção dos casos em que o STF já houver se pronunciado pela inconstitucionalidade (ADIn 97-QO/RO, ADIn 1.616-4/PE), de outro lado, atuará o Procurador-Geral da República na condição de fiscal da lei (art. 103, § 1º), não podendo, como qualquer outro legitimado, desistir da ação (ADIn 1.971-6/SP).

Sobre a atuação do Advogado-Geral da União e da composição do polo passivo da demanda, tem-se que servirá como uma forma de curador da presunção de legalidade e constitucionalidade dos atos advindos do Poder Público, rechaçando a possibilidade de pessoas naturais serem partes nessa espécie de ação²³⁷.

²³⁶ SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel – **Curso de Direito Constitucional**. p. 1146.

²³⁷ BARROSO, Luís Roberto – **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência**.

O processamento e julgamento das ações diretas de inconstitucionalidade de leis ou atos normativos federais ou estaduais é de competência do Supremo Tribunal Federal, nos termos do art. 102, inciso I, alínea “a” da CF/88. Por se tratar de um processo objetivo, a Corte não dará ênfase a problemas individualizados, como ocorre quando do controle difuso, a função se restringe à verificação de compatibilidade dos atos impugnados diante da Constituição Federal, que o incumbiu de sua guarda.

Diante da elevada atribuição conferida pela Lei Maior à Corte Constitucional, Teori Albino Zavascki ressalta o fato de o Supremo Tribunal Federal ocupar a posição central no sistema de controle de constitucionalidade, tanto nas situações concretas, mas também em situações de legitimidade inerente ao controle abstrato, detendo a derradeira interpretação e aplicação das normas constitucionais²³⁸.

Por sua vez, a ação direta de inconstitucionalidade interventiva teve origem com a CF/34, possuindo desde então o Procurador-Geral da República a legitimidade exclusiva e discricionária para sua representação, visa a mera declaração de intervenção federal mediante a análise da violação dos princípios sensíveis (art. 34, VII, ‘a’ a ‘e’ da CF/88), embora, faça-se mediante controle abstrato de constitucionalidade.

O relato de Celso Agrícola Barbi permite afirmar que no caso de declaração de inconstitucionalidade: “é tipicamente uma ação declaratória, cujo objeto não é nenhuma relação jurídica ou fato, mas sim uma lei estadual, cuja compatibilidade com a Constituição Federal será julgada pelo Supremo Tribunal Federal²³⁹”.

Ao Supremo Tribunal Federal compete julgar a ADI interventiva, a qual visa declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo estadual ou distrital, ensejando a intervenção em no respectivo Estado ou Distrito Federal, não podendo as leis ou atos normativos municipais constituir objeto da ADI em menção, tampouco o Município sofrerá intervenção Federal²⁴⁰.

Em apontamento cronológico, a ADI interventiva a guardaria o título de ser a mais antiga das ações de controle concentrado no sistema brasileiro, enquanto a ADI Genérica foi fruto da EC 16/65; já a ADO e a ADPF foram introduzidas pela Constituição de 1988, sendo esta regulamentada pela Lei 9.882/99 e a ADC surgiu com a EC 3/93, restando a introdução da ADI interventiva a mais longínqua (adveio na Constituição de 1934)²⁴¹.

²³⁸ ZAVASCKI, Teori Albino – **Eficácia das sentenças na jurisdição constitucional**.

²³⁹ BARBI, Celso Agrícola – **Evolução do controle de constitucionalidade das leis no Brasil**. p. 56.

²⁴⁰ Informativo – IF nº 591-9 do STF de 10.10.2014 (Min. Luiz Fux), in <
<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudenciaRepercussao/verAndamentoProcesso.asp?incidente=4148353&numeroProcesso=659109&classeProcesso=RE&numeroTema=591>.

²⁴¹ NUNES JÚNIOR, Flávio Martins Alves – **Curso de direito constitucional**.

Outra modalidade existente é a Ação Declaratória de Constitucionalidade, introduzida no ordenamento jurídico pela EC nº. 3/93, de modo a ratificar a constitucionalidade da lei ou ato normativo federal alvo de controvérsia judicial, vinculando demais órgãos do Poder Judiciário e a Administração Pública.

Inicialmente, eram legitimados apenas o Presidente da República, a Mesa do Senado Federal, Mesa da Câmara dos Deputados e o PGR, situação que se modificou com a edição da EC 45/04, possibilitando aos legitimados à ADI genérica (art. 103) o ajuizamento da declaratória, condicionando também os legitimados especiais à demonstração da pertinência temática.

De modo distinto de como ocorre com a relação jurídica processual estabelecida nas demais ações de controle concentrado, no bojo da ação declaratória de constitucionalidade a inexistência de legitimação passiva. “Se na ação direta de inconstitucionalidade é possível atribuir tal condição aos órgãos dos quais emanou o ato impugnado, na declaratória de constitucionalidade isso não faria sentido²⁴²”.

Ainda, em aceção ao controle de constitucionalidade por omissão, competirá ao STF processar e julgar originariamente a ADI omissiva (art. 102, I, a), que poderá ser proposta pelos mesmos legitimados da ADI genérica (art. 103, incisos I a IX) e da ADC, ressalvando aos legitimados especiais (art. 103, incisos IV, V e IX) a demonstração da pertinência temática.

No que tange à ação direta de inconstitucionalidade, o legitimado para a ação pode ingressar com ação contra ato praticado por seu antecessor, como no exemplo de Presidente da República ingressar com ação a fim de declarar a inconstitucionalidade de ato praticado por seus antecessor, o que não ocorre no ADI omissiva, ante a possibilidade da autoridade suprir a lacuna que gera a inconstitucionalidade²⁴³.

A ação direta de inconstitucionalidade por omissão é destinada à cientificação do Poder Legislativo quanto à necessidade de edição de norma que torne exequível preceito constitucional imprescindível de regulamentação (art. 103, § 2º). Logo, tem por objeto apenas as normas de eficácia limitada.

Contudo, ainda é possível a utilização da figura do mandado de injunção, ação pela qual se pleiteia a supressão da mora da manifestação do legislador frente ao direito da parte, e, em

²⁴² BARROSO, Luís Roberto – **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência**. p. 279.

²⁴³ SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel – **Curso de Direito Constitucional**.

se tratando de órgão administrativo, será determinado o preenchimento da lacuna no prazo de trinta dias.

O art. 5º, LXXI, da Constituição Federal indicou que a concessão do mandado de injunção será provido sempre que a falta de norma regulamentadora tornar inviável o exercício dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania.

A respeito da omissão, observa-se que não há estrito cumprimento das imposições constitucionais ou mandato do legislador, os quais se colocam como “preceitos constitucionais que constituem verdadeiras ‘ordens’ de atuação positiva sobretudo ao legislador” com o múnus de emitir normas válidas (leis) para disciplinarem algum aspecto constitucional que mereça complemento de suas diretrizes gerais²⁴⁴.

Como em Portugal, admite-se que as omissões sejam de natureza total ou parcial, cumulando efeitos distintos, pois no primeiro caso há uma inércia total do órgão responsável pela emanção do ato legislativo ou administrativo necessário a eficácia dos direitos fundamentais.

No caso de omissões parciais, é certo que a sua ocorrência pode gerar inconstitucionalidade por desequilíbrio ao princípio da igualdade, eventualmente acarretando um tratamento mais favorável a determinado grupo de pessoas à desprezo de outras, que, em situação idêntica, deveriam ser igualmente contempladas pela lei²⁴⁵.

Não obstante o fenômeno da omissão atinente ao mecanismo de controle, “é certo que a norma constitucional pode não conter um ‘mandato ao legislador’ ou qualquer imposição constitucional clara e expressa²⁴⁶”, mas também não pode continuar dependendo da atuação legislativa ou administrativa que confira efetividade e aplicabilidade, sem a qual, poderá se caracterizar omissão e consequente inconstitucionalidade.

Será legitimado passivo o órgão ou a pessoa responsável pela edição do ato que tornará exequível a norma constitucional. Para tanto, contará com o prazo de 30 (trinta) dias ou outro prazo razoável a ser determinado pelo STF, conforme as peculiaridades do caso (art. 12-H, § 1º, caput da Lei n. 9.868/99). Havendo excepcional urgência e relevância da matéria, poderá o STF conceder medida cautelar, por decisão da maioria absoluta de seus membros, ouvidos os órgãos ou autoridades responsáveis pela omissão (art. 12-F, *caput*).

²⁴⁴ SILVA, José Afonso da – **Teoria do conhecimento constitucional**.

²⁴⁵ STRECK, Lenio Luiz – **Jurisdição constitucional**.

²⁴⁶ *Idem* – **Op. Cit.** p. 286.

Quando a omissão decorrer de órgãos da esfera administrativa, interferindo na plenitude da norma constitucional, será determinado a Administração Pública que adote as medidas cabíveis a fim de dar cumprimento à determinação judicial no prazo de trinta dias²⁴⁷.

A última espécie de ação constitucional destinada ao controle constitucional de normas é a Arguição de Descumprimento do Preceito Fundamental, que se presta a evitar ou reparar lesão a preceito fundamental por prática de ato do Poder Público, e reconhecer a relevância do fundamento da controvérsia constitucional sobre lei ou ato normativo federal, estadual ou municipal, inclusive aos anteriores à Constituição.

A ADPF foi regulamentada – e viabilizada – pela Lei nº 9.882/99 “sob o pretexto de criar uma ação constitucional que permitiria o acesso direto do cidadão à Corte Suprema para a defesa de direitos fundamentais (sob inspiração do *recurso constitucional* alemão e do *recurso de amparo* espanhol)²⁴⁸”, a fim de viabilizar um novo instrumento de segurança jurídica, posto que reduziu a livre formação da convicção dos juízes ordinários em questões constitucionais de larga abrangência.

Ainda, detém caráter subsidiário aos demais mecanismos de controle de constitucionalidade, visto que deve suplantar lacunas e não interferir ou alterar o sistema de garantias e ações. Em segundo momento, pauta-se a ADPF pela especialidade, dado que “é a única que tutela especificamente o preceito fundamental e não as normas constitucionais em geral²⁴⁹”.

A ação em comento merece especial atenção pois representa a ambivalência do sistema de controle de constitucionalidade brasileiro, posto que “ao mesmo tempo em que é uma ação autônoma (art. 1º *caput* da Lei 9.882), é também mecanismo apto a provocar incidentalmente a constitucionalidade de leis ou atos normativos difusamente (art. 1º, parágrafo único, inciso I)²⁵⁰”.

Por preceito fundamental deve-se ter em vista direitos fundamentais e princípios instituidores do Estado Democrático de Direito, como a dignidade da pessoa humana, legalidade, inafastabilidade do controle jurisdicional, dentre outros, sem que a Lei 9.882/99 tenha os definido, sobretudo por não ser papel do legislador ordinário realizar interpretação da

²⁴⁷ MENDES, Gilmar Ferreira – **Controle abstrato de constitucionalidade: ADI, ADC e ADO – comentários à Lei n. 9.868/99.**

²⁴⁸ BINENBOJM, Gustavo – **A nova jurisdição constitucional: Legitimidade democrática e instrumentos de realização.** p. 284.

²⁴⁹ DIMOULIS, Dimitri; LUNARDI, Soraya – **Curso de processo constitucional: controle de constitucionalidade e remédios constitucionais.** p. 183.

²⁵⁰ STRECK, Lênio Luiz – **Jurisdição constitucional e hermenêutica.** p. 644.

Constituição. Contudo, “é possível afirmar que as cláusulas pétreas, mormente as consignadas no art. 60, §4º, são preceitos fundamentais²⁵¹”.

Caberá ao STF processar e julgar a ADPF (art. 102, § 1º), após realizado o juízo de admissibilidade em relação ao relevante interesse público, porém, a ação não se presta ao funcionamento como meio recursal de qualquer julgamento prévio pelo Poder Judiciário.

Entretanto, em que pese a distinção no objeto e a subsidiariedade do mecanismo de controle, passaram-se aproximadamente onze anos até a edição da lei que regulamentou o dispositivo, sendo que “desde o advento da Constituição até a edição da lei regulamentadora, a falta de lei regulamentadora foi utilizada como argumento para o não-conhecimento, e portanto, rejeição, das arguições de descumprimento intentadas junto ao Supremo Tribunal²⁵²”.

São legitimados à propositura da ADPF os mesmos do art. 103 da CF, sujeitando-se também os legitimados especiais à demonstração da pertinência temática, assim como serão legitimados passivos os entes que devam prestar informações, e/ou que devam praticar ato que coloque em cheque um preceito fundamental.

