

UNIVERSIDADE
AUTÓNOMA
DE LISBOA



DEPARTAMENTO DE DIREITO

MESTRADO EM DIREITO

**ABSTRATIVIZAÇÃO DO CONTROLE DIFUSO DE CONSTITUCIONALIDADE:
UMA ABORDAGEM CRÍTICA SOBRE O SISTEMA BRASILEIRO E PORTUGUÊS**

Dissertação para a obtenção do grau de Mestre em Direito,
Especialidade em Ciências Jurídicas.

Autor: Karlos Roneely Rocha Feitosa

Orientador: Prof. Doutor Pedro Gonçalo Tavares Trovão do Rosario

Lisboa
2017

MOTIVAÇÃO PARA INÍCIO E DESENVOLVIMENTO DA TESE

O tema abordado me foi posto nos idos do ano de 2006, quando do julgamento do *Habeas Corpus* 82959, onde houvera uma grande ruptura na ordem constitucional, momento em que o Supremo Tribunal Federal, com votos capitaneados pelo Ministro Eros Grau e Gilmar Ferreira Mendes, modificou o entendimento constitucional do art. 52, X da Constituição Federal de 1988, bem como a estrutura do controle difuso de constitucionalidade.

Esse julgamento ensejou uma celeuma sem precedentes no ordenamento jurídico brasileiro, onde diversos magistrados de todo País se negaram a cumprir a referida decisão alegando total falta de amparo legal para a cumprimento da decisão em comento.

Desde então, muitos juristas e aplicadores do direito vêm se debruçando sobre o tema, especialmente criticando a posição do Supremo Tribunal Federal, com base na insegurança jurídica de tais decisões. Ainda hoje existem decisões nesse sentido o que ainda não fora pacificado a extensão dos efeitos desses julgados.

AGRADECIMENTOS

Foi uma batalha árdua, onde muitas das vezes pensei que não iria concluir, todavia com ajuda de Deus e especialmente da minha esposa Tayse Pontes de Vasconcelos Feitosa, que nunca deixou eu desistir. Gostaria de agradecer a meus pais por me educarem na rigidez dos costumes de ser um profissional melhor. A minha equipe de escritório, onde muitas das vezes me auxiliaram em busca de informações sobre o tema.

Por último, e talvez um dos pilares desse trabalho, agradecer ao professor Doutor Pedro Trovão do Rosário, mente brilhante, pessoa com retidão imensurável, professor o qual desde o primeiro contato me estimulou demasiadamente a aprofundar o estudo sobre o tema, espero que nosso contato não se finde com esse trabalho.

RESUMO

No presente trabalho, buscamos promover uma análise geral acerca do controle de constitucionalidade nos sistemas brasileiro e português, com enfoque em uma de suas vertentes, qual seja o controle difuso de constitucionalidade.

No decorrer do referido estudo, realizamos breves considerações a respeito da Constituição dos EUA, tendo em vista que o sistema de controle brasileiro foi demasiadamente influenciado pelo sistema Americano.

Além disso, tendo por finalidade fazermos uma análise comparada de ordenamentos jurídicos distintos, relacionamos os sistemas de controle de constitucionalidade brasileiro e português, bem como os seus institutos, instituições, órgãos e demais disposições legais, que se referem ao objeto de estudo do referido trabalho.

Finalmente, perpassada toda uma evolução histórica das Constituições dos mencionados Estados, evidenciando, em todas elas, a forma de implementação do sistema de controle de constitucionalidade adotado, promovemos uma análise crítica e polêmica a respeito da abstrativização do controle difuso de constitucionalidade, em especial, no que tange ao direito brasileiro, sem deixar, no entanto, de relacionarmos com as disposições do ordenamento jurídico de Portugal.

Em tal análise, nos preocupamos em expor as semelhanças e diferenças entre esses dois regimes jurídicos, além de explicitar as controvérsias, vantagens e desvantagens da mencionada “tendência” [dar ao controle difuso características do concentrado] que assola, nesses tempos, o Judiciário brasileiro.

Palavras-Chave: *Controle de Constitucionalidade. Abstrativização. Direito comparado.*

ABSTRACT

On this paperwork, we seek to promote a general analysis on the constitutionality control of our Brazilian and Portuguese systems, focusing on one of its aspects, that is difuso constitutionality control. There is no study of the US constitution, since the Brazilian control system was too influenced by the American system.

Besides, in order to make a comparative analysis of different legal systems, we relate Brazilian and Portuguese constitutional control systems, as well as their institutes, institutions, bodies and other legal provisions, which refer to this paperwork study object.

Finally, a whole historical evolution of Constitutions of the States mentioned, evidencing, in all of them, a form of implementation of the constitutionality system control adopted, developing a critical and controversial analysis regarding the abstraction of the diffuse control of constitutionality, specially in relation to the Brazilian law, not forgetting to connect with the provisions of the legal system of Portugal, however.

Instead, we wanted to show the resemblance and differences between these two legal regimes, in addition to explaining as controversies, advantages and disadvantages of the "trend" mentioned [giving the diffuse control characteristics of the concentrated], WhatsApp reverses, até this moment, the Brazilian Judiciary.

Key words: Constitutionality control, abstraction, compared law.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	09
CAPÍTULO 1 - EVOLUÇÃO HISTÓRICA DO CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE: UMA BREVE ANÁLISE DE COMO O REFERIDO INSTITUTO FOI REGULAMENTADO NAS CONSTITUIÇÕES DOS ESTADOS UNIDOS, BRASIL E PORTUGAL.....	11
1.1 O CONTROLE DIFUSO DE CONSTITUCIONALIDADE NA CONSTITUIÇÃO DOS ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA, INÍCIO DO INSTRUMENTO CONSTITUCIONAL DE 1803.....	11
1.2 O CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE NAS CONSTITUIÇÕES DA REPÚBLICA DE PORTUGAL.....	15
1.2.1. Constituição de Portugal de 1822.....	16
1.1.2. Constituição de Portugal de 1826.....	19
1.1.3. Constituição de Portugal de 1838.....	21
1.1.4. Constituição de Portugal de 1911.....	22
1.1.5. Constituição de Portugal de 1933.....	24
1.1.6. Constituição de Portugal de 1976.....	25
1.3 O CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE NAS CONSTITUIÇÕES DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL.....	26
1.3.1 O controle de constitucionalidade na Constituição de 1824 – Brasil Império....	30
1.3.2 O controle de constitucionalidade na Constituição 1891 – Federação.....	31
1.2.3 A Constituição de 1934 e o controle de constitucionalidade.....	33
1.3.4 O controle de constitucionalidade na Constituição de 1937 – Estado Novo.....	38
1.3.5 Constituição de 1946 e o sistema de controle de constitucionalidade.....	40
1.3.5.1 A Emenda n. 16/1965 e o controle abstrato de constitucionalidade.....	43
1.3.6 A Constituição de 1967-69 e o controle de constitucionalidade.....	47
1.3.7 O controle de constitucionalidade na Constituição de 1988.....	49
1.3.7.1 Considerações Iniciais.....	49
1.3.7.2 Ampliação do rol de legitimados.....	50
1.3.7.3 Criação da Ação Declaratória de Constitucionalidade – ADC.....	53
1.3.7.4 Criação da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental – ADPF.....	53
1.3.7.5 Controle das omissões.....	54

<i>1.3.7.6 Amplificação dos remédios constitucionais</i>	55
<i>1.3.7.7 Reclamação Constitucional</i>	56
<i>1.3.7.8 Emendas Constitucionais</i>	56
CAPÍTULO 2 - CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE EM PORTUGAL..	57
2.1 ASPECTOS GERAIS.....	57
2.2. FORMA DE INVESTIDURA NO TRIBUNAL CONSTITUCIONAL PORTUGUÊS.....	57
2.3 TIPOS DE CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE.....	59
2.3.1 Controle Preventivo	59
2.3.2 Controle Repressivo	61
2.4 CONTROLE CONCENTRADO DE CONSTITUCIONALIDADE.....	61
2.5. CONTROLE DIFUSO DE CONSTITUCIONALIDADE.....	63
2.7 COMPETÊNCIA.....	66
2.8 DIFERENÇA ENTRE EFEITOS DO ACÓRDÃO: CASSAÇÃO E SUBSTITUIÇÃO.....	67
2.9 RECLAMAÇÃO CONSTITUCIONAL: FORMA DE FAZER CUMPRIR A DECISÃO NO CONTROLE DIFUSO.....	69
2.10 VALIDADE DA LEI DECLARADA INCONSTITUCIONAL OU ILEGAL.....	70
2.11 MODIFICAÇÃO DOS EFEITOS DA DECISÃO EM SEDE DE CONTROLE DIFUSO, ART. 281º, N.º 3 DA CRP/1976.....	71
CAPÍTULO 3 - O CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE À LUZ DO DIREITO BRASILEIRO	47
3.1 ASPECTOS GERAIS.....	74
3.2 A CONSTITUIÇÃO COMO ORDEM JURÍDICA FUNDAMENTAL.....	75
3.3 PRESSUPOSTOS PARA A REALIZAÇÃO DO CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE.....	76
3.4 INVESTIDURA NO CARGO DE MINISTRO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL.....	78
3.5 TIPOS DE INCONSTITUCIONALIDADE.....	80
3.5.1. Inconstitucionalidade por ação e por omissão	80
3.5.2. Inconstitucionalidade material ou formal (interna)	80
3.5.3 Inconstitucionalidade Originária ou Superveniente	81
3.6 TIPOS DE CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE.....	82