Levantadas dúvidas quanto à origem do instituto, pode dizer-se que a distinção entre a ADPF e o *Verfassungsbeschwerde* deu-se após a edição da lei, a qual na sua gênese pelo Congresso Nacional admitia a legitimidade processual de qualquer cidadão, o que foi vetado pelo Presidente da República, a fim de limitar o direito de propositura irrestrito²⁵³.

A limitação do acesso às ações de controle concentrado de constitucionalidade pelo cidadão comum “afigura-se recomendável é até mesmo inevitável em muitos casos. É que a defesa de preceito fundamental confunde-se, em certa medida, com a própria proteção de direitos e garantias individuais²⁵⁴”, talvez a opção se deu por conta da limitação de acesso ao Supremo Tribunal Federal, visto da grande quantidade de processos, bem como a existência de ações constitucionais, tais como *habeas corpus*, mandado de segurança e mandado de injunção.

Ainda no tocante a ADPF, pode o STF deferir a liminar, mediante decisão de maioria absoluta, “em situação de extrema urgência ou perigo de lesão grave, ou, ainda, no recesso, hipótese em que a medida poderá ser deferida pelo Ministro relator, *ad referendum* do Plenário²⁵⁵”. A medida cautelar se prestará a suspender o andamento de processos ou efeitos de decisões judiciais eventualmente proferidas (art. 9.882/99, art. 5º, § 3º).

²⁵¹ BOMHOLDT, Rodrigo Meyer – Ações afirmativas, justiça e igualdade. **Temas de direito constitucional**. p. 749.

²⁵² STRECK, Lênio Luiz – **Jurisdição constitucional e hermenêutica**. p. 629-630.

²⁵³ MEIRELLES, Hely Lopes; WALD, Arnold; MENDES, Gilmar Ferreira – **Mandado de segurança e ações constitucionais**.

²⁵⁴ *Idem* – **Op. Cit.** p. 547-548.

²⁵⁵ BULOS, Uadi Lammêgo – **Curso de Direito Constitucional**. p. 339-340.

Por se tratar de medida de natureza liminar, naturalmente é dotada de caráter provisório, ficando sujeita a ser revogada a qualquer tempo, inclusive nos casos de julgamento sem enfrentamento do mérito da ação, como o perecimento de condições processuais²⁵⁶.

Ressalte-se ainda, em conformidade com precedente da ADC 4/DF, o qual ratificou o chamado “poder geral de cautela”, que decorre da própria Constituição, devendo ser exercido sem a necessidade de qualquer complemento legislativo, sobretudo quando indispensável à efetividade das decisões²⁵⁷.

Inegavelmente, o acesso de diversas formas torna o sistema de proteção de direitos fundamentais brasileiro bastante extenso, sobretudo por garantir que o Poder Judiciário tenha possibilidade de decidir até sobre a lacuna legislativa ou em consonância com normas advindas de *soft law*, após sua incorporação ao direito pátrio.

Contudo, a consequência óbvia da amplitude de processos é o “inchaço” considerável da pauta de julgamentos enfrentados pelos Ministros do STF, com números expressivos, como no caso da somatória dos Agravos de Instrumento, Recursos Extraordinários e Agravos em Recursos Extraordinários – processos que chegam através do controle difuso – somando 54.558 (2015), 46.034 (2016), 40.372 (2017) e 38.589 (2018)²⁵⁸.

Nesse cenário, não é difícil imaginar que casos de importância acabam sendo julgados indiretamente pelos assessores e apenas lidos pelos Ministros, bem como uma seleção de assuntos pautados para julgamento, escolhendo aqueles mais ‘relevantes’ em prejuízo da anterioridade e preferência daqueles anteriormente distribuídos.

Assim, em complemento ao complexo meio de julgamento das ações de seara constitucional, os efeitos das decisões sofrem alterações no intuito de trazer maior efetividade ao posicionamento do Supremo Tribunal Federal quanto órgão de cúpula e guardião da Constituição da República.

3.2.2. Efeitos das decisões

O sistema de controle de constitucionalidade brasileiro passou de um sistema típico de controle difuso de constitucionalidade, advindo da Carta Constitucional de 1891, para um

²⁵⁶ ZAVASCKI, Teori Albino – **Eficácia das sentenças na jurisdição constitucional**.

²⁵⁷ Acórdão – ADC nº. 04/DF do STF de 01.10.2008 (Min. Celso de Mello), in <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=630103>> (11.06.2019).

²⁵⁸ Estatísticas do Supremo Tribunal Federal. [Em linha] in <<http://www.stf.jus.br/portal/verTexto.asp?servico=estatistica&pagina=REAIProcessoDistribuido>> (14.06.2019).

sistema que se assenta mais no controle concentrado de constitucionalidade, com maior ênfase, após a promulgação da Constituição Federal em 1988.

O tocante ao controle de constitucionalidade pelo Poder Judiciário, em que pese a possibilidade da aplicação do controle difuso, resta claro que o constituinte desejou a utilização da jurisdição constitucional como responsável “pela outorga de uma função própria responsável por exarar a última interpretação sobre a norma constitucional em casos pontuais: o controle de constitucionalidade por ação direta via controle concentrado²⁵⁹”.

Mas não se pode afastar a importância do controle difuso ou incidental no plano do ordenamento jurídico brasileiro, sobretudo pelo poder-dever dos juízes de quaisquer instâncias se manifestarem, quando incitados, sobre a legalidade ou constitucionalidade de norma no caso concreto, a fim de resguardar o direito das partes que buscam o Poder Judiciário para solução de suas demandas.

Noutro ponto, a concretude dos direitos mais basilares, por vezes, ocorre no primeiro contato do Magistrado com a causa, quando da possibilidade de concessão de medida liminar ou de antecipação dos efeitos da tutela, utilizando, desde logo, a interpretação das normas à guisa dos princípios constitucionais imanentes.

A combinação das possibilidades jurídicas torna o Supremo Tribunal Federal uma posição angular quanto órgão de revisão em última instância, que foca no controle de questões constitucionais debatidas em instâncias inferiores, além da função precípua de Tribunal Constitucional que detém competência para analisar a constitucionalidade direta das leis (municipais, estaduais e federais) na modalidade de controle abstrato de normas²⁶⁰.

A coexistência da competência do Supremo Tribunal Federal para análise das matérias de ordem constitucional, quer seja nos processos julgados em instâncias inferiores, quer através de processo originário, traduziu-se em complexo sistema de efeitos das decisões, as quais dependerão da natureza do julgamento.

A natureza jurídica do Supremo Tribunal Federal é matéria pertinente para entender a amplitude de suas decisões e seus efeitos. Dispõe o artigo 102 da Constituição Federal que compete precipuamente a guarda (proteção) da vontade do constituinte, plasmada na Constituição Federal.

²⁵⁹ XAVIER, Alex Sander Pires – **Súmula Vinculante e Direitos Fundamentais**. p. 261.

²⁶⁰ MENDES, Gilmar Ferreira – **Jurisdição Constitucional: o controle abstrato de normas no Brasil e na Alemanha**.

A guarda da constituição está diretamente ligada a obrigatoriedade da aplicação dos seus fundamentos, princípios e normas, todas respeitando seu alto grau hierárquico frente as demais normas do ordenamento jurídico brasileiro. Vale destacar que a forma federativa impõe desafios singulares, ao passo que existe coexistência de competências descentralizadas entre União, Estados (Distrito Federal) e Municípios, implicando maiores chances de ocorrência de inconstitucionalidades, ante o inchaço legislativo.

Quando do estudo da competência do Supremo Tribunal Federal, restou claro que o mesmo detém bivalência no controle da constitucionalidade – podendo decidir de forma incidental quando de sua competência originária ou em sede de recursos – também decidindo na função precípua de fomentador do controle concentrado de constitucionalidade.

Recorte necessário a entender o momento histórico atravessado, no qual o processo de abstrativização do controle difuso exercido pelo STF nos casos de controle incidental, tem, via de regra, implicado em efeitos *erga omnes* nas decisões exaradas, em ação de mutação constitucional da leitura do artigo 52, inciso X da Constituição²⁶¹.

A inspiração norte-americana do controle difuso de constitucionalidade traduziu-se de forma parcial ao ordenamento brasileiro, posto que no direito americano as decisões incidentais em sede de controle difuso, em especial, as advindas da Suprema Corte, são vinculantes aos demais órgãos judiciais com sujeição à revisão pela Corte.

Já no Brasil, o legislador buscou inserir mecanismo vinculado à forma democrática ao dispor a necessidade do Senado Federal atribuir os efeitos extensivos aos julgados que, pela sua natureza incidental, proporcionariam somente efeitos *inter partes*, sendo a outorga conferida pelo Senado poder de atribuir eficácia geral à norma declarada inconstitucional em decisão proferida em controle concreto, superando a vinculação às partes do processo²⁶².

Contudo, houve uma guinada no entendimento do Supremo Tribunal Federal a partir do julgamento do Reclamação 4335/AC²⁶³, quando se abriu debate sobre a necessidade ou não das funções estabelecidas pelo constituinte ao Senado Federal e se sua prática se manteria, ante aos novos tempos do Supremo Tribunal Federal.

²⁶¹ CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL de 05 de outubro de 1988. “Art. 52. Compete privativamente ao Senado Federal: X - suspender a execução, no todo ou em parte, de lei declarada inconstitucional por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal”.

²⁶² BARROSO, Luís Roberto – **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência**.

²⁶³ Acórdão – Reclamação nº. 4335/AC do STF de 20.03.2014 (Min. Gilmar Mendes), *in* < <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=630101> > (20.04.2019).

Singelamente, a questão versou sobre a aplicação extensiva do entendimento lançado no *Habeas Corpus* nº 82.959/SP²⁶⁴ – que declarou inconstitucional o artigo 2º, §1º da Lei nº. 8.078/90²⁶⁵, onde se previa que aos apenados em crimes hediondos, o regime penal seria integralmente fechado, o que foi afastado, consoante a aplicação dos princípios de dignidade da pessoa humana e individualização da pena.

Na Reclamação em comento, a Defensoria Pública da União postulou em face de decisão proferida pelo Juízo de Execuções Penais da Comarca de Rio Branco/AC pedindo a extensão dos efeitos *inter partes* do julgamento a todos aqueles que se encontravam em situação idêntica – ou seja, efeitos *erga omnes*, o que levou o Pleno do STF a reflexão, vigorando divergência de entendimentos, com o acolhimento do relatório.

A tese de mutação constitucional encabeçada pelo Ministro Gilmar Mendes, fundamentou seu pensar em voto: “É possível, sem qualquer exagero, falar-se aqui de uma autêntica mutação constitucional em razão da completa reformulação do sistema jurídico e, por conseguinte, da nova compreensão que se conferiu à regra do art. 52, X, da Constituição de 1988²⁶⁶”, aplicando os ensinamentos da doutrina constitucional, indicando uma ‘reforma da Constituição sem expressa modificação do texto’.

No mesmo sentido, o Ministro Luís Roberto Barroso afirma que: “uma decisão do Pleno do Supremo Tribunal Federal, seja em controle incidental ou em ação direta, deve ter o mesmo alcance e produzir os mesmos efeitos²⁶⁷”.

A questão enfrentou críticas doutrinárias nas palavras de Lênio Streck: “atribuir eficácia *erga omnes* e efeito vinculante às decisões do STF em sede de controle difuso de constitucionalidade é ferir os princípios constitucionais do devido processo legal, da ampla defesa e do contraditório²⁶⁸”, visto que a decisão atingirá aqueles que sequer participaram do processo em análise.

²⁶⁴ Acórdão – *Habeas Corpus* nº. 82.959/SP do STF de 23.02.2006 (Min. Marco Aurélio), in < <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=2110217>> (21.04.2019).

²⁶⁵ LEI nº 8.072/90, de 25 de julho – Art. 2º Os crimes hediondos, a prática da tortura, o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins e o terrorismo são insuscetíveis de: § 1º A pena por crime previsto neste artigo será cumprida integralmente em regime fechado. [Em linha] in <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8072.htm> (12.03.2019).

²⁶⁶ Acórdão – Reclamação nº. 4335/AC do STF de 20.03.2014 (Min. Gilmar Mendes), in < <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=630101>> (20.04.2019).

²⁶⁷ BARROSO, Luís Roberto – **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência**. p. 168.

²⁶⁸ STRECK, Lenio Luiz – **30 Anos da CF em 30 Julgamentos – Uma Radiografia do STF**. p. 231.

A crítica encontra fundo na suposta violação de direitos fundamentais, posto que elevaria o Supremo Tribunal Federal a um superpoder instituído, visto que poderia transformar atos legislativos, em típico papel de revisor dos atos legislativos, mesmo quando em controle difuso de constitucionalidade e sem uma devida prestação de contas²⁶⁹.