3.6.1 Controle Preventivo e Repressivo.....	82
3.6.2 Controle de constitucionalidade difuso e o controle de constitucionalidade concentrado no âmbito do direito brasileiro.....	82
3.6.3 Controle de Constitucionalidade Difuso.....	84
<i>3.6.3.1 Controle Difuso no juízo de 1ª e 2ª instâncias.....</i>	<i>84</i>
<i>3.6.3.2 Controle Difuso nos Tribunais Superiores.....</i>	<i>85</i>
3.7 REPERCUSSÃO GERAL EM RECURSO EXTRAORDINÁRIO.....	90
3.8 COMPETÊNCIA PARA JULGAR.....	91
3.9 EFEITOS DA DECISÃO.....	92
3.10 SÚMULA VINCULANTE.....	94
3.10.1 Modulação dos Efeitos.....	95
3.11 RECLAMAÇÃO CONSTITUCIONAL.....	96
CAPÍTULO 4 - TEORIA DA ABSTRATIVIZAÇÃO DO CONTROLE DIFUSO E A MUTAÇÃO CONSTITUCIONAL.....	98
CONCLUSÃO.....	106
REFERÊNCIAS.....	108

INTRODUÇÃO

O sistema de controle difuso de constitucionalidade surgiu após uma polêmica decisão da Suprema Corte Americana, em 1803, no lendário caso *Marbury vs Madison*. A partir de então, esse instrumento constitucional se disseminou perante diversos ordenamentos jurídicos, a exemplo do europeu e do brasileiro.

Em muitos dos regimes jurídicos, existem de maneira a garantir a qualquer cidadão, mediante qualquer juiz, o exercício pleno e, especialmente, a concretização de direitos e garantias constitucionais asseguradas pela Carta Política de cada Estado.

O referido controle atua como um remédio constitucional, mesmo que de longe, semelhante ao *habeas corpus*, haja vista que qualquer magistrado, deparando-se com uma situação de inconstitucionalidade, poderá afastar a aplicação de tal lei.

De acordo com isso, busca-se aqui fazer uma análise geral dos sistemas de controle de constitucionalidade dos EUA, Portugal e Brasil, respectivamente, com ênfase no controle difuso de constitucionalidade, uma vez que esse faz parte do objeto de estudo do presente trabalho. Tal análise partirá desde da origem histórica do referido instituto, perpassando por todos os Diplomas Legais nos quais o mesmo foi positivado, até hodiernamente.

Essa evolução histórica se fará de maneira que fique claro e evidente todos os procedimentos, instrumentos e instituições relacionados ao controle de constitucionalidade, levando em conta, ainda, o contexto social e político pelo qual cada sociedade, em cada diferente época, estava sob influência.

Ademais, perpassando essa análise histórica, abordaremos a origem do controle difuso no sistema jurídico Luso-brasileiro, de forma a considerar o critério de escolha dos juízes do Tribunal Constitucional e do Supremo Tribunal Federal, na finalidade de fazermos um comparado entre os sistemas de controle presente em ambos os países. Além disso, será abordado, também, alguns tópicos referentes ao tema objeto de estudo, como os tipos de inconstitucionalidade, tipos de controle, a competência para julgamento, dentre outros.

Aborda-se, também, a forma de execução e cumprimento das decisões das referidas Cortes, o instrumento da reclamação constitucional, e a forma de decisão de cada sistema, levando em consideração, ainda, o Tribunal de cassação ou Tribunal de Substituição, analisando vantagens e desvantagem de cada sistema.

No mais, em caráter específico e mais aprofundado, será realizada uma análise crítica a respeito do tema da abstrativização do controle difuso, um instrumento atualmente muito

utilizado pelo judiciário, diante da inércia dos poderes executivos e judiciários de cada país.

No caso de Portugal, decorrente especialmente da crise econômica do País, o judiciário tem andando muito bem capitaneando decisões de vanguarda, especialmente no que tange ao orçamento português, a corte de benefícios já consagrados no sistema. Aborda-se também, o sistema procedimental para conversão de decisões de caráter individual, *inter parts*, para caráter coletivo, *erga omnes*.

No que tange ao Brasil, a mesma situação financeira também assola o País, e tem se agravado, tendo em vista a grave crise política, onde diversas decisões, de caráter eminentemente político, vêm sendo proferidas pelo próprio Supremo Tribunal Federal. Nesse sistema, existe uma peculiaridade acerca da tentativa de alguns Ministros desejarem obter mais poder do que a Constituição de 1988 lhes confere, onde estes buscam, a todo custo, estender suas decisões, na maioria sobre temas polêmicos, com efeito vinculante geral.

Ao final, como já mencionado, analisaremos de maneira crítica, evidenciando os pontos favoráveis e contrários de cada corrente, a partir de uma discussão doutrinária e jurisprudencial entre ministros componentes da mesma Corte, o sistema da abstrativização do controle difuso de constitucionalidade, especialmente no Brasil, frente ao controle de Portugal, tendo em vista que o sistema brasileiro possui regramento específico para tal matéria, já acondicionado, inclusive, no próprio Texto Constitucional.

CAPÍTULO 1

EVOLUÇÃO HISTÓRICA DO CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE: UMA BREVE ANÁLISE DE COMO O REFERIDO INSTITUTO FOI REGULAMENTADO NAS CONSTITUIÇÕES DOS ESTADOS UNIDOS, BRASIL E PORTUGAL

Para uma melhor compreensão a respeito do controle de constitucionalidade e os seus efeitos no reconhecimento da inconstitucionalidade de uma norma, bem como a forma de implementação desse instituto nas diversas constituições de cada país, em suas variadas épocas, é imprescindível que seja feita uma análise da evolução histórica do referido sistema, haja vista que o Direito não se mantém neutro frente aos fatos sociais. Ao contrário disso, o contexto histórico vivido por uma dada sociedade, suas inseguranças e anseios, influenciam diretamente no desenvolvimento do conteúdo jurídico ali presente¹.

Sendo assim, a partir de tal verificação, considerando o contexto histórico, político e social de cada país, bem como o ordenamento jurídico em vigor em cada época, será enfatizado os dispositivos das diversas Cartas Constitucionais que se referem ao instituto objeto do estudo, como forma de percebermos a evolução e a dinamicidade em que o Direito está, inevitavelmente, submetido. Além disso, tal análise histórica possui a finalidade de nos proporcionar um entendimento mais sólido e completo, até mesmo, em relação aos modelos atuais de controle de constitucionalidade.

1.1 O CONTROLE DIFUSO DE CONSTITUCIONALIDADE NA CONSTITUIÇÃO DOS ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA, INÍCIO DO INSTRUMENTO CONSTITUCIONAL DE 1803

Faz-se imprescindível, antes de aprofundarmos o estudo, remetermo-nos a situação histórica que vivia os Estados Unidos da América momentos antes da lendária decisão constitucional. A época no final do século XVIII e início do século XIX, na convenção do Estado da Filadélfia, titulada como Convenção Constitucional ou Federal, no ano de 1787.

Nessa convenção fora ratificada a criação da Constituição dos Estados Unidos da América, onde John Adam's, representante do Partido dos Federalistas, logrou êxito por 89 (oitenta e nove) votos, em detrimento de Thomas Jefferson, que logrou apenas 79 (setenta e

¹ FILHO, Nagib Slaibi. Breve **História do Controle de Constitucionalidade**. Texto disponibilizado no Banco do Conhecimento em 16 de julho de 2008. Disponível em: <http://www.tjrj.jus.br/c/document_library/get_file?uuid=ea10bf6f-babb-4f4e-8695-704a09b786e3&groupId=101362008>. Acesso em: 6 julho 2017.

nove) votos.

Em suma, o objetivo de Adam's era constituir um Estado centralizado no Governo Federal, retirando, assim, maior autonomia dos Estados Federados. Após isso, George Washington, então Presidente na época, tendo como Vice-Presidente John Adam's, onde aquele nomeou John Ray para o cargo de Primeiro Chief Justice da Suprema Corte Americana.

Após dois mandatos consecutivos do Presidente George Washington e sua decisão interna de não mais concorrer a uma nova recondução ao cargo, o vice John Adam's concorreu para o cargo, logrando êxito nas eleições presidenciais de 1796, tornando-se, assim, o 2º presidente dos Estados Unidos da América, com mandato de 1797 até 1801.