Em contraponto, a extensão dos efeitos se justificaria, mas não se tornaria imutável, podendo ser objeto de revisão futura (com a devida provocação e motivação), tendo em vista não se revestir de coisa julgada material: “As sentenças de inconstitucionalidade e de constitucionalidade produzem efeitos contra todos pelo simples fato de terem eficácia direta contra todos e não em virtude de ficarem revestidas pela coisa julgada material²⁷⁰”.

Desta forma, sopesada as críticas – acertadas – o que vigora atualmente é que independente do meio pelo qual a demanda ingresse na pauta do STF, a decisão, quando proferida em sede de maioria do Plenário da Corte, tem efeitos *erga omnes*.

Superada a análise da extensão dos efeitos da decisão, tem-se árdua tarefa de delinear os efeitos quanto às normas jurídicas objeto de análise constitucional e o relacionamento entre o Supremo Tribunal Federal e os demais poderes estabelecidos (Poder Executivo e Poder Legislativo).

Em contornos gerais, o que vigora no sistema brasileiro desde longa data, é a aplicação da teoria da nulidade, posto que uma vez declarada inconstitucional a norma ela deverá ser extirpada do ordenamento jurídico, tendo como consequência a extensão dos seus efeitos à origem, desta forma, em regra, não serão admitidos efeitos válidos à lei inconstitucional, devendo as relações jurídicas regressarem ao estágio anterior a vigência da lei extirpada²⁷¹.

A aplicação deriva de matriz norte-americana, em especial a vigente naquele ordenamento a partir da premissa de que a declaração de inconstitucionalidade da lei gerava automaticamente a nulidade da lei e demais atos advindos dela²⁷², donde se equipara a declaração de inconstitucionalidade à nulidade da lei em contrapartida ao modelo austríaco, fiel aos ensinamentos de Hans Kelsen, o qual propôs a teoria da anulabilidade, com efeitos a partir da decisão do Tribunal Constitucional.

Nesse trilhar, através da emenda constitucional nº 45/2004, acrescentou-se o §2º do artigo 102, com a normatização de que as decisões definitivas de mérito proferidas pelo STF,

²⁶⁹ STRECK, Lenio Luiz – **30 Anos da CF em 30 Julgamentos – Uma Radiografia do STF**.

²⁷⁰ SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel – **Curso de Direito Constitucional**. p. 1194.

²⁷¹ BARROSO, Luís Roberto – **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência**.

²⁷² Expressão de “the unconstitutional statute is not law all”.

quando do julgamento de ADI e ADC produzirão eficácia *erga omnes* e terão efeito vinculante a todos os órgãos do Poder Judiciário e Administração Pública (direta e indireta), em todas as esferas (Federal, Estadual e Municipal).

Assim, uma vez decidido em caráter definitivo de mérito, produziria efeitos extensivos a todos e efeito vinculante, o que reafirma a posição da teoria da nulidade, contudo, regulado na forma do artigo 27 da Lei nº 9.868/99, o plenário do Supremo Tribunal Federal, observada a maioria de dois terços de seus membros, poderá restringir os efeitos da declaração de (in)constitucionalidade, restringir seus efeitos a partir do seu trânsito em julgado ou qualquer outro momento a ser fixado.

Percebe-se, aqui, uma similaridade dos institutos com a disposição da Constituição Portuguesa – artigo 282.º, nº. 1 e nº 4, com a ressalva de que, no ordenamento brasileiro, enfrenta devida crítica quanto ao ingresso no sistema de normas através de lei ordinária, quando o deveria ter sido feito através de emenda à constituição, além de se traduzir em empoderamento excessivo do próprio Supremo Tribunal Federal.

A atribuição de invalidade absoluta advém da aplicação de uma norma constitucional implícita, obrigando a “acatar o corolário lógico de que somente norma dotada de igual hierarquia pode fundamentar soluções que, em abstrato ou em concreto, atenuem as consequências da regra da nulidade²⁷³”.

A questão chegou a ser objeto de Ação Direta de Inconstitucionalidade, ingressada pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil (ADI nº 2.258), contudo, até o momento (cerca de dezenove anos), o feito não foi julgado, em especial, pelo pedido de vistas dos autos pela Ministra Carmén Lúcia. Alheio a isso, o instituto tem sido amplamente utilizado pelo STF nos julgamentos²⁷⁴, sem a devida análise de sua constitucionalidade.

Então, em síntese, tem-se que o Supremo Tribunal Federal poderá aplicar efeitos temporais a seu critério, lastreado pela segurança jurídica e excepcional interesse social, bem como a extensão da decisão se efeitos *inter partes* ou *erga omnes*, além de modular os efeitos das decisões, de acordo com o reconhecimento integral ou parcial da constitucionalidade ou inconstitucionalidade.

²⁷³ RAMOS, Elival Silva – **Ativismo judicial: parâmetros dogmáticos**. p. 241.

²⁷⁴ Acórdão – ADI nº. 1842/RJ do STF de 06.03.2013 (Min. Gilmar Mendes), *in* < <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=1714588>> (28.03.2019) e Pet 2859 MC-segunda/SP do STF de 03.02.2005 (Min. Gilmar Mendes), *in* < do STF de 06.03.2013 (Min. Gilmar Mendes), *in* < <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=1714588>> (28.03.2019)> (28.03.2019)

Especificamente, no tocante aos efeitos desse último instituto, há diferenciação entre os julgados, quando há o reconhecimento: de nulidade total, nulidade parcial ou declaração de nulidade parcial sem redução de texto.

Quanto do reconhecimento integral da inconstitucionalidade, geralmente advém de vícios na construção da norma, sobretudo com a usurpação ou sobreposição das competências imanes de uma Federação, delineados como efeitos formais, atinentes ao processo legislativo, culminando, geralmente, com a declaração de inconstitucionalidade total²⁷⁵.

Considerando a aplicação da teoria da divisibilidade da lei, o ordenamento pátrio permite ao STF declarar a nulidade de alguns dispositivos do texto legal, sem, contudo, suprimi-lo por completo, quando se aduz se tratar de nulidade parcial da norma. Ainda, no tocante a declaração de nulidade parcial sem redução de texto, é técnica empregada com o fim de alterar as hipóteses de aplicação da lei, sem impor mudança em seu texto original.

A ocorrência de inconstitucionalidade em determinados artigos de uma lei, sem afetar o seu conteúdo integral é possível, impondo que a declaração de inconstitucionalidade se restrinja ao dispositivo atacado, mantendo o restante do texto. Ainda, a possibilidade de mudança do sentido empregado, a fim de adequá-lo ao ditame constitucional²⁷⁶.

Ainda, valendo-se da construção doutrinária portuguesa, o Supremo Tribunal Federal passou a aceitar a possibilidade de inconstitucionalidade por arrastamento, que sinteticamente induz a expansão dos dispositivos declarados inconstitucionais a normas que não foram objetos de impugnação do processo em análise.

Nesse contexto, insta salientar que “a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal desenvolveu, igualmente, o conceito de inconstitucionalidade por arrastamento²⁷⁷”. A expressão indica a hipótese de declaração de inconstitucionalidade, em ação direta, de dispositivos que não foram elencados no pedido original, mas que são consequentemente afetados pela decisão que venha a ser proferida.

Desta forma, percebe-se um amplo espectro de possibilidades conferidas ao Supremo Tribunal Federal quanto aos efeitos das declarações de constitucionalidade/inconstitucionalidade, conferindo ao Tribunal Pleno, poderes expressivos quanto à aplicação das normas, em consonância com a interpretação da Constituição.

²⁷⁵ MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet – **Curso de Direito Constitucional**.

²⁷⁶ SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel – **Curso de Direito Constitucional**.

²⁷⁷ BARROSO, Luís Roberto – **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência**. p. 224.

Contudo, igualmente, existem limites materiais aos efeitos das decisões, sobretudo com o intuito direto ou indireto de preservação de direitos fundamentais e mandamentos constitucionais, como se verá em maiores detalhes a seguir.

No tocante às vedações temporais e normativas das declarações de inconstitucionalidade ou constitucionalidade pelo Supremo Tribunal Federal, merece destaque a coisa julgada, a qual incorre diretamente da norma constitucional²⁷⁸, e como tal, goza de *status* hierárquico superior.

Sobre o tema, tem-se que a decisão definitiva (aquela com trânsito em julgado) não pode ser extinta, visto que não se caracteriza como mera aplicação de lei. “A decisão judicial é o resultado da interpretação de um juiz dotado de dever de controlar a constitucionalidade no caso concreto, e, portanto, não pode ser vista como uma decisão que se limita a aplicar uma lei posteriormente declarada inconstitucional²⁷⁹”.

Nesse particular, cumpre destacar que o direito brasileiro não encontra correspondência com o direito português, posto que não detém norma de ordem constitucional que balize especificamente a questão, como ocorre no artigo 282º., nº. 3 da Constituição Portuguesa, que limita os efeitos nos casos julgados, excetuando a esfera de matéria penal.

Para Jorge Miranda, o fundamento maior que baliza a questão não reside na questão de separação de poderes, mas na própria exigência de segurança jurídica: “a estabilidade do direito tornado certo pela sentença insuscetível de recurso ordinário e, igualmente, a dos direitos e interesses que declara²⁸⁰”.

Por fim, pode-se afirmar que a causaria maiores entraves a segurança jurídica a possibilidade de revisão de casos já julgados do que benesses, sobretudo por ser o sistema brasileiro dotado de controle difuso, donde é exigido do juiz da causa que analise a demanda sob a égide da Constituição Federal, entregando, assim, a análise constitucional do feito à parte.

Considerando que a alteração do sentido constitucional ou a declaração sobre a constitucionalidade da lei poderá influenciar processos já findados, quando se trata de ações que gozam de possibilidade de revisão, em especial, as revisões criminais²⁸¹ e ações rescisórias cíveis²⁸², respeitados seus prazos prescricionais, quando o caso, é medida de direito a alteração

²⁷⁸ CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL de 05 de outubro de 1988. “Art. 5º: (...) XXXVI - a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada”.

²⁷⁹ SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel – **Curso de Direito Constitucional**. p. 1233.

²⁸⁰ MIRANDA, Jorge – **Fiscalização da Constitucionalidade**. p. 336.

²⁸¹ DECRETO-LEI nº 3.689/41, de 03 de outubro (Código de Processo Penal). “Artigo 622 do Código de Processo Penal: A revisão poderá ser requerida em qualquer tempo, antes da extinção da pena ou após”.

²⁸² LEI nº 13.105/15, de 13 de maio (Código de Processo Civil) – “Artigo 975. O direito à rescisão se extingue em 2 (dois) anos contados do trânsito em julgado da última decisão proferida no processo”.

do julgado, a fim de atingir a justiça ao caso, em consonância com o novel entendimento sobre a norma constitucional.

Sobre a estabilidade e os efeitos, tem-se que é inteiramente proeminente para a formação da segurança jurídica e não procrastinação de processos e decisões contraditórias nas diferentes esferas, pois, mesmo não concordando com a decisão, o interessado se verá obrigado à respeitá-la, impondo um fim definitivo a demanda²⁸³.

Por todo, é possível concluir que o alargamento da função do STF como guardião da Constituição implicou na criação e/ou incorporação de institutos jurídicos capazes de atrair maior centralidade ao Poder Judiciário, a fim de trazer maior efetividade aos seus julgados.

Assim, o novel direito brasileiro, considerando apenas a vigência da atual Constituição Federal – 30 anos – propiciou campos férteis para internalização de teorias estrangeiras e comparativas através dos Ministros que compuseram a Corte nesse interregno, vê-se no Brasil institutos do direito norte-americano; português e alemão convivendo em parcial harmonia.

Há de se considerar o período histórico da criação da Constituição – período de redemocratização – tendo a *mens legis* sido evidentemente traçada para a garantia de direitos fundamentais, com um vasto portfólio de medidas assecuratórias e limitadoras dos abusos praticados outrora.

A natural centralidade do Supremo Tribunal Federal, conseqüente do ganho de importância do Poder Judiciário como garantidor do Estado Democrático de Direito impulsionou a criação – quase que livre – dos institutos capazes de alterar a legislação pertinente aos efeitos de sua decisão, quer na condição de releitura das normas constitucionais, quer na condição de seus eminentes Ministros como doutrinadores ou relatores em projetos de lei.

Por fim, o descrédito dos demais poderes da República, com ênfase aos incontáveis casos de corrupção, provocou uma repulsa popular à classe política, elevando o Poder Judiciário e o STF como paladinos da proteção do Estado e tornando-os quase imunes as críticas no tocante aos seus exageros – como interpretações extensivas de seus poderes – crescendo de cada vez mais poder.