Nessa época dois partidos já disputavam o poder, os Federalistas (partido de Adam's) e os Republicanos (partido de Thomas Jefferson), o qual entrará na história doravante. Durante o mandato de Adam's, Thomas Jefferson era seu principal opositor vindo a se credenciar como candidato a Presidente no ano de 1800, vindo a vencer as eleições presidenciais daquele ano.

Após a derrota nas urnas naquele ano, John Adam's, claramente inconformado, envia para o Congresso um Projeto de Lei denominado *judiciaryact*, onde tinha como escopo subliminar continuar mantendo o poder, agora através do poder judiciário.

Nesse Projeto de Lei possui a criação de diversos cargos junto ao Judiciário, especialmente a criação de 42 cargos de Juiz de Paz no Distrito de Columbia, dentre eles o cargo destinado a William Marbury, caso este amplamente conhecido como os “juizes da meia noite – *MidnightJudges*, tendo sido nomeados no mandato de Adam's². Nesse interregno, o então Presidente Adam's nomeia como *Chief Justice* John Marshall, para a Suprema Corte Americana, fortalecendo ainda mais seu intento de poder.

Em 1801, Thomas Jefferson, claramente eleito em 1800, toma posse de seu cargo a Presidente. Incontinentemente nomeia como Secretário de Estado James Madison, cargo antes ocupado por John Marshall, este agora *Chief Justice* da Suprema Corte Americana. Junto com a nomeação, havia também uma ordem de Thomas Jefferson para que Madison não entregasse qualquer carta que ensejassem a posse de juizes de Paz decorrentes do projeto *Judiciaryact*.

Nesse caso quatro do total de 42 (quarenta e dois) cargos ficaram sem preenchimento, tal recusa inviabilizava a posse dos então aspirantes aos cargos, dentre eles William Marbury e outros juizes ajuizaram um *Writ of mandamus*, com o escopo de obrigar o então secretário de Estado, Madison, a emitir a carta de posse para fins de se investirem no cargo, com fulcro na

² GONDIM, Yuri. **O Caso Marbury vs. Madison e a Contribuição de John Marshall**. 2014. Disponibilizado em: <<https://yurigondim.jusbrasil.com.br/artigos/118688828/o-caso-marbury-vs-madison-e-a-contribuicao-de-john-marshall>> Acesso em: 04/08/2017

sessão 13 do Judiciaryact, onde conferia àquela Corte competência originária em mandados contra autoridade federal.

Ressalte-se que neste interstício de tempo a Suprema Corte fora fechada por decisão do então Presidente, em 1802, somente retornando suas atividades em 1803, onde doravante que teve início o julgamento do pedido de Marbury x Madison. O encargo do então Chief Justice não era do mais leves, haja vista que sua decisão, caso fosse a favor de Marbury, poderia não ser cumprida por parte do poder executivo, atualmente liderado pelos Republicanos.

Diante disso, Marshall, em seu ápice cognitivo, ventilou três indagações para fins de problematizar o julgado, conforme citado por GONDIM em um de seus escritos: 1) ao peticionário é assegurado o direito a tomar posse na condição de juiz de paz? 2) se lhe tiver sido, de fato, garantido esse direito, vindo esse a ser violado, o ordenamento jurídico americano lhe garante a tutela e reparação? 3) a Suprema Corte possui legitimidade para proceder com o julgamento de tal caso?³

Em contrapartida, as indagações acima surgiram as seguintes respostas: 1) Cabia a Marbury o direito de tomar posse, pois a nomeação não seria revogável, e, negá-la, seria, portanto, violação há um direito legal consolidado (a vested legal right); 2) com fundamento de que governo dos Estados Unidos não é um governo de homens, mas sim um governo de leis, e que toda ameaça ou lesão a direito deverá o cidadão civil alegar proteção do judiciário o mesmo fora claramente violado.

Visto isso, diante da resposta afirmativa das duas primeiras indagações, passou-se a análise da terceira e mais instigante indagação. Foi no fundamento da resposta da terceira indagação que Marshall fixou as bases do JudicialReview, onde negou que a Suprema Corte teria competência para julgar o caso, concluindo, assim, pela inconstitucionalidade da seção 13 do “JudiciaryAct” de 1789, alegada por Marbury, uma vez que, indevidamente, ampliou a competência da Suprema Corte, sendo, portanto, nulo de pleno direito o ato do Congresso, que objetivava ampliar as competências daquela corte, nas palavras dele:

É uma proposição por demais clara para ser contestada, que a Constituição veta qualquer deliberação legislativa incompatível com ella; ou que a legislatura possa alterar a Constituição por meios ordinarios. Não há meio termo entre estas alternativas. A Constituição, ou é uma lei superior e predominante, e lei imutável pelas formas ordinarias; ou está no mesmo nivel conjunctamente com as resoluções ordinarias da legislatura e, como as outras resoluções, é mutável quando a legislatura houver por bem modifica-la. Si é verdadeira a primeira parte do dilema, então não é

³ GONDIM, Yuri. **O Caso Marbury vs. Madison e a Contribuição de John Marshall**. 2014. Disponibilizado em: <https://yurigondim.jusbrasil.com.br/artigos/118688828/o-caso-marbury-vs-madison-e-a-contribuicao-de-john-marshall>.> Acesso em: 04/08/2017.

lei a resolução legislativa incompatível com a Constituição; si a segunda parte é verdadeira, então as constituições escriptas são absurdas tentativas da parte do povo para limitar um poder por sua natureza illimitavel. Certamente, todos quantos fabricaram Constituições escriptas consideraram taes instrumentos como a lei fundamental e predominante da nação e, consequentemente, a theoria de todo o governo, organizado por uma Constituição escripta, deve ser que é nulla toda a resolução legislativa com ellaincompativel. (MARSHALL, 1997, p.25).

Construindo a interpretação que consolidou o poder do judiciário de revisar os atos do executivo e legislativo, a partir de um de um precedente judicial no sistema americano, foi firmado a proposição que permitiria a célebre afirmação de Charles Hughes: "A Constituição é aquilo que os juízes dizem que ela é", neste sentido, prosseguiu:

(...) emphaticamente, é a provincia e o dever do Poder Judiciário dizer o que a lei é. Aquelles que applicam a regra aos casos particulares, devem necessariamente expor e interpretar essa regra. Si duas leis collidem uma com a outra, os tribunaes devem julgar acerca da efficacia de cada uma dellas. Assim, si uma lei está em opposição com a Constituição; si, applicadas ellas ambas a um caso particular, o Tribunal se veja na contingencia de decidir a questão em conformidade da lei, desrespeitando a Constituição, ou consoante a Constituição, desrespeitando a lei, o Tribunal deverá determinar qual destas regras em conflicto regerá o caso. Esta é a verdadeira essencia do Poder Judiciario. Si, pois, os tribunaes teem por missão attender a Constituição e observal-a e si a Constituição é superior a qualquer resolução ordinaria da legislatura, a Constituição, e nunca essa resolução ordinaria, governará o caso a que ambas se aplicam. (MARSHALL, 1997, p.25).

Para fundamentar sua decisão, Marshall buscou ainda o ensaio dos Federalistas, onde nas palavras de Hamilton, Madison e Jay⁴:

Relativamente à competência das cortes para declarar nulos determinados atos do Legislativo, porque contrários à constituição, tem havido certa surpresa, partindo do falso pressuposto de que de tal prática implica em uma superioridade do Judiciário sobre o Legislativo. Argumenta-se que a autoridade que pode declarar nulos os atos de outra deve necessariamente ser superior a esta outra. (MARSHALL, John. 1977, p. 577)

Enfatizando a discussão acerca do plano da hierarquia dos "Poderes" e frizando na questão que fundamenta essa prerrogativa do judiciário, afirmam os autores⁵:

Não há posição que se apoie em princípios mais claros que a de declarar nulo o ato de uma autoridade delegada, que não esteja afinada com as determinações de quem delegou essa autoridade. Consequentemente, não será válido qualquer ato legislativo contrário à Constituição. Negar tal evidência corresponde a afirmar que o representante é superior ao representado, que o escravo é mais graduado que o senhor,

⁴ MARSHALL, John. **Decisões constitucionais de Marshall**. Tradução de Américo Lobo Leite Pereira. Brasília: Ministério da Justiça, 1997, p.577.

⁵MARSHALL, John. **Decisões constitucionais de Marshall**. Tradução de Américo Lobo Leite Pereira. Brasília: Ministério da Justiça, 1997, p. 577-578.

que os delegados do povo estão acima do próprio povo, que aqueles que agem em razão de delegações de poderes estão impossibilitados de fazer não apenas o que tais poderes não autorizam, mas sobretudo o que eles proíbem. (MARSHALL, John. 1977, p. 577-578)

Com essa decisão, claramente de vanguarda e polêmica, possuiu um viés intrínseco mais objetivo quando se analisa que a própria Suprema Corte impôs limites nos demais poderes, bem como externou os limites dos seus poderes, os quais eram de nulificar e invalidar atos contrários à Constituição, a qual era interpretada em último caso pela própria Corte.

1.2 O CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE NAS CONSTITUIÇÕES DA REPÚBLICA DE PORTUGAL

Antes de adentrar ao mérito do atual sistema fiscalizatório de constitucionalidade no regime jurídico Português, faz-se imprescindível realizar uma digressão histórica, acerca da evolução das Cartas Constitucionais anteriores à atual, analisando de maneira sucinta todas as referidas Cartas Políticas para fins de compreendermos melhor a exegese da atual.

Partindo desse pressuposto constata-se que cada carta política expressa o momento vivenciado pela sociedade naquela época, tanto que algumas constituições saíram e entraram novamente no ordenamento jurídico, ademais, as constituições portuguesas ganharam força, mormente para enfrentamento do poder monárquico e de maneira semelhante se deu no Estado Brasileiro, onde a Carta Magna de 1988 marcou o fim do período ditatorial no país. As Cartas políticas portuguesas receberam influências de outros Estados e não demonstraram movimentos constitucionais tão simbólicos quanto aqueles vividos na Inglaterra, Estados Unidos e França.

Vale salientar que temos como características a descontinuidade formal e o meio revolucionário. A mencionada descontinuidade se refere ao fato de que foram estabelecidas seis Cartas Constitucionais em período curto de tempo, mais exatamente em dois séculos, somadas à interrupção constitucional entre os anos de 1828 a 1834, momento em que reinou o absolutismo – regime originalmente opostos aos valores fundamentais constitucionais.

Entretanto, apesar dessas mudanças de texto constitucional ao longo da história, no que se refere à questão material, verifica-se uma distribuição entre as constituições portuguesas de princípios, instituições, direitos e deveres, isto é, substancialmente o texto comporta o cerne dos princípios materiais adotados por cada país em fase determinada da sua história bem como os valores e as opções políticas preponderantes na sociedade.

Quanto à via revolucionária, temos que é bastante comum a adoção das Cartas Constitucionais logo após um movimento estatal, a exemplo de uma ruptura, mudança, tempo

considerável no mesmo regime ou período de instabilidade. Isso ocorreu com as constituições portuguesas, as quais foram fortemente influenciadas pelos acontecimentos preexistentes, com exceção da constituição de 1826. De acordo com isso, vejamos as seguintes Revoluções que precederam as Constituições⁶:

Movimento Revolucionário	Constituição Portuguesa
Revolução de 1820	Constituição de 1822
Revolução de Setembro de 1836	Constituição de 1838
Revolução de 5 de Outubro de 1910	Constituição de 1911
Revolução de 28 de Maio de 1926	Constituição de 1933
Revolução de 25 de Abril de 1974	Constituição de 1976

Reitera-se, portanto, com o fim de elucidar que os fenômenos revolucionários anteriores às Cartas Magnas não são característicos apenas de Portugal, mas também estão presentes em diversos países, a exemplo da democratização do Brasil após a ditadura militar e a democratização dos antigos países componentes do bloco soviético, dentre outros.

Segundo Vital Moreira⁷, na história constitucional portuguesa, existem quatro períodos bem delineados: I) O constitucionalismo liberal monárquico (Constituições de 1822, 1826 e 1838); II) O constitucionalismo liberal republicano (Constituição de 1911); III) O constitucionalismo corporativo e autoritário (Constituição de 1933); IV) O constitucionalismo democrático (Constituição de 1976).

1.2.1. Constituição de Portugal de 1822

A Constituição de 1822 é o mais antigo texto constitucional português, datado de 23 de setembro de 1822 e jurado pelo Rei Dom João VI, no dia 1º de outubro do referido ano, votada pelas Cortes Constituintes reunidas na cidade de Lisboa, em 1821.

O contexto político da aprovação do Texto Constitucional de 1822 era demasiadamente reacionário, haja vista nos países vizinhos, como França, ocorrera a revolução que mudará o contexto histórico político daquele país, vindo assim a influenciar de maneira fulcral as demais constituições dos países vizinhos, fato esse que claramente ocorrera em Portugal.

Ocorre que desde do ano de 1807 inexistia em Portugal a figura do Rei, cujo regente

⁶ MOREIRA, Vital. **História do Constitucionalismo Português**. Texto que serviu de base às Lições de Direito Constitucional do Prof. Doutor Vital Moreira, na parte relativa ao constitucionalismo português.

⁷ CANOTILHO, J. J. GOMES E VITAL M, Constituição República Portuguesa Anotada. Vol 2, Coimbra. Editora, ISBN 9789723222876

encontrava-se no Brasil, submetendo assim os portugueses a condição de subalternos de uma “colônia”, inclusive aqueles que se denominavam a favor da revolução desejavam o retorno de Dom João VI para reassumir o governo, principalmente em razão da presença dos ingleses no território português. Junto dessa situação, o país havia sofrido três invasões francesas e ainda no ano de 1817 houvera uma tentativa frustrada de Gomes Freire de Andrade.

A despeito da presença dos revolucionários, ressalta-se que estes, também, não tinham interesse em retornar para os antigos moldes da monarquia, logo diante desses desejos o objetivo real era a adoção de uma forma de governo diversa - a Monarquia Constitucional – caracterizada pelo sistema político que reconhece o Rei como chefe de Estado, mas que há uma série de leis fundamentais que limitam os poderes do monarca.

No ano de 1820, a esses infortúnios somam-se o fato do restabelecimento da Constituição de Cádiz, na Espanha, que foi preponderante para o movimento constitucionalista; e do afastamento temporário de Beresford, que fora para o Brasil.

No reino português, diante dos acontecimentos supramencionados, via-se a necessidade de uma Norma Maior que desse corpo institucional à Revolução Liberal de 1820 e impusesse um novo e racional ordenamento jurídico-político, garantindo as liberdades e direitos, o que ensejou, por fim, a elaboração da Carta Constitucional de 1822.

A referida Carta Constitucional fora elaborada e aprovada diretamente pelas Cortes Gerais extraordinárias e Constituintes da Nação Portuguesa, através de um processo constituinte composto de duas fases, onde o Rei [D. João VI] teve que aceitar e se comprometer em cumpri-la. Ressalte-se que o mesmo não teve participação qualquer na confecção do texto constitucional. Vale salientar, ainda, que as Cortes se consideraram um movimento anunciador da democracia e constitucionalista moderno.

Para tanto, esta Constituição foi claramente influenciada por outras Cartas Políticas, dentre elas as Constituições Francesas de 1891 e 1895 e a Constituição de Cádiz de 1812, que influenciou, primeiro e diretamente, o texto das "Bases da Constituição", que este, por sua vez, inspirou o projeto da Constituição de 1822.

O Rei absolvía tanto a figura de Chefe de Estado como de Chefe de Governo, sendo que não poderia interferir em nenhum dos outros poderes (legislativo e judiciário). Em suma, esta Constituição formou uma combinação atípica com coadunação entre os poderes das Cortes e do Monarca, sendo que aquelas prevaleceriam sobre este.

A Carta de 1822 adotou a monarquia constitucional hereditária como forma de Estado e dividiu-se em seis títulos, seguindo aproximadamente a disposição da Constituição de Cádiz, e

no Título I contém uma verdadeira declaração de direitos, haja vista a consagração de diversos direitos fundamentais como o princípio da liberdade, distinção entre direitos individuais e direitos da nação (soberania nacional), direito à propriedade, à segurança, independência dos poderes, a inviolabilidade do domicílio e da correspondência, a igualdade perante a lei, a liberdade de expressão sem dependência de qualquer censura, o direito de petição, a abolição das penas cruéis ou infames, a consagração de direitos fundamentais, dentre outros. Tais direitos foram de vanguarda para a época, haja vista que obrigava ao Estado garantir direitos que não ocorriam de outrora.

Abordar-se-á os princípios estruturantes desta Carta, primeiramente a soberania nacional baseada na Teoria da Soberania Nacional, fundamentada na ideia de que o poder pertence ao povo e não somente a um único homem [Rei]. Entretanto, seria inviável um território ser governados por todos os cidadãos, portanto, o poder competiria à Nação – entidade abstrata, representadas por pessoas determinadas, com conhecimento à altura do exigido. Todavia, ao interpretar este princípio de acordo com o contexto de Portugal, basicamente consistia no monarca afastar a titularidade soberana de si e passar a ser um representante da Nação, sendo essa a detentora da soberania nacional cuja detenção configura, por si só, o princípio representativo, igualmente previsto na Carta de 1822.

Quanto à separação dos poderes, princípio consignado no Título II, temos a clássica tripartição de Montesquieu (Legislativo, Executivo e Judiciário). O poder legislativo, consagrado no Título III, era exercido por uma única Assembleia, eleita no mandato correspondente a dois em dois anos, por sufrágio direto e secreto, não contava com a participação das mulheres, dos menores de 25 anos (com exceção dos casados, dos oficiais, dos bacharéis formados e dos clérigos de ordens sacras), os filhos-família a cargo dos pais (salvo se tivessem ofício público), os criados de servir, os vadios e os membros das ordens monásticas.