²⁸³ THAMAY, Rennan Faria Krüger – **A estabilidade das Decisões no Controle de Constitucionalidade Abstrato.**

3.3. Composição / legitimidade democrática

O Supremo Tribunal Federal é composto por onze ministros, por indicação do Presidente da República, desde que aprovados em sabatina no Senado Federal por maioria absoluta, respeitados os critérios de idade – acima de trinta e cinco e ao milite de sessenta e cinco anos – além de serem detentores de notório saber jurídico e conduta ilibada²⁸⁴.

A fórmula repisa o modelo norte-americano, no qual a indicação é feita pelo Presidente dos Estados Unidos e a sabatina é realizada pelo Congresso com forte bilateralidade entre os principais partidos políticos – Republicano e Democrata.

A instituição surgiu em conjunto com a primeira Constituição democrática do Brasil – 1891 – tendo como redação a nítida função de “chefe” do Poder Judiciário: “O Poder Judiciário, da União terá por órgãos um Supremo Tribunal Federal, com sede na Capital da República e tantos Juízes e Tribunais Federais, distribuídos pelo País, quantos o Congresso criar²⁸⁵”.

Durante o período compreendido entre 1891 a 2019 de existência do Supremo Tribunal Federal, somente no governo de Marechal Floriano Peixoto houveram rejeições do Senado da República aos nomes indicados pelo governante: Barata Ribeiro, Innocêncio Galvão de Queiroz, Eweron Quadros, Antônio Sève Navarro e Demosthenes da Silveira Lobo²⁸⁶.

O Brasil só conheceu a primeira mulher como Ministra do Supremo Tribunal Federal com a indicação de Ellen Gracie Northfleet, indicada pelo Presidente Fernando Henrique Cardoso em 23 de novembro de 2011, sendo efetivamente empossada em 14 de dezembro de 2000. Atualmente, o cenário conta com três mulheres e sete homens na composição.

Ainda, os Ministros do STF têm prerrogativas idênticas as concedidas aos Magistrados, visto que a própria Constituição garante a irredutibilidade de vencimentos, vitaliciedade e inamovibilidade, além de aposentadoria compulsória aos setenta anos de idade.

A organização interna é fracionada em duas turmas, compostas por cinco Ministros cada, com exceção do Presidente, e guardam competência, dentre outras: julgar *habeas corpus*

²⁸⁴ CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL de 05 de outubro de 1988. “Art. 101. O Supremo Tribunal Federal compõe-se de onze Ministros, escolhidos dentre cidadãos com mais de trinta e cinco e menos de sessenta e cinco anos de idade, de notável saber jurídico e reputação ilibada. Parágrafo único. Os Ministros do Supremo Tribunal Federal serão nomeados pelo Presidente da República, depois de aprovada a escolha pela maioria absoluta do Senado Federal”.

²⁸⁵ CONSTITUIÇÃO DOS ESTADOS UNIDOS DO BRASIL de 24 de fevereiro de 1891.

²⁸⁶ MELLO FILHO, José Celso – **Notas sobre o Supremo Tribunal (Império e República)**.

quando o coator ou paciente for Tribunal subordinado à competência do STF; reclamações quanto à aplicação de Súmulas Vinculantes, pedidos de extradição, dentre outros²⁸⁷.

Na condição de órgão de cúpula do Poder Judiciário, igualmente, goza de independência organizacional, administrativa e financeira, sendo tais premissas advindas de normas constitucionais, o que por si, torna dificultosa qualquer medida tendente a sua alteração, mesmo quando não esbarre na independência dos poderes.

Em caso recente, o Supremo Tribunal Federal decidiu aumentar os vencimentos dos Ministros (chancelado pelo Congresso), em votação com bastante repercussão na imprensa, sobretudo por causar impacto financeiro – visto que os demais salários do Poder Judiciário são atrelados aos vencimentos dos Ministros – bem como o momento econômico de crise enfrentado pelo país²⁸⁸.

A decisão em si não gera qualquer discussão do ponto de vista técnico, mas tão-somente moral, sobretudo por ser seguida de decisão na Ação Originária 1.773/DF²⁸⁹ onde se questionava a legalidade do recebimento de “auxílio-moradia” pelos Magistrados e Membros do Ministério Público do país, ao pretexto de proporcionar moradia aos membros do Poder Judiciário e Ministério Público.

Nas razões relato do julgamento – Ministro Luiz Fux – esboçou que em cenários enfrentados, cabe ao Poder Judiciário, sempre que possível proferir decisões observando que “a atuação do juiz, como agente político dotado da missão de resolver conflitos intersubjetivos, deve ser informada por três axiomas: o antifundacionalismo, o contextualismo e o consequencialismo²⁹⁰”.

Prossegue ao afirmar que dentro do limiar do consequencialismo, a decisão a ser tomada em determinado caso concreto reside na análise: “dos limites semânticos da norma, promova os corretos e necessários incentivos ao aperfeiçoamento das instituições democráticas, e que se importe com a repercussão dos impactos da decisão judicial no mundo social²⁹¹”.

Deste caso, é possível aferir uma das grandes críticas aos pleitos levados à conhecimento do STF, afinal, o Tribunal deveria julgar de acordo com o desejo da maioria? Tendo em vista

²⁸⁷ Regimento Interno – STF [Em linha] in <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=legislacaoRegimentoInterno>> (13.01.2019).

²⁸⁸ Senado aprova aumento para STF e Ministério Público. **Senado Notícias**. Brasília (07 Nov. 2018) [Em linha]. Disponível em: <https://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2018/11/07/senado-aprova-aumento-para-stf-e-ministerio-publico>.

²⁸⁹ Acórdão – Ação Originária nº. 1773/DF do STF de 26.11.2018 (Min. Luiz Fux), in <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/AO1773auxiliomoradia.pdf>> (24.05.2019).

²⁹⁰ *Idem* – ***Ibidem***.

²⁹¹ *Idem* – ***Ibidem***.

que houve imensa repercussão negativa quanto ao aumento, ou ainda, existiria uma mutabilidade seletiva quanto aos direitos levados a julgamento de cunho estritamente político?

Que a decisão em comento teve caráter político, sem dúvidas. O próprio voto do Ministro Luiz Fux indica entender ser o juiz um agente político que resolve conflitos. Em outras oportunidades, o Ministro Gilmar Mendes indicou o risco do STF em se tornar um órgão político²⁹².

Nessa esteira, a legitimidade do Supremo Tribunal Federal como órgão de cúpula do Poder Judiciário e guardião da Constituição encontraria legitimidade democrática – ou melhor – a Constituição como manifestação dos interesses do povo (detentor do poder) autorizaria ao STF fazer política em suas decisões.

A questão não é novidade, tomou corpo nos Estados Unidos da América quando da análise quanto a forma de ingresso à Suprema Corte, sobretudo por indicações políticas dos presidentes, com intuito de formar uma base para a chancela de ações ou omissões do Poder Executivo. O Presidente Richard Nixon decidiu nomear somente juristas adeptos do “constitucionalismo estrito”.

Para Ronald Dworkin: “essa teoria faz com que uma interpretação estrita do texto da Constituição produza uma concepção estreita dos direitos constitucionais, porque restringe tais direitos aos reconhecidos por um grupo limitado de pessoas em um momento determinado da história²⁹³” gerando um distanciamento da autoridade estritamente jurídica, se justificando quanto à “desejabilidade dos resultados que chegam”.

Nesse contexto, o poder constituinte age como um verdadeiro “big bang” jurídico, pois cria nova ordem jurídica. Assim, enquanto estiver em vigor a Constituição do Estado de Direito, suas ondas (consistentes em princípios e normas) reverberam naquele sistema.

Os lações de legitimidade estão inseridos na vontade do povo (formalmente) assentadas na Constituição, representando desejos e valores morais daquela coletividade, sendo que os atos praticados pelo Estado deverão respeitar a conformidade com a Constituição, sob a égide da legalidade, pois, do contrário, estaria se afastando da legitimidade conferida pelos verdadeiros legitimados (povo)²⁹⁴.

Quando não for mais possível a manutenção da legitimidade advinda da Constituição ou quando esta não mais representar a vontade popular, estar-se-á em ponto de ebulição,

²⁹² Gilmar Mendes diz que STF é um órgão político. **Revista Exame**. São Paulo (10 Março 2017) [Em linha]. Disponível em: <https://exame.abril.com.br/brasil/gilmar-mendes-diz-que-stf-e-um-orgao-politico/>

²⁹³ DWORKIN, Ronald – **Levando os direitos a sério**. p. 210-211.

²⁹⁴ MACHADO JÚNIOR, Agapito – A legitimidade do Poder Judiciário e a função de corte constitucional do Supremo Tribunal Federal. In **Revista Jus Navegandi**.

geralmente seguido de quebra de regime democrático e inauguração de nova ordem jurídica. Contudo, há de se considerar que nem sempre a vontade da maioria é o único vetor da democracia.

Afirmar uma possível ilegitimidade do Supremo Tribunal Federal por ausência de participação democrática exige maior esforço, pois o Estado em si não detém estrutura organizacional puramente democrática, ao passo que os funcionários não foram eleitos diretamente pelo povo, assim como Ministros de Estado, Secretários e cargos em geral, situação que não coloca em dúvida sua legitimidade. Isto posto: “a escolha pelo método da eleição não é a única forma de garantir a representatividade do Tribunal Constitucional²⁹⁵”.

Desta forma, relacionando os posicionamentos estampados, percebe-se que a estruturação do Estado Democrático de Direito proclama a defesa de direitos fundamentais, mesmo que sejam, em determinada situação colidentes, situação em que não se pode afirmar que após a ponderação pós-colisão de direitos seja uma decisão desprovida de legitimidade democrática.

Assim, além de conferir legitimidade aos governantes, outro primórdio da Constituição é: “proteger valores e direitos fundamentais, mesmo que contra a vontade circunstancial de quem tem mais votos” dentro do seu papel de garantia de posições jurídicas inquebrantáveis, atribuindo-se ao Supremo Tribunal Federal o papel de velar “pelas regras do jogo democrático e princípios pelos direitos fundamentais, funcionando como um fórum de princípios²⁹⁶”.

De fato, situação semelhante chegou ao crivo do STF, quando em Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão – ADO nº 26/DF – o Supremo foi instado a decidir se a homofobia se encaixaria no tipo penal do crime de racismo, já previsto na legislação brasileira²⁹⁷.

Para o Relator – Ministro Celso de Mello – “Cabe registrar, por necessário, que este julgamento reflete, com absoluta fidelidade, a função contramajoritária que ao Supremo Tribunal Federal incumbe desempenhar no âmbito do Estado Democrático de Direito, em ordem a conferir efetiva proteção às minorias²⁹⁸”.

Prossegue nas razões de seu voto, indicando a importância do respeito ao princípio majoritário, mas argumentando que nem com adoção de uma concepção material de democracia

²⁹⁵ PEIXOTO, Leonardo Damasceno – **Supremo Tribunal Federal - Composição e Indicação de seus Ministros**. p. 36.

²⁹⁶ BARROSO, Luís Roberto – Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática. **(Syn)thesis**. p. 12.

²⁹⁷ LEI nº 7.716/89. “Art. 1º Serão punidos, na forma desta Lei, os crimes resultantes de discriminação ou preconceito de raça, cor, etnia, religião ou procedência nacional”.

²⁹⁸ Acórdão – *Habeas Corpus* nº. 124.306/RJ do STF de 09.08.2016 (Min. Marco Aurélio), in < <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADO26votoMCM.pdf> > (25.05.2019).

permite “a supressão, a frustração e a aniquilação de direitos fundamentais, como o livre exercício da igualdade e da liberdade, sob pena de descaracterização da própria essência que qualifica o Estado Democrático de Direito²⁹⁹”.

A questão enfrentou duras críticas por parte da população – notadamente a parcela mais voltada a dogmas religiosos – além de crítica da doutrina, por considerar o ativismo judicial aplicado ao caso, pois teria o Supremo ultrapassado suas atribuições, mormente em desrespeito ao Poder Legislativo, que não inseriu a hipótese no ordenamento jurídico exatamente por inexistir sequer um consenso para o texto base³⁰⁰.

Para Ronald Dworkin, em análise aos pontos contramajoritários, indica que essa interferência poderá ocorrer, com a devida justificação, visto que os constituintes eleitos “presumiram que essas restrições poderiam ser justificadas através de um apelo aos direitos morais que os indivíduos possuem contra a maioria, direitos que - afirma-se - disposições constitucionais, tanto “vagas” como precisas, reconhecem e protegem³⁰¹”.

Ou seja, a existência de normas-princípios na Constituição não fora inserida pelo constituinte como meras alegorias, mas sim como forma de garantir relativa estabilidade ao sistema jurídico, ao passo que detêm exatamente a função de serem interpretadas pelos aplicadores do direito, garantindo uma maior fluidez do sistema.

Assim, os princípios estampados na Constituição servem como mecanismos de submeter o poder aos balizamentos calcados na justiça, segurança jurídica e bem-estar social, sendo sua interpretação parte de uma dimensão política, balizada pelas possibilidades ofertadas pela interpretação da norma dentro do ordenamento jurídico³⁰².

A legitimidade do guardião da Constituição advém de sua própria incumbência, visto que resguardar os ditames constitucionais é garantir a continuidade da democracia e da defesa do indivíduo dos arbítrios do Estado, seja em quaisquer das funções. Ademais, a função contramajoritária não é óbice à legitimação, considerando que nem sempre a maioria reveste-se de razão técnico-jurídica.

Outrossim, a existência de poder concentrado em quaisquer dos poderes é contrária ao bom funcionamento do Estado, sobretudo pela possibilidade da criação de uma tirania,

²⁹⁹ Acórdão – *Habeas Corpus* nº. 124.306/RJ do STF de 09.08.2016 (Min. Marco Aurélio), in < <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADO26votoMCM.pdf> > (25.05.2019).

³⁰⁰ Em pesquisa no site da Câmara – existem 279 projetos sobre o tema. Disponível <https://www.camara.leg.br/busca-ortal?contextoBusca=BuscaProposicoes&pagina=1&order=relevancia&abaEspecific=true&q=homofobia> (25.05.2019).

³⁰¹ DWORKIN, Ronald – **Levando os direitos a sério**. p. 209.

³⁰² BARROSO, Luís Roberto – Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática. **(Syn)thesis**.

conforme acentua Ronald Dworkin³⁰³: “o ativismo judicial envolve riscos de tirania”. Bom, se o ativismo judicial é um risco, como frear o seu uso?

O Brasil adotou a possibilidade de ação direta de inconstitucionalidade por omissão, que, em resumo, indica uma sobreposição ao Poder Legislativo, ante sua inércia em garantir um direito exposto na Constituição Federal, como no caso da criminalização da homofobia.

O ponto nefrágico do ativismo judicial reside na sua utilização em demasia, quando isso ocorre está-se diante de uma decisão efetivamente democrática ou apenas uma decisão de uma elite intelectualizada que será imposta aos demais cidadãos como uma carga valorativa ou politizada de determinado grupo.

Quando a questão foi objeto de estudo de Luís Roberto Barroso, ele indicou que: “dentre diferentes possibilidades razoáveis de interpretar a Constituição, as escolhas do legislador devem prevalecer, por ser ele quem detém o batismo do voto popular”, mostrando, no mínimo, a contradição com as posições assumidas em determinados julgamentos³⁰⁴.

Ao proferir voto de divergência no *Habeas Corpus* nº 124.306/RS³⁰⁵, o Ministro Barroso enfrentou a situação da descriminalização do aborto, tecendo julgamentos baseados na teoria de Robert Alexy, no tocante a aplicação das técnicas de ponderação, indicando que o princípio da proporcionalidade “destina-se a assegurar a razoabilidade substantiva dos atos estatais, seu equilíbrio ou justa medida. Em uma palavra, sua justiça³⁰⁶”, fracionando-o em três subprincípios: a adequação, a necessidade e a proporcionalidade.

“(i) a adequação, que identifica a idoneidade da medida para atingir o fim visado; (ii) a necessidade, que expressa a vedação do excesso; e (iii) a proporcionalidade em sentido estrito, que consiste na análise do custo-benefício da providência pretendida, para se determinar se o que se ganha é mais valioso do que aquilo que se perde³⁰⁷”.

A crítica toma corpo nas palavras de Lênio Streck, visto que as normas dos tipos penais analisados seriam regras (na concepção de Alexy), aplicando sua subsunção ao “velho estilo “tudo-ou-nada” (all or nothing fashion). Se o Ministro Roberto Barroso utilizou Alexy para fundamentar sua decisão, o mínimo que se exige seria coerência e fidelidade à teoria do autor que ele mesmo utiliza, não é mesmo? ³⁰⁸”.

³⁰³ DWORKIN, Ronald – **Levando os direitos a sério**. p. 225.

³⁰⁴ BARROSO, Luís Roberto – Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática. **(Syn)thesis**. p. 18.

³⁰⁵ Voto – Habeas Corpus nº. 124.306/RJ do STF de 09.08.2016 (Min. Roberto Barros), in <<http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=311410567&ext=.pdf>> (25.05.2019).

³⁰⁶ *Idem* – **Ibidem**.

³⁰⁷ *Idem* – **Ibidem**.

³⁰⁸ STRECK, Lenio Luiz – **30 Anos da CF em 30 Julgamentos – Uma Radiografia do STF**. p. 280.

O que se infere, tanto neste, como em outros julgamentos, é que, aparentemente, a decisão é tomada em cunho ideológico-pessoal de cada julgador, para depois encontrar-se fundamentos jurídicos, seja com a interpretação (até distorcida) de alguma teoria do direito; importação de mecanismos de direito estrangeiro (utilizados de forma distinta de sua origem), a fim de justificar uma decisão pretérita.

Ainda, a legitimidade para o julgamento de quaisquer causas está intimamente ligada aos limites impostos pela própria Constituição, sem poder o julgador ou Tribunal se valer de uma interpretação extensiva, a fim de aumentar seu próprio poder ou legislar em questão que não lhe compete, sob risco de estar infringindo a essência do Estado Democrático de Direito.

O Ministro Ricardo Lewandowski, ao proferir voto divergente (vencido) na ADPF nº 54/DF, tocou exatamente no ponto em questão da legitimação democrática:

“De fato, como é sabido e ressabido, o Supremo Tribunal Federal, à semelhança do que ocorre com as demais Cortes Constitucionais, só pode exercer o papel de legislador negativo, cabendo-lhe a relevante – e por si só avassaladora – função de extirpar do ordenamento jurídico as normas incompatíveis com o Texto Magno.

(...) Destarte, não é lícito ao mais alto órgão judicante do País, a pretexto de empreender interpretação conforme a Constituição, envergar as vestes de legislador positivo, criando normas legais, *ex novo*, mediante decisão pretoriana³⁰⁹”

A legitimidade democrática do Supremo Tribunal Federal é patente, ao passo que é seu dever instrucional a guarda da Constituição contra qualquer ato lesivo (ato jurídico, normativo ou político), bem como a proteção de posições jurídicas resguardadas às classes minoritárias, mesmo em movimento contramajoritário – defesa de direitos fundamentais.

Em contraponto, mister destacar que se desveste de legitimidade quando faz além do que o previsto na Constituição, justificado por quaisquer sofisticadas técnicas jurídicas, aplicáveis ou não, a fim de atingir uma determinada decisão previamente entabulada na mente de seus julgadores ou ao interesse de uma ou outra parte.

Notadamente, o Supremo Tribunal Federal tem tomado o papel de protagonista no Estado brasileiro, sobretudo pelo descrédito dos demais poderes instituídos, sendo contabilizados diversos casos de corrupção nos mais altos escalões dos Poderes Legislativo e Executivo, com a prisão, de dois ex-presidentes da República, além de vários parlamentares.

³⁰⁹ Voto – ADPF nº. 54/DF do STF de 12.04.2012 (Min. Ricardo Lewandowski), in < <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=3707334> > (21.05.2019).

Esse movimento ou busca da população por “justiça” tem fomentado um deslocamento das decisões importantes para o futuro da nação desde o Poder Legislativo ao Poder Judiciário, em especial pela extensão (dada por si mesmo) de efeitos de suas decisões e a ampla cobertura televisiva dos julgamentos.

Por fim, enquanto houver estabilidade nas instituições, respeitando-se o contido na Constituição Federal, sobretudo quanto à separação de poderes e fundamentos da República há de se considerar a efetividade do modelo de proteção constitucional entabulado pelo STF, mesmo diante de alguns julgamentos acrescidos de críticas verdadeiras.

Ressalva-se que o exemplo de Richard Nixon pode encontrar sua reprodução no sistema brasileiro, sobretudo sob o manto de uma discussão ideológica entre esquerda e direita, que levará a guinada nas indicações dos Ministros ao posto do STF para além de “notório saber jurídico” para saber jurídico em consonância com os ideais políticos do Governo, como ocorrido na indicação pelo ex-presidente Michel Temer do Ministro Alexandre de Moraes – que antes ocupava cargo de Ministro da Justiça em seu Governo – e da promessa do Presidente Jair Bolsonaro de indicar o Ministro da Justiça Sérgio Moro ao cargo na próxima suplência.

3.4. Segurança Jurídica

A segurança jurídica está diretamente ligada aos efeitos das decisões, como já analisado, tendo como ponto de contato a liberdade interpretativa e a aplicação das decisões em caráter vinculativo – o que altera o modelo tradicional de jurisdição – ao passo que manifestações em processos ficariam limitadas ao entendimento prévio lançado pelo STF.

A hermenêutica aplicada nas interpretações conforme a Constituição indica que o quando o Magistrado aplicar a lei ao caso em análise não estará fazendo através do texto em si, mas a conjectura do texto após determinado período, moldado pela tradição e decisões anteriormente tomadas³¹⁰.

A metáfora de Hermes seve como exemplo, visto que competia ao semideus grego a “intermediação entre a linguagem dos deuses e os mortais. E Hermes tornou-se poderoso; na verdade, nunca se soube o que os deuses diziam; somente se soube o que Hermes disse que os deuses diziam. Eis aí a hermenêutica³¹¹”.

³¹⁰ STRECK, Lenio Luiz – **Jurisdição Constitucional**.

³¹¹ *Idem* – **Op. Cit.** p. 382.

A questão se funda na análise do texto-norma na forma como foi concebido, visto que a norma deriva da interpretação realizada sobre o mesmo, deste modo estar-se-ia abrindo leque interpretativo extenso e perigoso ao empoderamento desenfreado de quem poderá julgar contrariamente a lei, em prol de uma pseudo-interpretação jurídica ou no intuito de validar uma decisão pretérita.

Outrossim, o ordenamento jurídico não permite uma interpretação rasa de situações jurídicas, tendo em vista a complexidade dos elementos analisados, mas isso tem um efeito colateral: uma pandemia de entendimentos lançados, sobretudo quando se trata de uma nação como o Brasil, com a maioria dos processos tramitando em âmbito estadual, com diferentes diretrizes e organizações.

Nesse contexto, o papel do intérprete da norma toma ares de coautor do processo de criação do Direito, aplicando sentido a atos normativos de redação aberta, ou, ainda, escolhendo quais fundamentos são aplicáveis dentre as possibilidades possíveis, atentando a fundamentação necessária a validade da decisão³¹².

A situação narrada, aliado ao número elevado de processos, fez surgir a necessidade de racionalizar o acesso de matérias ao Supremo Tribunal Federal, com a gênese na Emenda Constitucional nº 3, de 18 de março de 1993, com o acréscimo de efeitos vinculantes as decisões tomadas pelo STF em análise de mérito, com a inclusão do §2º ao art. 102, CF/88.

A realidade processual se amolda a cultura de litígios de massa, meio em que não seria possível o apego as formas tradicionais de entrega “artesanal” de prestação jurisdicional, trazendo a adoção dos mecanismos de súmula vinculante, que permitiriam uma enunciação objetiva da tese jurídica a ser aplicada em processos idênticos, com claro objetivo de prestar a jurisdição de forma mais célere e limitar o acesso de matérias já decididas às Cortes Superiores³¹³.

De fato, como analisado em momento anterior, o número de recursos extraordinários que chegam ao STF tem sido reduzido gradativamente desde que se implementou o sistema de maior respeito aos precedentes e com o advento da Súmula Vinculante – inserida pela Emenda Constitucional nº 45/2004, trilhando caminho profícuo à modernização e racionalização da jurisdição constitucional³¹⁴.

³¹² BARROSO, Luís Roberto – **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência**.

³¹³ *Idem* – ***Ibidem***.

³¹⁴ MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO; Paulo Gustavo Gonet – **Curso de direito constitucional**.

A necessidade de maioria da Corte para extensão dos efeitos da decisão acerca da constitucionalidade de norma (princípio da reserva de plenário) encontra subterfúgio na necessidade de garantir estabilidade e segurança as decisões exaradas, máxime pelos seus efeitos vinculantes, servindo como um mecanismo de proteção da Constituição, ao exigir quórum qualificado para declaração acerca da constitucionalidade com efeitos *erga omnes*.

Neste sentido, cumpre destacar que a simples decisão proferida pelo STF não se equipara a uma edição de Súmula Vinculante, sendo necessário tirocínio específico, com a aprovação de, no mínimo, oito ministros, acerca dos temas discutidos reiteradamente e pacificados, com fundo de matéria constitucional³¹⁵.