Aos Secretários de Estado também cabia fazer propostas de lei e assinar todos os decretos do monarca.

Esta Constituição Portuguesa versa sobre a necessidade da sanção real das leis, entretanto, não se constitui um simples veto político de suspensão.

Quanto ao Poder Executivo, o mesmo permaneceu nas mãos do monarca que concentrava poderes de Chefe de Estado bem como de Chefe do Executivo, todavia, os atos reais estavam comedidos, ou seja, a Carta Constitucional limitou os excessos da nobreza. É imperioso anunciar que o princípio da separação dos poderes resta deveras evidente no texto da Carta de 1822, em razão da existência de um dispositivo que prevê a proibição do Rei dissolver

as Cortes, o que ratifica, sobretudo, a não interveniência do Poder Executivo no Poder Legislativo e Judicial.

A Constituição monárquica sustentou, no texto, o princípio representativo, afastando, desse modo, a incidência do princípio aristocrático, não havendo, por assim dizer, uma câmara de representação nobiliárquica, resultando na atribuição de limitações à universalidade do sufrágio, à Constituição de 1822 o título de ser a vanguardista dentre as Constituições monárquicas.

Destaquemos, sobretudo, a posição do nobre constitucionalista português, Jorge Miranda⁸, que interpretou os períodos constitucionais portugueses cabíveis em três fases: uma principiante fase de controle político (1822 a 1911); uma segunda fase (1911 a 1976) e uma terceira fase, iniciada com a vigência da Constituição de 1976.

Jorge Miranda afirma que não há como negar a existência de um controle político em Portugal, bem como em muitos países europeus, a exemplo da prevalência dos governos despóticos e absolutistas, que sofreram fortemente a influência dos valores trazidos pelas revoluções liberais; pois, para explanar, vejamos que em 1822, o Congresso, que fora eleito no ano de 1821, cuidou de elaborar a Constituição de 1822, a primeira Constituição portuguesa de caráter monárquico constitucional, após a Revolução ocorrida em 1820 e, assim, se deu a supervalorização dos preceitos defendidos pelo Parlamento, representante da vontade geral, que afastou os métodos, meramente políticos, pregados pelas Cortes.

1.1.2. Constituição de Portugal de 1826

De início, contextualizemos a conjuntura em que adveio a Constituição de 1826. Logo no ano de 1823, ocorreu a Revolução de Vilafrancada, a qual foi liderada pelo Infante Dom Miguel, filho de Dom João VI e Carlota Joaquina, e, junto dos setores mais tradicionalistas da sociedade, reclamavam a restauração do absolutismo.

Apesar do referido levante ter caráter absolutista, encorajado pelas tropas francesas que invadiram a Espanha, com o fim de esmagar o regime constitucional, os ideais liberais, todavia, já estavam arraigados desde a Revolução de 1820, ocasião em que Dom João VI, ao vislumbrar de maneira mais realista e sensata o contexto, prometeu a elaboração de uma Carta Constitucional.

⁸ MIRANDA, Jorge. *O controle da constitucionalidade em Portugal. Antecedentes e criação do órgão da Justiça Constitucional*. Revista da Faculdade de Direito da PUCRS: O ensino jurídico no limiar do novo século. Edição comemorativa do Cinquentenário (1947-1997). Porto Alegre: Edipucrs, 1997: p. 467.

No ano de 1826, após a morte de D. João VI, o seu sucessor, D. Pedro IV, outorgou uma Carta Constitucional redigida no Brasil sob a sua ordem, cuja característica central é o tradicionalismo e opção pelo conservadorismo frente à promulgação de constituições populares, muito menos liberal que a Constituição Política da Monarquia Portuguesa de 1822. D. Pedro passou a ser, concomitantemente, Rei de Portugal e Imperador do Brasil, porém, teve um curto reinado, já que dias depois de assinar a Carta de 1826 abdicou do trono português, sendo sucedido pela filha.

Nesta Constituição vivencia-se a independência do Brasil, a publicação da Constituição brasileira de 1824. Tal Constituição influenciou em demasia grande parte da Constituição de Portugal. Fato curioso é que a Constituição brasileira de 1824 sofreu forte influência da Constituição outorgada por Luís XVIII, na França, em 1814, e naturalmente do texto constitucional português anterior, de 1822. Sendo assim, de ricochete a Carta Constitucional Portuguesa de 1824 sofre forte influência da Carta Francesa. Ademais, não se pode olvidar a influência da doutrina de Benjamin Constant.

Esta Constituição era muito mais branda que a Carta vintista, sendo que D. Pedro atribuía a essa um radicalismo perturbador da ordem monárquica portuguesa, fato que responsabilizou a Carta de 1826 como o divisor de águas, pois a mesma bipolarizou os indivíduos, já que, de um lado, fora firmado um compromisso entre os Liberais, defensores da Constituição de 1822; em contrapartida, estavam os Absolutistas partidários do retorno a um regime autocrático, apoiadores da Constituição de 1826.

A referida Carta fora outorgada por D. Pedro IV, deixando mitigados alguns direitos sociais e individuais consagrados na Constituição de 1822, todavia, ainda deixou resquícios desses direitos. A grande novidade trazida por esta Carta é a instalação do poder moderador, um quarto poder, que despreza o princípio da soberania popular e concede ao Monarca um importante papel na ordem jurídica do Estado.

Nesta Constituição o sistema representativo se modificou como um todo, pois a representação legislativa era bicameral, Câmara dos Deputados e Câmara dos Pares. A Câmara dos Deputados era eletiva e temporária e a dos Pares, vitalícia e hereditária, com nomeados pelo rei e sem número fixo, reservada aos setores da nobreza e do clero.

Uma das grandes peculiaridades desta Carta era a manutenção da clássica separação de poderes e a instalação do poder moderador, como dito acima, sendo uma das suas atribuições o poder de dissolver a Câmara dos Deputados, assim consagrando amplos poderes e prerrogativas reais que anulavam na prática o poder legislativo.

O poder executivo também é cometido ao Rei, que governa por meio de seus ministros. No tocante ao poder judicial, temos que é independente, consistindo no sistema de juízes e jurados.

A Carta, além de restringir o voto para a Câmara dos Deputados somente a classe média alta, também elenca os direitos dos cidadãos no Título VIII, como o direito de liberdade de expressão, oral e escrita; o direito de segurança pelo qual ninguém pode ser preso sem culpa formada; o direito de propriedade; o princípio da não retroatividade das leis; a liberdade de trabalho e de empresa e a gratuidade da instrução primária.

Por fim, a Carta mencionada vigeu por dois anos, até a restauração do absolutismo, em 1828; por mais dois anos, no período entre o fim da guerra civil, em 1834, e a Revolução de Setembro de 1836; e, também, por um longo tempo de 1844 até o ano de 1910; tendo passado por várias revisões designadas por Actos Adicionais, nos quais o Rei fora perdendo cada vez mais seu poder, evoluindo assim para um regime parlamentar dualista.

Destarte, esta Carta não se inspirou nas aspirações democráticas da Constituição de 1822, bem como a qualidade marcante de concentrar os poderes demonstrou um retrocesso democrático face à Carta de 1822.

1.1.3. Constituição de Portugal de 1838

A Revolução de Julho de 1830, ocorrida na França, instituiu uma corrente propensa a um liberalismo transparente, com a representação do povo por uma Assembleia Nacional desvinculada da vontade do monarca. Portanto, a consequência política em Portugal foi a Revolta de Setembro de 1836, a abolição da Carta de 1826 e a reposição provisória da Constituição de 1822, enquanto não era elaborada nova Lei Fundamental.

Com o sucesso da Revolução de Setembro, o novo Governo estabelecido em nada surpreende ao ser composto por revoltosos oriundos da pequena e média burguesia ascendente, industrial, comercial e das profissões liberais.

Desse modo, a Constituição de 1838 uniu as facetas da Constituição de 1822 e da Carta Constitucional de 1826, como uma síntese dos textos. Essa Carta aboliu o Poder Moderador, retornando à clássica tripartição de poderes, manteve o bicameralismo, no entanto, sem atribuir natureza aristocrática à segunda Câmara, o Senado, que, por sua vez, era eletiva e temporária. O veto absoluto do rei e a descentralização administrativa foram as características mais expressivas do novo texto constitucional, texto de compromisso, precário por consequência.

Sendo assim, representou uma importante diferença em relação à Carta Constitucional, evidenciando a natureza das forças sociais triunfantes na Revolução de Setembro. O direito de voto permaneceu censitário embora a renda líquida anual exigida baixasse em 20%. A eleição quer dos senadores quer dos deputados, passou a ser direta, embora as condições para ser eleito membro da segunda Câmara fossem particularmente exigentes. Novos direitos fundamentais surgiram pela primeira vez: a liberdade de associação, a liberdade de reunião e o direito de resistência.

Confrontando-se a Constituição de 1822 e a Constituição de 1838, verifica-se que esta vai aos poucos se assemelhando ao radicalismo da primeira, as suas características dominantes consistem na supressão do poder moderador, instituído pela Carta, e em manter o sistema bicamário, mas dando a Câmara dos Senadores uma composição diferente, haja vista que, em vez de ser formada por membros vitalícios e hereditários do alto clero e da nobreza, é formada por senadores eleitos pelo povo e escolhidos entre as pessoas de maior categoria. A eleição dos deputados era feita por sufrágio direto, tendo os candidatos que reunir determinadas condições.

O retorno da reação Cartista ao poder, por via do Governo de Costa Cabral, firmou a reposição de vigência da Carta Constitucional em 1844.

Os anos seguintes foram marcados por revoltas populares grandiosas, como a Maria da Fonte e a Patuleia, derrotadas somente através da intervenção militar espanhola e inglesa, pondo em evidência a contradição entre os interesses de classe da burguesia liberal dominante e as camadas populares excluídas de qualquer participação no sistema político instituído pela Carta. (FILPE, 2010)

Contudo, foi efêmera a sua vigência, já que, em 10 de Fevereiro de 1842, Costa Cabralé, saudado com vivas à Carta na sua chegada ao Porto e ao regressar à Lisboa, arquitetou e executou um golpe de Estado e restaura a Carta Constitucional de 1826.

1.1.4. Constituição de Portugal de 1911

Conforme já mencionado, a Revolução de 5 de Outubro de 1910 precedeu e influenciou diretamente a Constituição portuguesa de 1911. Nesse período, dentre os acontecimentos políticos que mais foram condicionantes na feitura do Texto Magno de 1911, podemos destacar a instauração da República Parlamentar portuguesa, em detrimento do regime monárquico ora em vigor naquela época.

Ressaltamos, ainda, que a referida Lei Maior também sofreu influências de outros

diplomas legais, a exemplo das Constituições suíça e brasileira, no ano de 1891, conforme afirma o exímio professor Vital Moreira⁹:

Da Constituição suíça de 1891 reteve-se a impossibilidade de dissolução das câmaras pelo presidente e referendo local. Da Constituição brasileira de 1891 reteve-se a fiscalização judicial das leis, o *habeas corpus*, a equiparação de direitos entre portugueses e estrangeiros, etc. (MOREIRA, Vital)

Ainda em relação a origem e a elaboração da Constituição de 1911, um ponto curioso é o fato de que a aprovação dessa Constituição se deu por meio da Assembleia Nacional Constituinte, eleita pelo povo, que foi responsável tanto em elaborar a redação do referido Texto Constitucional quanto em aprová-lo¹⁰.

No que diz respeito aos direitos fundamentais, a Carta Constitucional em questão, dado a influência liberal vivenciada pela mesma, ainda consagrava direitos fundamentais de proteção do indivíduo contra o Estado. Apesar disso, o ideário republicano estava presente, haja vista que, semelhante a um dos dispositivos da CRFB/88, houve, até mesmo, a instituição de uma cláusula que impedisse a taxativização dos direitos fundamentais, de forma a admitir a existências deles fora do texto constitucional.

Como forma de fazer uma breve explanação dos princípios que nortearam a Constituição portuguesa de 1911, em seu regime republicano, citaremos alguns deles, conforme já asseverou o professor Dr. Vital Moreira¹¹.

- *Princípio Republicano (art. 1º)*

Artigo 1º A Nação Portuguesa, organizada em Estado Unitário, adota como forma de governo a República, nos termos desta Constituição¹².

- *Princípio da soberania nacional (art. 5º)*

Artigo 5º A Soberania reside essencialmente em a Nação.

⁹ MOREIRA, Vital. **História do Constitucionalismo Português**. Texto que serviu de base às Lições de Direito Constitucional do Prof. Doutor Vital Moreira, na parte relativa ao constitucionalismo português.

¹⁰ Assembleia constituinte soberana. (MOREIRA, Vital)

¹¹ MOREIRA, Vital. **História do Constitucionalismo Português**. Texto que serviu de base às Lições de Direito Constitucional do Prof. Doutor Vital Moreira, na parte relativa ao constitucionalismo português.

¹² **Constituição de Portugal, de 21 de agosto de 1911**. Disponível em: <<http://www.parlamento.pt/Parlamento/Documents/CRP-1911.pdf>>. Acesso em: 6 julho 2017.

- *Princípio representativo* – Apesar de não positivado, esse princípio é resultado lógico no texto constitucional republicano.

- *Princípio da separação de poderes (art. 6º)*

Artigo 6º São órgãos da Soberania Nacional o Poder Legislativo, o Poder Executivo e o Poder Judicial, independentes e harmónicos entre si.

Por fim, em relação ao controle de constitucionalidade na Constituição portuguesa, apesar de o controle político das leis ter sido o elemento dominante do constitucionalismo monárquico, a primeira Constituição portuguesa da época republicana – a Constituição de 1911 – consagrou um sistema de fiscalização da constitucionalidade de tipo judicial difuso incidental e concreto¹³. Senão vejamos:

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

Tendo a sua raiz no sistema da judicial *review* americana, foi consagrado em Portugal por influência direta da Constituição brasileira de 1891, havendo a solução portuguesa sido pioneira na Europa. Esse tipo de controle da constitucionalidade foi seguido pela Constituição de 1933. (CASTRO, 2005, p. 2)

1.1.5. Constituição de Portugal de 1933

A Constituição portuguesa de 1933 foi implementada em um contexto de bastante instabilidade política, advinda tanto da 1ª República quanto da Revolução de Maio de 1926, que deu início a um período de Ditadura Militar.

O Diploma Legal de 1933 não rompeu totalmente com os institutos e princípios elencados nas constituições portuguesas anteriores. Importante ressaltar, ainda, que a referida Lei Maior sofreu influências, embora superficiais, da Constituição de Weimar e experiências fascista, além de ter servido também como influência para constituições estrangeiras, a exemplo

¹³ CASTRO, Catarina Sarmiento e. **Modelos de Justiça Constitucional**. Portugal. IV Conferência da Justiça Constitucional da Ibero-América. Relatório do Tribunal Constitucional Português. 2005, p. 2.

das Constituições austríaca, brasileira e egípcia, de 1934, 1937 e 1956, respectivamente, conforme afirma o professor Dr. Vital Moreira.

Cabe, ainda, mencionar que o projeto que deu origem a Constituição de 1933 foi submetido a uma consulta popular – plebiscito -, no dia 19 de março de 1933, tendo sido aceito pela maioria dos portugueses.

Valendo-se dos ensinamentos do professor Dr. Vital Moreira, partiremos, agora, para alguns dos pontos relevantes que foram instituídos na vigência do Texto Magno de 1933:

- *Condensação dos Direitos Fundamentais (art. 8º)* – reconhecimento de vários direitos sociais;
- *Princípio da soberania nacional (art. 71º)*;
- *Princípio republicano (art. 5º)*;
- *Princípio corporativo (art. 5º)*;
- *Princípio da separação dos poderes* - não está expresso, mas pode ser interpretado a partir do art. 71º.

No mais, conforme afirmado no tópico anterior, a Constituição de 1933 seguiu o mesmo modelo de controle de constitucionalidade da Carta Constitucional de 1911, como evidenciado em seu art. 123º. Ademais, após a revisão operada em 1971, o referido Texto Constitucional de 1933 veio a possibilitar a institucionalização de um sistema de controle político, traduzido na fiscalização abstrata concentrada da constitucionalidade a cargo da Assembleia Nacional (artigo 91.º, n.º 2), a par da fiscalização judicial difusa já anteriormente em vigor. (CASTRO, 2005, p. 2)

1.1.6. Constituição de Portugal de 1976

A Constituição de 1976, a qual foi comemorada por muitos cidadãos, haja vista que fora promulgada após o período sombrio da ditadura de Salazar, consagrou três tipos de forma de controle constitucional, o controle difuso, o concreto e incidental dos atos normativos, onde possui também uma peculiaridade, haja vista não abranger apenas o controle das normas constitucionais, mas também das normas ilegais, sendo que tais discussões serão aprofundadas no decorrer do trabalho.

A possibilidade desse controle ser exercido a qualquer julgador, tanto de maneira

singular, como em colegiado, de maneira incidental por alegativa de qualquer das partes, do próprio Ministério Público ou *ex officio* do próprio magistrado foi uma grande evolução para época, pois, como já dito, vinha de uma era tomada pelo terror e pelo cerceamento de direito.

O Texto Magno de 1976 adotou o mesmo sistema misto de fiscalização da constitucionalidade ora implementado nas Constituições anteriores, muito embora tivesse criado a Comissão Constitucional como órgão de controle, de funções híbridas, quer enquanto órgão consultivo do Conselho da Revolução em matéria de fiscalização abstrata da constitucionalidade, quer como instância de recurso das questões de inconstitucionalidade suscitadas perante os tribunais. O Conselho da Revolução desempenhava então, entre outras, funções de fiscalização política da constitucionalidade.