A edição de Súmula Vinculante advém de uma construção de fundamentos de uma tese jurídica, passando a ter vigência obrigatório para o Poder Judiciário e Administração, “essa tese deve corresponder fielmente à decisão ou às razões de decidir (*ratio decidendi*) dos julgados dos quais se originou a súmula, e não de eventuais argumentos laterais (*obiter dicta*) ou do entendimento livre do STF acerca de determinado tema³¹⁶”.

Os conceitos dos termos “motivos ou fundamentos determinantes” indica que são os elementos utilizados para a conclusão judicial encontrada, ao passo que a “eficácia transcendente” se refere à extensão que pode gerar a interpretação da norma em casos análogos, impelindo a aplicação dos mesmos motivos que guiaram àquela decisão³¹⁷.

A edição das súmulas permite que a Corte estabeleça um posicionamento sobre determinada tese jurídica, valendo-se de suas razões (*ratio decidendi*) como elemento de força vinculativa e com efeitos gerais, partindo, também, das ações de controle abstrato³¹⁸.

Contudo, não há uma inflexibilidade dos institutos analisados, sobretudo por considerar que a jurisprudência e o sistema de precedentes seguem o momento histórico e a interpretação dada em determinado contexto, mas não impede a sua alteração na ocorrência de algum fato relevante e necessário.

Como caso paradigma, encontra-se em discussão no Supremo Tribunal Federal a interpretação do artigo 5º, inciso LVII da Constituição Federal³¹⁹, acerca da possibilidade de início de cumprimento de pena a partir da decisão de Segunda Instância, situação jurídica

³¹⁵ PIRES, Alex Sander Xavier – **Súmula Vinculante e Liberdades Fundamentais**.

³¹⁶ BARROSO, Luís Roberto – **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência**. p. 111.

³¹⁷ SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel – **Curso de Direito Constitucional**.

³¹⁸ MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet – **Curso de direito constitucional**.

³¹⁹ CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL de 05 de outubro de 1988. Artigo 5º - LVII - ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória.

colocada como direito fundamental e imutável no momento histórico da criação da Constituição de 1988.

Valendo-se da função precípua de Guardião da Constituição, o Supremo Tribunal Federal também detém a competência para rever seus posicionamentos e precedentes, com o dever de “expressar fundamentação capaz de evidenciar que o precedente perdeu a sua razão de ser em face da alteração da realidade social, da modificação dos valores, da evolução da tecnologia ou da alternância da concepção geral do direito³²⁰”.

Diante dessa análise, é possível concluir que o sistema de precedentes e a vinculação de teses jurídicas em súmulas – vinculantes ou não – detém caráter de garantia de segurança jurídica, visto que o intuito é manifestamente gerar uma equidade no sistema judiciário, bem como entregar respostas idênticas às demandas propostas.

É evidente que o sistema esbarra em alguns percalços, sobretudo na dificuldade em incutir nos demais magistrados a necessidade de seguir os entendimentos proferidos, sobretudo pela amplitude do sistema difuso, que permite ao juiz da causa decidir contrário ao verbete, sob sua análise constitucional do caso.

A necessidade de tornar o julgamento de (in)constitucionalidade com efeitos vinculantes advém da necessidade de nortear os julgadores quanto as construções argumentativas que deverão ser tomadas para a conclusão (dispositivo) e não somente a aplicação de norma X ou Y já realizado pelo Supremo Tribunal Federal³²¹.

A construção dessa possibilidade jurídica indica que se confirmou a Constituição como norteadora e em posição superior “ante as demais instituições – inclusive as leis e os precedentes –, de sorte que a supremacia da Constituição passou a ser discutida como a submissão de todos (do Estado ao indivíduo)³²²”.

Entretanto, não há unicidade na doutrina, visto que inúmeras decisões e súmulas estabelecem novos textos, valendo-se de técnicas interpretativas à revelia da Constituição, destacando que “o processo interpretativo é sempre aplicativo e construtivo. Daí a diferença nítida entre texto jurídico e norma jurídica, questão muito bem resolvida no direito português, a partir do próprio texto da Constituição³²³”.

A aplicação prática tem se mostrado mais favorável do que desfavorável, mas não se pode deixar de mencionar que as aplicações geralmente se dão em casos em envolvimento

³²⁰ SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel – **Curso de Direito Constitucional**. p. 1211.

³²¹ *Idem* – **Ibidem**.

³²² PIRES, Alex Sander Xavier – **Súmula Vinculante e Liberdades Fundamentais**. p. 497-498.

³²³ STRECK, Lênio Luiz – **Jurisdição Constitucional**. p. 382.

estatal (tributos, liberdade econômica, pagamento de indenizações), com a aplicação de efeitos moduladores da decisão.

Além disso, a pauta de escolhida a livre critério do Presidente do Supremo Tribunal Federal se traduz em alguns enfoques seletivos – julga-se o que quer e quando quer – servindo como um método de eleição de assuntos a serem discutidos pela Corte Constitucional, o que funciona como um revés as pretensões de segurança jurídica.

Mas bem a bem, o sistema tem as ferramentas necessárias ao fazimento de decisões que sirvam ao bem-maior de pacificação social, mesmo que por vezes esbarre em decisões políticas. O que se percebe é um movimento sem volta de passagem de um sistema predominantemente difuso para uma matriz concentrada no tocante ao controle de constitucionalidade.

Naturalmente, os critérios da *ratio decidiendi* e a técnica aplicada na hermenêutica interpretativa são passíveis de questionamento – e isso é saudável – pois obriga a uma maior reflexão sobre a própria atuação e as decisões que são tomadas, bem como elas influem na vida daqueles que sequer participaram do processo-paradigma.

Por fim, a sensação de segurança jurídica está intimamente ligada a eficiência e ao convencimento da comunidade com decisões calcadas em argumentos robustos e na estabilidade dos seus efeitos, não sofrendo alterações de acordo com o nome que figure nos polos da ação. O resumo geral é positivo, mas o certo é que o futuro do controle de constitucionalidade no Brasil se escreverá com enfoque no controle abstrato e no uso difundido de súmulas como mecanismo de estabilidade e segurança jurídica.

CONCLUSÃO

Após a extensiva busca pelos elementos que compõe os sistemas de jurisdição constitucional em ambos os sistemas jurídicos, fazendo uma sinopse dos pontos mais relevantes, a articulação entre os capítulos propicia uma pluralidade de conclusões pontuais sobre temas relevantes sobre a efetividade das Cortes Constitucionais.

O movimento que se iniciou com as redemocratizações pós-guerra na Europa criou um complexo sistema de garantia de direitos fundamentais a fim de evitar que as atrocidades ocorridas durante o período de regimes totalitários não se repetissem – consubstanciado um arquétipo mínimo que se propagou pelos sistemas do mundo ocidental.

Após o embate ideológico sobre a legitimidade para realização de um controle de constitucionalidade – com destaque para os argumentos defendidos por Hans Kelsen e Carl Schmitt – a maior vertente fixou-se na ideia de que a existência de um órgão desvinculado do poder político seria o ideal guardião da Constituição, o fazendo através de aplicação de técnica jurídica para impor a vontade manifestada pelos constituintes, firmando-se a teoria de análise concentrada da constitucionalidade a conviver com as bases da *judicial review* estadunidense.

Com a difusão das instituições dos Tribunais Constitucionais pelos novos sistemas jurídicos, passou-se a nova fase que se seguiu a assentar os sistemas de controle de constitucionalidade – com uma dualidade maior – entre o sistema difuso de matriz norte-americana e o sistema austríaco de controle concentrado.

Ambos os sistemas jurídicos analisados – Portugal e Brasil – influenciaram pelo sistema norte-americano de controle de constitucionalidade, adotando um início difuso, conferindo poderes a todos seus juízes para realizar a adequação das normas e das situações levadas ao conhecimento dos respectivos Poderes Judiciários.

A tomada do poder pelos militares em Portugal condicionou o controle de constitucionalidade e legalidade dos atos a um apanhado de decisões sem importância, existindo por muito tempo *pro forma* com a criação de órgãos como o Conselho da Revolução, supostamente legitimado pela força dominante.

Assim, a primeira conclusão é que o controle de constitucionalidade somente existe em legitimidade a partir de um governo democrático, pois é limitador de poder do governo quando as suas ações colidem com o assentado nos dispositivos constitucionais, inclusive, em movimento contramajoritário, a fim de garantir o cumprimento de direitos fundamentais.

A partir da promulgação da Constituição da República (1976), tida como um marco para a retomada do protagonismo constitucional, vindo a se aflorar com a criação do Tribunal

Constitucional em 1982 – no âmbito da Primeira Revisão Constitucional – a reconstrução do sistema de Jurisdição Constitucional passou pela mutação gradativa da metodologia de controle difuso para a predominância do controle abstrato.

Vale destacar que o modelo adotado por Portugal se assemelha ao idealizado por Hans Kelsen, com um Tribunal Constitucional fora do Poder Judiciário, como maneira de se manter imparcial e equidistante dos demais poderes instituídos, mas sem ignorar a influência quase gravitacional existente entre eles.

Dessa premissa advém uma segunda conclusão, via de regra, após um regime totalitário como os que precederam as Constituições de Portugal (1976) e Brasil (1988), existe uma preocupação com o abuso de poder, conferindo meios decisórios extensivos para os julgadores afastarem leis formalmente idôneas, mas em descompasso com os valores constitucionais.

A maturidade e aceitação do caráter normativo da Constituição faz com que os juristas e a população em geral creditem aos Tribunais Constitucionais o papel de efetivar os princípios constitucionais, o que, em Portugal levou a criação de um sistema misto de controle de constitucionalidade, tendo este como última instância em matéria constitucional.

Noutro ponto, a indicação de princípios interpretativos na Constituição Portuguesa conflui para uma atuação mais ampla do Tribunal Constitucional, que, guardada a independência dos poderes, serve como um fiscal da correta aplicação dos preceitos constitucionais.

Assim, a existência de diversos mecanismos de guarda dos direitos fundamentais tem íntima ligação com a essência do Estado de Direito Democrático, que por sua característica oscila quanto às ideologias governantes, mas mantém um núcleo duro de posições jurídicas intangíveis. Nesse contexto, especial contributo adveio da caracterização da inconstitucionalidade por omissão, que reconhece a mora do Poder Legislativo em garantir direitos fundamentais.

Outrossim, merece registro que a gravidade (utilizada como força de influência) mencionada anteriormente entre o TC e os poderes constituídos guarda duplo vértice. Ou seja, em determinadas situações, as decisões acercam-se da ideologia defendida por determinado grupo político, sobretudo pelos valores intrínsecos dos julgadores e alinhamento político com bancadas da Assembleia da República, responsável pela indicação de parte dos juízes.

Quando dos embates decorrentes de declarações de inconstitucionalidade atinentes a medidas de austeridade exigidas pelos credores do Estado Português, levantou-se maiores críticas quanto à legitimidade democrática do Tribunal Constitucional contra a maioria da população manifestada através dos parlamentares.

Desta situação, retira-se a terceira conclusão: a legitimidade para atuação do Tribunal Constitucional advém da forma imanente da Constituição, que reverbera os gritos de sua promulgação mesmo nos dias atuais, e, a indicação pelos Deputados não vincula objetivamente os Juízes da Corte, mesmo que se possa considerar sua influência ideológica.

Com a ressalva de que a Constituição determina que a técnica empregada para a solução das questões levadas ao conhecimento do Tribunal Constitucional seja jurídica e não política. Cumprindo a guisa jurídica da análise, não há que se falar em ilegitimidade democrática, sobretudo pela obrigação de proteção de direitos fundamentais e o papel contramajoritário inerente a tal incumbência.

A relação com os Estados estrangeiros e o Direito Comunitário servem como guias para alguns posicionamentos jurídicos, mas deve-se ter em conta a imperiosa manutenção do *status* de soberania como condição *sine qua non* para a caracterização de um Estado e de um sistema jurídico interno.

Isto posto, ressalvadas as críticas por parte da doutrina, o Tribunal Constitucional português cumpre seu papel primordial, trazendo pacificação quando das suas intervenções e funcionando como uma barreira aos movimentos pendulares inerentes da alternância de governos da democracia representativa.

No tocante ao sistema brasileiro, a pesquisa apontou que a difusão de mecanismos estrangeiros permeia o ordenamento brasileiro desde a sua concepção. Declarou-se independência de Portugal, mas manteve-se o Monarca como Imperador, detentor da legitimação e do Poder Moderador, que vigorou por cerca de sessenta anos.