1.3 O CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE NAS CONSTITUIÇÕES DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL

O Brasil tem como matriz o modelo norte-americano, porém, admitindo posteriormente o controle político preventivo típico da França e, por fim, passou-se a admitir o controle concentrado abstrato do modelo europeu. Sendo assim, o controle de constitucionalidade no Brasil é considerado um modelo misto/eclético ou híbrido, pois todas as possibilidades supramencionadas foram agregadas.

Conclui-se, então, que, em tema de controle de constitucionalidade, podemos observar que nosso país tem desenvolvido um complexo sistema cujos elementos foram importados de outras plagas, embora aqui sejam aperfeiçoados de modo absolutamente peculiar, a introduzir uma síntese que surge como característica original do nosso Direito Constitucional. (FILHO, 2008, p. 1)

Sendo assim, de antemão, antes de adentrarmos na análise histórica específica sobre o controle de constitucionalidade nas Constituições brasileiras, de maneira a compreendermos como se deu a evolução desse sistema e de seus institutos nos Diplomas Legais brasileiros, a título de didática, faremos, a seguir, uma breve sistematização do conteúdo histórico geral presente nas Cartas Magnas brasileiras (PINTO, 2012)¹⁴.

Constituições Brasileiras	Principais características
---------------------------	----------------------------

¹⁴ PINTO, Marcos José. **Um breve histórico sobre as Constituições Brasileiras**. Disponível em:<<http://www.conteudojuridico.com.br/artigo,um-breve-historico-sobre-as-constituicoes-brasileiras,36050.html>>. Acesso em: 12 de julho de 2017.

Constituição de 1824	Governo Monárquico, hereditário, Constitucional e representativo; Forma unitária de Estado (inexistia a divisão dos Estados em entes Federativos); Território: As antigas capitanias hereditárias foram transformadas em províncias; Dinastia Imperante: Dom Pedro I, durante o império. Tivemos, também, a de D. Pedro II; Religião oficial do Império: Católica Apostólica Romana; Capital do Império: Rio de Janeiro (1822/1889); Organização dos Poderes: não se adotou a função tripartida de Montesquieu. Além das funções legislativa, executiva e judiciária, adotou-se a função Moderadora (4º Poder); Poder Legislativo, exercido pela Assembleia Geral, com sanção do Imperador – bicameral (Câmara dos Deputados e Senado); Eleições Indiretas; Sufrágio: Censitário (votava somente quem tinha renda); Poder Executivo: exercido pelo Imperador; Poder Judiciário: independente e composto de juízes e jurados. O órgão de cúpula do judiciário era o Supremo Tribunal de Justiça; Poder Moderador: assegurava a estabilidade do trono; Quanto à alterabilidade: Semi-rígida; Liberdades públicas com Declaração de direitos e garantias.
Constituição de 1891	Forma de Governo e regime representativo. A República Federativa foi adotada como Forma de Governo e, ainda, a união perpétua e indissolúvel das antigas Províncias; Distrito Federal era a Capital do Brasil, no Rio de Janeiro; Estado laico: não há mais religião oficial; Organização dos Poderes: Extinção do Poder Moderador, adotando-se a “Tripartição dos Poderes” de Montesquieu; Poder Legislativo: Exercido pelo Congresso Nacional, com a sanção do Presidente da República; Poder Judiciário: Órgão máximo, Supremo Tribunal Federal (surge o controle difuso de constitucionalidade). Juízes vitalícios e com vencimentos irredutíveis; Poder Executivo: Exercido pelo Presidente da República; Quanto à alterabilidade: Rígida; Declaração de Direitos: Aboliu-se a pena de Galés, banimento e de morte.
Constituição de 1934	Forma de Governo e regime representativo. Mantém como forma de Governo, sob o regime representativo, a República Federativa; Capital da República: Distrito Federal, na cidade do Rio de Janeiro; Inexistência de religião oficial: País laico;

	Organização dos Poderes: Teoria clássica de Montesquieu “Tripartição dos Poderes”, porém, diminui o poder dos Estados membros e aumenta o poder da União; Poder Legislativo: Exercido pela Câmara dos Deputados, com a colaboração do Senado Federal. Estabelecia-se um bicameralismo desigual ou unicameralismo perfeito, pois o Senado Federal era mero colaborador da Câmara dos Deputados; Poder Executivo: exercido pelo Presidente da República; Poder Judiciário: Estabelecidos como órgãos do Poder Judiciário: a Corte Suprema, os juízes e Tribunais federais, os juízes e Tribunais militares, os juízes e Tribunais eleitorais; Quanto à alterabilidade: Rígida; Declaração de direitos: Constitucionaliza-se o voto feminino, secreto, mandado de segurança e ação popular.
Constituição de 1937	Forma de Governo. De acordo com o art. 1º, o Brasil é uma República; Forma de Estado: Estado Federal, com os poderes todos concentrados na União; Capital da República: Distrito Federal, na cidade do Rio de Janeiro; Inexistência de religião oficial: País laico; Organização dos “Poderes”: Teoria clássica de Montesquieu “Tripartição dos Poderes”; Poder Legislativo: Desaparece o Senado. Conforme o art. 38, o Poder Legislativo seria exercido pelo Parlamento Nacional com a colaboração do conselho da Economia Nacional e do Presidente da República; Poder Executivo: Segundo o art. 73, o Presidente da República era a autoridade soberana do Estado, podendo até fechar o Legislativo; Eleições indiretas para Presidente (mandato de seis anos); Poder Judiciário. Órgãos do judiciário: STF, os juízes e Tribunais dos Estados, do D.F. e dos Territórios, os juízes e Tribunais militares; Supressão de direitos fundamentais: Sem previsão do mandado de segurança e da ação popular, direito de greve. Pena de morte para crimes políticos e homicídio cometido por motivo fútil e com extremos de perversidade. A tortura foi utilizada como instrumento de repressão. Censura prévia à imprensa; Conquista de direitos e vantagens trabalhistas: Consolidação das Leis do Trabalho (CLT);
Constituição de 1946	Criação da FEB (Força Expedicionária Brasileira); Forma do Governo: era a Republicana; Forma de Estado: Federativa (com autonomia); Capital da União: O D.F. continuou como Capital da União (no Rio de Janeiro). Contudo, será transferida para o Planalto Central com a construção de Brasília.

	Inexistência de religião oficial: País laico; Organização dos Poderes: “Tripartição dos Poderes”, de Montesquieu; Poder Legislativo: era exercido pelo Congresso Nacional; Poder Executivo: O Presidente da República deveria ser eleito de forma direta (mandato de cinco anos). Poder Judiciário: STF, Tribunal Federal de Recursos, juízes e Tribunais militares, juízes e Tribunais eleitorais, juízes e Tribunais do trabalho; Declaração de direitos: Restabelecidos o mandado de segurança e a ação popular. Reconhecido o direito de greve. Foi excluída a pena de morte, o banimento e o confisco.
Constituição de 1967-69	Forte preocupação com a segurança nacional; Forma de Governo: República; Forma de Estado: embora o art. 1º determinasse ser o Brasil uma República Federativa, este se aproximava mais de um Estado unitário centralizado do que Federalismo; Capital da União: D.F., agora em Brasília; Inexistência de religião oficial: País laico; Organização dos Poderes: “Tripartição dos Poderes”, de Montesquieu; Poder Legislativo: Exercido pelo Congresso Nacional; Poder Executivo: Fortalecido (mandato de quatro anos); Poder Judiciário: STF, Tribunais Federais de Recursos e juízes Federais, Tribunais e juízes militares, Tribunais e juízes eleitorais, Tribunais e juízes do trabalho; Declaração de direitos: O art. 151 previa a suspensão, por 10 anos, de direitos políticos, maior eficácia na previsão dos direitos dos trabalhadores, possibilidade de perda de propriedade para a reforma agrária; Sistema tributário: Ampliou-se a técnica do federalismo cooperativo. <i>(EC n.1, de 17.10.1969) - As três principais alterações promovidas pela citada emenda constitucional foram:</i> 1. Estabelecimento de eleições indiretas para o cargo de Governador de Estado; 2. Ampliação do mandato presidencial para cinco anos; 3. Extinção das imunidades parlamentares.
Constituição de 1988	Ampliação do pluripartidarismo; Erradicação da censura à imprensa; Consolidação do sindicalismo e de grandes centrais (CUT, CGT, etc.); Garantia de direitos de 1ª, 2ª e 3ª gerações, incluindo um capítulo sobre meio ambiente (art. 225); Primeiro Plebiscito: Manutenção da República Constitucional e do Sistema Presidencialista de Governo;