A partir da proclamação da República, a adoção do modelo federalista expandiu a necessidade de um controle difuso, sobretudo pelo vasto território e a incapacidade de que o Supremo Tribunal Federal atendesse, já naquela época, a demanda oriunda de variadas demandas.

Com as alternâncias estruturas políticas e regimes governamentais, chega-se a promulgação da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, documento histórico que serviu de ferramenta para a guinada na biografia política e judicial do país, com fundamentos republicanos e lastreados na supremacia do interesse comum e acesso direto à justiça.

Os momentos subsequentes não se mostraram tão afáveis ao povo brasileiro, sobretudo pelas crises econômicas enfrentadas, com períodos de hiperinflação, confisco de dinheiro, recessões e altos índices de desemprego; recorrentes casos de corrupção nas classes políticas,

refletindo em má aplicação do dinheiro público, acentuando desigualdades, pobreza e baixo desenvolvimento humano.

A situação relatada se dispunha principalmente nos Poderes Legislativo e Executivo, ambos conduzidos por representantes eleitos pelo voto direto, o que acentuava o sentimento de incapacidade dos políticos quanto às demandas populares.

Nesse cenário, com o enfraquecimento dos demais poderes, o Poder Judiciário toma as rédeas do protagonismo, para ditar os caminhos da nação, sob a ótica definida na Constituição Federal; com um sistema misto de controle de constitucionalidade, qualquer juiz poderia fazer “justiça”, o que culminou a disseminação da cultura do litígio e do recurso no sistema judicial.

O “inchaço” do Poder Judiciário, fez com que as decisões tomadas pelo Supremo Tribunal Federal concentrassem as questões de relevância ao interesse da população, outrora decidido pela manifestação de seus legisladores, como julgamentos sobre possibilidade de aborto; consequências da troca de partidos políticos (infidelidade partidária); criação de tipos penais (homofobia), dentre tantos outros.

O Supremo Tribunal Federal brasileiro é inserido dentro do Poder Judiciário, como seu órgão de cúpula, diferentemente do sistema sugerido por Hans Kelsen (que propunha um órgão independente), corroborando com o acesso de questões de trâmite jurisdicionais até o referido órgão, culminando com o julgamento de questões constitucionais centrais e reflexas, com número elevadíssimo de julgamentos.

Nessa altura, cumpre destacar que a indicação dos Ministros do STF se dá por indicação do Presidente da República, e, em aproximadamente cem anos, não houve qualquer rejeição pelo Poder Legislativo, o que indica uma mera formalidade para cancelar a legitimidade dos investidos.

A quarta conclusão advém da necessidade da existência de um Tribunal Constitucional ou Supremo Tribunal Federal com maior distância dos poderes instituídos, por dois grandes motivos: I. Para que tenha a independência necessária para decidir conforme a Constituição, independentemente da política inerente as relações entre os poderes e II. Para que o modo de indicação sirva não somente para propagar uma ideologia partidária, mas que vise uma salvaguarda dos fundamentos e objetivos da República.

As soluções encontradas pelo próprio Supremo dão conta do seu empoderamento, pois podendo definir sua competência, decidir com técnicas de interpretação constitucional – criadas ou importadas – para justificar algumas posições jurídicas/políticas vem se mostrando perigosas as posições jurídicas definidas na própria Constituição.

O Supremo Tribunal Federal brasileiro não tem conhecido das suas limitações, utilizando apuradas técnicas argumentativas para cancelar mudanças por mutação constitucional que ultrapassa a norma descrita no texto constitucional, como nos casos de prisão antes do trânsito em julgado e/ou atuação em evidente função de legislador positivo.

Assim, o protagonismo do Supremo Tribunal Federal, valendo-se de sua função de guardião da Constituição para se transformar em palco de discussões televisionadas, com manifestações políticas de seus ministros sobre temas antes de pautados para julgamento, além do deslocamento de decisões importantes para o futuro do país fere a independência funcional dos poderes da República.

A quinta conclusão é que o Supremo Tribunal Federal deveria servir como órgão de resistência, ou melhor, de garantia, pois sua função precípua e indiscutível é a guarda da Constituição, enquanto a política necessária para a manifestação da vontade do detentor verdadeiro do poder – o povo – deve ocorrer a partir de seus eleitos.

A sua posição ativista por vezes acerta, mas é igualmente prejudicial quando analisada no longo prazo, sobretudo para garantia da estabilidade democrática do país, tendo em vista que são desprovidos de legitimidade para fazer algo distinto do que a Constituição os autoriza – como consectário do princípio da legalidade estrita.

O receio que a “tomada do poder” pelo Supremo Tribunal Federal e demais órgãos judiciais seja estopim para movimentos populares capazes de conclamar o chamamento de nova constituinte, ante o adverso entendimento manifestado por grande parte da população às decisões tomadas e as pessoas ocupantes dos cargos de Ministros da Corte.

Em derradeiro ponto conclusivo, o movimento para uma proeminência do controle concentrado de constitucionalidade é sem volta, ao passo que concentrada as decisões importantes da nação ao Supremo Tribunal Federal, o acúmulo de processos importantes implica na necessidade da criação de mecanismos de pacificação social, dentre eles a repercussão geral e a súmula vinculante.

Sem adentrar nos critérios de eleições de matérias para julgamento, a edição de verbetes se mostra como única solução à inconformidade com as decisões existente na cultura jurídica brasileira e massificação das relações, inclusive entre as partes, ou seja, criou-se uma necessidade a partir de um chamado protagonismo do Poder Judiciário.

O sistema de acesso é, sem dúvida, o ponto alto do sistema de constitucionalidade brasileiro, tendo em vista a gama de ferramentas para garantia de direitos fundamentais, com a representação ocorrendo de forma direta ou mediada, pode-se opor aos abusos de autoridade ocorridos em diversos patamares.

Por fim, a efetividade do Supremo Tribunal Federal se mostra formal, pois entrega uma resposta à população, mas esbarra nos casos em que usurpa as funções do Poder Legislativo como forma de atender posições jurídicas já maduras no direito estrangeiro ou suscitadas por parte da comunidade.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALEXY, Robert – Direitos Fundamentais no Estado Constitucional Democrático. In **Revista Direito Administrativo** [Em linha] n°. 217. Rio de Janeiro: 1999. [Consult. 18 Mai 2019]. Disponível em <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/47413>

AMARAL, Maria Lúcia – O modelo português de Jurisdição constitucional: Análise Crítica. **Anuário Iberoamericano de Justicia Constitucional**. Madrid: Centro de Investigación Média e Jornalismo. ISSN 1138-4824. n.º 11 (2007), p. 17-40.

ARAÚJO, António – A construção da jurisdição constitucional portuguesa: o nascimento do Tribunal Constitucional. **Análise Social** [Em linha]. Vol. XXX – 134 (1995), p. 881-946. [Consult. 23 Out 2017]. Disponível em <http://analisesocial.ics.ul.pt/documentos/1223388874O1uVY4lu4Jo34YG6.pdf>

BARBI, Celso Agrícola – **Evolução do controle de constitucionalidade das leis no Brasil**. Belo Horizonte: RPD, 1968.

BARROSO, Luís Roberto – **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência**. 7ª. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

_____ – Judicialização, ativismo e legitimidade democrática. In **(Syn)thesis** [Em linha] Vol. 5, n°. 1. Rio de Janeiro: 2002. ISBN 2358-4130 [Consult. 20 Mai 2019]. Disponível em <https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/synthesis/article/view/7433>

_____ – **Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. 7ª ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018. ISBN 978-85-536-0104-2.

_____ – **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência**. 7ª ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

BELEZA, Maria dos Prazeres Pizarro – Subsistência do controle difuso ou migração para um sistema concentrado de reenvio prejudicial. In **Perspectivas de Reforma da Jurisdição constitucional no Brasil e em Portugal**. São Paulo: Almedina, 2012. ISBN 978-85-63182-04-3.

BINENBOJM, Gustavo - **A Nova Jurisdição Constitucional Brasileira: Legitimidade Democrática e Instrumentos de Realização**. 4ª ed. São Paulo: Renovar, 2013.

BULOS, Uadi Lammêgo – **Curso de Direito Constitucional**. 11ª ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018. ISBN 978-85-53172-72-6.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes; MOREIRA, Vital – **Fundamentos da Constituição**. Coimbra: Coimbra Editora, 1991. ISBN 972-32-0474-6.

_____ – **Direito Constitucional**. 6ª ed. Coimbra: Livraria Almedina, 1993.

_____ – **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 5ª ed. Coimbra: Almedina, 2002.

_____ – A concretização da Constituição pelo Legislador e pelo Tribunal Constitucional. **Nos dez anos da Constituição**. Lisboa: Imprensa Nacional – Casa da Moeda, 1986.

CARNELUTTI, Francesco – **Como nasce o Direito**. Belo Horizonte: Líder Cultura Jurídica, 2001.

CLÈVE, Clémerson Merlin – **Temas de Direito Constitucional**. 2ª ed. Belo Horizonte: Fórum, 2014. ISBN 978-85-7700-810-0.

CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL de 05 de outubro de 1988. [Em linha]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm [Consult. Mar. de 2018].

CONSTITUIÇÃO DOS ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA de 17 de dezembro de 1987. [Em linha]. Disponível em: <http://www.braziliantranslated.com/euacon01.html> [Consult. Mar. de 2018].

CONSTITUIÇÃO DOS ESTADOS UNIDOS DO BRASIL de 24 de fevereiro de 1891. [Em linha]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao91.htm [Consult. Mai. de 2019].

CONSTITUIÇÃO ESPANHOLA de 29 de dezembro de 1978. [Em linha]. Disponível em: <http://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-1978-31229> [Consult. Mar. de 2018].

CONSTITUIÇÃO IMPÉRIO DO BRAZIL de 25 de março de 1824. [Em linha]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao24.htm [Consult. Mai. de 2019].

CONSTITUIÇÃO PORTUGUESA de 02 de abril de 1976. [Em linha]. Disponível em: <https://www.parlamento.pt/Legislacao/Paginas/ConstituicaoRepublicaPortuguesa.aspx> [Consult. Mar. de 2018].

CORREIA, Fernando Alves – **Jurisdição constitucional**. Coimbra: Almedina, 2016. ISBN 978-972-40-6676-9.

COSTA, José Manuel M. Cardoso da – **A Jurisdição Constitucional em Portugal**. 3ª ed. Coimbra: Almedina, 2007.

CUNHA JÚNIOR, Dirley da – **Controle de Constitucionalidade: Teoria e Prática**. 9ª ed. São Paulo: Juspodivm, 2018.

DECLARAÇÃO UNIVERSAL DOS DIREITOS DO HOMEM E DO CIDADÃO, de 26 de Agosto. Paris, 1789. [Em linha]. 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. Acessado em Abril de 2018.

DECLARAÇÃO UNIVERSAL DOS DIREITOS HUMANOS, de 10 de Dezembro. Paris, 1948. [Em linha]. Disponível em: https://www.unicef.org/brazil/pt/resources_10133.htm. [Consult. Mar. de 2018].

DECRETO LEGISLATIVO REGIONAL nº 19/1997/1 de 4 de Novembro. [Em linha]. Disponível em: <http://azores.gov.pt/JO/Serie+I/1997/S%C3%A9rie+I+N%C2%BA+46+de+13+de+Novembro+de+1997/Decreto+Legislativo+Regional+N%C2%BA+19+de+1997.htm>. (23.03.2019).

DECRETO-LEI nº 3.689/41, de 03 de outubro de 1941. [Em linha] in <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689compilado.htm> (12.04.2019).

DIMOULIS, Dimitri; LUNARDI, Soraya – **Curso de processo constitucional: Controle de constitucionalidade e remédios constitucionais**. 4ª ed. São Paulo: Atlas, 2016. ISBN 978-85-97-00604-9.

DWORKIN, Ronald – **Levando os direitos a sério**. São Paulo: Martins Fontes, 2002. ISBN 85-336-1513-2.

FIUZA, Ricardo Arnaldo Malheiros – **Direito Constitucional Comparado**. 5ª. ed. Belo Horizonte: Delrey, 2015. ISBN 978-85-384-0267-1.

GOUVEIA, Jorge Bacelar – **Manual de Direito Constitucional – Volume II**. 3ª ed. Coimbra: Almedina, 2010. ISBN 978-972-40-3954-1;

HABERMAS, Jürgen – **Direito e democracia: entre a facticidade e validade – Volume I**. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997. ISBN 85-282-0091-4;

KELSEN, Hans – **Teoria Pura do direito**. 6ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

_____ – A Garantia Jurisdicional da Constituição (A Jurisdição constitucional). **Sub Judice – Justiça e Sociedade**. Coimbra: Sub Judice. ISSN 0872-2137. Ano 10, n.º 21/22 (Abril 2002).

LEI n.º 5/75, de 14 de março. [Em linha]. Disponível em: <https://dre.tretas.org/dre/92126/lei-5-75-de-14-de-marco>. (13.04.2019).

LEI n.º 28/82, de 15 de novembro. [Em linha]. (1982), [Consult. 12 Jan. 2018]. Disponível em <http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/legislacao0101.html>

LEI N.º 8.072/90, de 25 de julho. [Em linha] *in* <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8072.htm> (12.03.2019).

LEI n.º 13.105/15, de 13 de maio de 2015. [Em linha] *in* <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm> (02.04.2019).

LEITE, Luís Ferreira – **O Tribunal Constitucional e o sistema político**. Lisboa: Âncora Editora, 2007. ISBN 978-972-78-0189-3.

MACHADO JÚNIOR, Agapito – A legitimidade do Poder Judiciário e a função de corte constitucional do Supremo Tribunal Federal. In **Revista Jus Navegandi** [Em linha] Ano 11, n.º. 965. Teresina: 2006. ISBN 1518-4862. [Consult. 25 Mai 2019]. Disponível em <https://jus.com.br/artigos/7992/a-legitimidade-do-poder-judiciario-e-a-funcao-de-corte-constitucional-do-supremo-tribunal-federal>.

MEIRELLES, Hely Lopes; WALD, Arnold; MENDES, Gilmar Ferreira – **Mandado de Segurança e Ações Constitucionais**. São Paulo: Malheiros, 2016.

MELLO FILHO, José Celso – **Notas sobre o Supremo Tribunal (Império e República)**. 3ª ed. Brasília: Supremo Tribunal Federal, 2011. ISBN 978-85-61435-23-3.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet – **Curso de Direito Constitucional**. 12ª. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. ISBN 978-85-02-62274-6.

_____ – **Controle abstrato de constitucionalidade: ADI, ADC e ADO – comentários à Lei n. 9.868/99.** São Paulo: Saraiva, 2012. ISBN 978-85-02-13417-1.

_____ – **Jurisdição Constitucional: o controle abstrato de normas no Brasil e na Alemanha.** 6ª ed. São Paulo: Saraiva, 2016. ISBN 978-85-02-20082-4.

MENDES, Gilmar Ferreira; GALVÃO, Jorge Octávio Lavocat; MUDROVITSCH, Rodrigo de Bittencourt – **Jurisdição Constitucional em 2020.** São Paulo: Saraiva, 2014.

MIRANDA, Jorge – Controle da Constitucionalidade e Direitos Fundamentais. **Revista da EMERJ – Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro** [Em linha] nº. 21 – V. 6 (2002). [Consult. 2 Jan. 2018]. Disponível em http://www.emerj.tjrj.jus.br/revistaemerj_online/edicoes/revista21/revista21_sumario.htm

_____ – **Fiscalização da Constitucionalidade.** Coimbra: Almedina, 2017. ISBN 978-972-40-7100-8.

_____ – **Teoria do Estado e da Constituição.** 4ª ed. São Paulo: Forense, 2015.

_____ – Constituição e Constituições perante a integração europeia. In **Uma Constituição para a Europa.** Lisboa: Almedina, 2003.

_____ – Sobre a composição do Tribunal Constitucional português. In **Perspectivas de Reforma da Jurisdição constitucional no Brasil e em Portugal.** São Paulo: Almedina, 2012. ISBN 978-85-63182-04-3.

MONTESQUIEU, Charles Luis de Secondat – **Do Espírito das Leis.** São Paulo: Martin Claret, 2010.

MORAES, Alexandre – **Jurisdição Constitucional e Tribunais Constitucionais: garantia suprema da Constituição.** 3ª ed. São Paulo: Atlas, 2013. ISBN 978-85-224-7831-6.

MORAIS, Carlos Blanco de – Insuficiências dos efeitos *inter partes* das decisões de inconstitucionalidade em controle concreto na ordem jurídico portuguesa. In **Perspectivas de Reforma da Jurisdição constitucional no Brasil e em Portugal**. São Paulo: Almedina, 2012. ISBN 978-85-63182-04-3.

NOVAIS, Jorge Reis – **Em Defesa do Tribunal Constitucional**. Coimbra: Almedina, 2016. ISBN 978-972-40-5825-2.

NUNES JÚNIOR, Flávio Martins Alves – **Remédios Constitucionais**. 4ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. ISBN 978-85-203-3796-7.

PEIXOTO, Leonardo Scofano Damasceno – **Supremo Tribunal Federal: Composição e indicação de seus ministros**. São Paulo: Método, 2012. ISBN 978-85-309-4145-1.

PIRES, Alex Sander Xavier – **Súmula Vinculante e Liberdades Fundamentais**. Rio de Janeiro: Pensar a Justiça, 2016. ISBN 978-85-909488-2-7.

PIRES, Alex Sander Xavier; TRINDADE, Carla Dolenzel; AZNAR FILHO, Simão – **Constitucionalismo Luso-brasileiro**. Rio de Janeiro: Pensar a Justiça, 2017. ISBN 978-85-909488-4-1.

QUEIROZ, Cristina M. M. – O Controle jurisdicional da constitucionalidade, democracia, Poder Judicial e Jurisdição constitucional. In **Revista da Faculdade de Direito da Universidade do Porto**. Ano VI. Porto: Coimbra Editora, 2009. ISBN 1645-1430.

RAMOS, Elival da Silva – **Controle de constitucionalidade no Brasil: perspectivas de evolução**. São Paulo: Saraiva, 2010.

_____ – **Ativismo judicial: parâmetros dogmáticos**. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2015. ISBN 978-85-02-62228-9.

Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal. [Em linha] in <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=legislacaoRegimentoInterno>> (13.01.2019).

RESOLUÇÃO nº 93, de 1970 – **Regimento Interno do Senado Federal**. [Em linha] *in* <<https://www25.senado.leg.br/documents/12427/45868/RISF+2018+Volume+1.pdf/cd5769c8-46c5-4c8a-9af7-99be436b89c4>> (17.04.2019).

RESOLUÇÃO nº 17, de 1989 – **Regimento Interno da Câmara dos Deputados**. [Em linha] *in* <<https://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/legislacao/regimento-interno-da-camara-dos-deputados/arquivos-1/RICD%20atualizado%20ate%20RCD%206-2019.pdf>> (17.04.2019).

ROLO, Nuno – **A fiscalização concreta em Portugal e o controle difuso da constitucionalidade em Direito Comparado: o sistema americano e o(s) sistema(s) europeu(s)**. Lisboa: Galileu – Revista de Economia e Direito. Vol. III, nº 1. Universidade Autónoma de Lisboa (Setembro 1998). ISBN 0873-495X.

SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel – **Curso de direito constitucional**. 7ª. ed. São Paulo: Saraiva, 2018. ISBN 978-85-531-7271-9.

SCHMITT, Carl – **O Guardião da Constituição**. Tradução: Geraldo de Carvalho. Belo Horizonte, Del Rey, 2007. ISBN 85.7308.889-8.

SILVA, José Afonso da – **Curso de direito constitucional positivo**. 37ª ed. São Paulo: Malheiros, 2013. ISBN 978-85-392-0213-3.

_____ – **Teoria do conhecimento constitucional**. São Paulo: Malheiros, 2014. ISBN 978-85-392-0145-1.

SOUTO, João Carlos – **Suprema Corte dos Estados Unidos - principais decisões**. 2ª ed. São Paulo: Atlas, 2015.

STRECK, Lênio Luiz; MORAES, José Luis Bolzan de – **Ciência Política & Teoria do Estado**. 8ª ed. Livraria do Advogado: Porto Alegre, 2013. ISBN 978-85-734-8886-9.

_____ – **30 anos da CF em 30 julgamento: uma radiografia do STF**. Rio de Janeiro: Forense, 2018. ISBN 978-85-309-8180-8.

_____ – **Jurisdição Constitucional**. 5ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018. ISBN 978-85-309-7948-5.

_____ – Jurisdição Constitucional e Hermenêutica: Perspectivas e Possibilidades de Concretização dos Direitos Fundamentais-Sociais no Brasil. In **Novos Estudos Jurídicos**. Volume 08, nº 2 (Agosto de 2003).

Supremo Tribunal Federal – Legislação Anotada: **A Constituição e o Supremo**. Art. 97. Somente pelo voto da maioria absoluta de seus membros ou dos membros do respectivo órgão especial poderão os tribunais declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do Poder Público [em linha] in < <http://www.stf.jus.br/portal/constituicao/artigoBd.asp?item=1058>> (17.05.2019).

THAMAY, Rennan Faria Krüger – **A Estabilidade das Decisões no Controle de Constitucionalidade Abstrato**. Coimbra: Almedina, 2016. ISBN 978-85-849-3151-4.

VAZ, Manuel Afonso *et al* – **Direito Constitucional: O Sistema Constitucional Português**. 2ª ed. Porto, Universidade Católica Editora, 2015. ISBN 978-989-8366-93-1.

ZAVASCKI, Teori Albino – **Eficácia das Sentenças na Jurisdição Constitucional**. 4ª ed. São Paulo: 2017.

DECISÕES – TRIBUNAL CONSTITUCIONAL PORTUGUÊS

Acórdão n.º 151/93 do TC de 26.03.1993 (Luís Nunes de Almeida), in <http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/19930151.html#_ftn1> (23.03.2019).

Acórdão n.º 1/04 do TC de 07.01.2004 (Mário José de Araújo Torres), in < <http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20040001.html> > (05.02.2019).

Acórdão n.º 87/03 do TC de 14.02.2003 (Alberto Tavares da Costa), *in* <<http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20030087.html>> (23.05.2018).

Acórdão n.º 428/18 do TC de 20.09.2018 (Gonçalo Almeida Ribeiro), *in* <<http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20180428.html>> (13.02.2019).

Acórdão n.º 474/02 do TC de 19.11.2002 (Bravo Serra), *in* <<http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20020474.html>> (07.10.2018).

Acórdão n.º 468/14 do TC de 18.06.2014 (Carlos Fernandes Cadilha), *in* <<http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20140468.html>> (27.08.2018).

Acórdão n.º 544/14 do TC de 15.07.2014 (Maria José Rangel de Mesquita), *in* <<http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20140544.html>> (18.01.2019).

Acórdão n.º 426/18 do TC de 20.09.2018 (Lino Rodrigues Ribeiro), *in* <<http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20180426.html>> (22.02.2019).

Acórdão n.º 595/18 do TC de 18.11.1987 (Maria de Fátima Mata-Mouros), *in* <<http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20180595.html>> (18.02.2019).

DECISÃO – TRIBUNAL DE JUSTIÇA DA UNIÃO EUROPEIA

Acórdão de 11 de abril de 2019, C. Lycourgos, C-295/18, ECLI:EU:C:2019:320. *in* <<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:62018CJ0295>> (10.05.2019).

DECISÕES – SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

Acórdão – Agravo Regimental em Mandado de Segurança n.º. 24667/DF do STF de 04.12.2003 (Min. Carlos Veloso), *in* <<http://stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.aspbase=baseAcordaos>> (12.06.2019).

Decisão da Presidência – Suspensão de Segurança da Medida Cautelar – SS nº 5272/DF de 02.02.2019 (Min. Dias Toffoli), in < <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/visualizarEmenta.asp?s1=000390851&base=>> (14.06.2019).

Acórdão – Recurso Extraordinário nº. 466.343-1/SP do STF de 03.12.2008 (Min. Cezar Peluzo), in < <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=595444>> (13.06.2019).

Acórdão – ADC nº. 04/DF do STF de 01.10.2008 (Min. Celso de Mello), in < <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=630103>> (11.06.2019).

Estatísticas do Supremo Tribunal Federal. [Em linha] in <<http://www.stf.jus.br/portal/verTexto.asp?servico=estatistica&pagina=REAIProcessoDistribuido>> (14.06.2019).

Acórdão – Reclamação nº. 4335/AC do STF de 20.03.2014 (Min. Gilmar Mendes), in < <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=630101>> (20.04.2019).

Acórdão – *Habeas Corpus* nº. 82.959/SP do STF de 23.02.2006 (Min. Marco Aurélio), in < <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=2110217>> (21.04.2019).

Acórdão – Ação Originária nº. 1773/DF do STF de 26.11.2018 (Min. Luiz Fux), in < <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/AO1773auxiliomoradia.pdf>> (24.05.2019).

Acórdão – Habeas Corpus nº. 124.306/RJ do STF de 09.08.2016 (Min. Marco Aurélio), in < <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADO26votoMCM.pdf>> (25.05.2019).

Voto – ADPF nº. 54/DF do STF de 12.04.2012 (Min. Ricardo Lewandowski), in < <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=3707334>> (21.05.2019).