	Estado Democrático, sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, firmada na harmonia social e tendo como finalidade, tanto na ordem interna quanto externa, a solução pacífica das controvérsias; Forma de Estado: Federação, composta por Estados-Membros; Poder Executivo: Presidente da República; Poder Judiciário: STF é o órgão de cúpula. Superior Tribunal de Justiça (STJ) – responsável pela uniformização da interpretação da Lei Federal em todo Brasil; Declaração de direitos: Consolidação dos princípios democráticos e defesa dos direitos individuais e coletivos, o racismo e a tortura são considerados crimes inafiançáveis e imprescritíveis. Mandado de Injunção (art. 5º, LXXI); Mandado de Segurança Coletivo (art. 5º, LXX); <i>Habeas Data</i> (art. 5º, LXXII); Inexistência de religião oficial: Estado laico; Organização dos Poderes: “Tripartição dos Poderes”, de Montesquieu, com descentralização administrativa, dando-se poderes aos Municípios; Poder Legislativo: Bicameral, sendo exercido pelo Congresso Nacional; Quanto à alterabilidade: Constituição Rígida.
--	--

1.3.1 O controle de constitucionalidade na Constituição de 1824 – Brasil Império

A primeira Constituição brasileira foi promulgada dois anos após a independência do Brasil, ou seja, em 1824. A Constituição de 1824, Carta Constitucional do Brasil Império, outorgada por D. Pedro I, sofreu forte influência da doutrina filosófica europeia – notadamente da revolução francesa -, e, assim sendo, o foco das questões estatais estava no Parlamento, sendo que cabia ao Poder Legislativo criar as leis e interpretá-las. Em função disso, o controle de constitucionalidade que existia naquela época era essencialmente político, e o Poder Judiciário ficava alheio a tais questões. (PAGANELLA, 2007, p. 13-14)

Não obstante fosse por influência dos ideais advindos da Revolução Francesa, não foi esse o único motivo para o afastamento das questões constitucionais do Poder Judiciário. Além do fato de que naquela época a separação dos poderes tinha caráter absoluto, e, por esse motivo, cabia ao Legislativo à edição e interpretação das normas em geral, havia na Constituição de 1824 a previsão de um quarto Poder, chamado *Moderador*. Segundo a dicção do artigo 98 do texto constitucional de 1824:

O Poder Moderador é a chave de toda a organização [sic] Política, e é delegado privativamente ao Imperador, como Chefe Supremo da Nação, e seu Primeiro Representante, para que incessantemente vele sobre a manutenção da Independência [sic], equilíbrio [sic], e harmonia dos mais Poderes Políticos [sic].

De fato, a influência do Poder Moderador era tal, que o Imperador tinha a possibilidade de intervir nos demais Poderes, “[...] ficando quimérica a possibilidade de que o verdadeiro constituinte de 1824 fosse atribuir a órgão ou Poder outro a competência para controlar a constitucionalidade das leis” (PALU, 2001, p. 121).

Ademais, não caberia ao juiz interpretar as leis, mas tão somente aplicá-las. Assim sendo, a interpretação da lei, bem como a sua elaboração, revogação e as formas de suspensão, estariam restrita ao próprio Poder Legislativo, necessitando, ainda, da sanção do Imperador, uma vez que, por determinação constitucional, era atribuído a Assembleia Geral “velar na guarda da Constituição e promover o bem geral da Nação¹⁵”, conforme assevera o art. 15, incisos VIII e IX da referida Carta Imperial.

De acordo com essa linha de pensamento, o ilustre José Antônio Pimenta Bueno, em seu escrito *Direito Público Brasileiro e Análise da Constituição do Império*, leciona o seguinte:

Só o poder que faz a lei é o único competente para declarar por via de autoridade ou por disposição geral obrigatória o pensamento, o preceito dela. Só ele e exclusivamente ele é quem tem o direito de interpretar o seu próprio ato, suas próprias vistas, sua vontade e seus fins. Nenhum outro poder tem o direito de interpretar por igual modo, já porque nenhuma lei lhe deu essa faculdade, já porque seria absurda a que lhe desse. (BUENO, 1978, p. 69)

Nesse caso, nota-se que o controle de constitucionalidade das leis no Brasil Império era exercido pelo Poder Legislativo, embora sem contemplar um sistema que guardasse qualquer semelhança com os modelos atuais de controle.

1.3.2 O controle de constitucionalidade na Constituição 1891 – Federação

Adota, a Constituição de 24 de fevereiro de 1891, sob a inspiração de Rui Barbosa, o modelo norte-americano de controle (difuso e incidental), abandonando assim o padrão francês de organização política.

Apenas nesse momento é criada a Justiça Federal, a partir da colaboração de Rui Barbosa na elaboração da Lei de Organização Judiciária da Justiça Federal, em 1824, haja vista

¹⁵ **Constituição Política do Império do Brasil, de 25 de março de 1824.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao24.htm>. Acesso em: 6 de julho 2017.

que, antes disso, não havia uma federação, o Estado brasileiro era unitário. Além disso, também só foi a partir desse momento que o Supremo Tribunal de Justiça passa a se chamar Supremo Tribunal Federal. Apesar da figura do Supremo existir desde do Brasil Império, a nomenclatura Federal somente aparece neste momento, em 1891.

Como herança do padrão estadunidense de organização do Poder, a Constituição de 1891, além de adotar uma denominação similar para o País (Estados Unidos do Brasil), implementou as instituições da república, federação, presidencialismo e, até mesmo, o modelo de sistema do *Common Law*, da jurisdição Universal (*judicial review*), em detrimento do modelo francês, que outrora vigorava no Império. (FILHO, 2008, p. 5)

Além disso, e ainda decorrente da influência do direito norte-americano sobre a figura de Rui Barbosa, a República Velha teve a honra de introduzir em nosso sistema o controle difuso de constitucionalidade, já consagrado na chamada Constituição Provisória de 1890 (art. 58, § 1º, *a e b*).

O Decreto nº 848, de 11 de outubro de 1890, em seu art. 3º, estabeleceu que, “na guarda e aplicação da Constituição e das leis nacionais, a magistratura federal só intervirá em espécie e por provocação da parte”. Referente a esse dispositivo, Celso Agrícola Barbi, afirma que ele “consagra o sistema de controle por via de exceção, ao determinar que a intervenção da magistratura só se fizesse em espécie e por provocação de parte¹⁶”.

Dessa forma, como alude o Min. Gilmar Ferreira Mendes¹⁷:

Estabelecia-se, assim, o julgamento incidental da inconstitucionalidade, mediante provocação dos litigantes. E tal qual prescrito na Constituição Provisória, o art. 9º, parágrafo Único, *a e b*, do Decreto nº 848, de 1890, assentava o controle de constitucionalidade das leis estaduais ou federais. (MENDES; MARTINS, 2009)

No entanto, o referido modelo de controle, naquele período, foi muito restrito, quase inexistente, não só pela formação privatística do juiz, acostumado ao sistema jurídico do *Civil Law*, como, também, pela falta de instrumentos jurídicos que permitissem aos tribunais – e principalmente o Supremo Tribunal Federal – a plena efetividade de tais funções.

Asseverava a Constituição de 1891, em seu art. 59, § 2º, que ao Supremo Tribunal Federal cabia processar e julgar, em grau de recurso, as causas decididas pelos juízes e tribunais federais e, quanto às justiças estaduais, dispunha no mesmo art. 59, § 1º:

¹⁶ Celso Agrícola Barbi, *Evolução*, RDP, cit., p. 37; Oswaldo Aranha Bandeira de Mello, *Teoria das Constituições rígidas*, cit., p. 156.

¹⁷ MARTINS, Ives Gandra da Silva; MENDES, Gilmar Ferreira. **Controle Concentrado de Constitucionalidade**. Saraiva, ed. 3ª, 2009.

Art. 59. Ao Supremo Tribunal Federal compete:

(...)

§ 1º Das sentenças das justiças dos Estados em última instância haverá recurso para o Supremo Tribunal Federal:

- a) quando se questionar sobre a validade ou aplicação de tratados e leis federais, e a decisão do tribunal do Estado for contra ela;
- b) quando se contestar a validade de leis ou de atos dos governos dos Estados em face da Constituição, ou das leis federais, e a decisão do tribunal do Estado considerar válidos esses atos, ou essas leis impugnadas.

§ 2º Nos casos em que houver de aplicar leis dos Estados, a justiça federal consultará a jurisprudência dos tribunais locais, e, vice-versa, as justiças dos Estados consultarão a jurisprudência dos Tribunais federais, quando houverem de interpretar leis da União.

Art. 60 (...)

- a) Compete aos juízes ou tribunais federais processar e julgar as causas, em que alguma das partes fundar a ação, ou a defesa, em disposição da Constituição Federal.

Art. 61. As decisões dos juízes ou tribunais dos Estados, nas matérias de sua competência, porão termo aos processos e às questões, salvo quanto a:

1º habeas corpus,

2º espólio de estrangeiro, quando a espécie não estiver prevista em convenção, ou tratado.

Em tais casos haverá recurso voluntário para o Supremo Tribunal Federal.

Em relação ao referido instituto, Rui Barbosa¹⁸, em um de seus magníficos trabalhos elaborado em 1893, destacou:

A redação é claríssima. Nela se reconhece, não só a competência das justiças da União, como a das justiças dos Estados, para reconhecer a legitimidade das leis perante a Constituição. Somente se estabelece, a favor das leis federais, a garantia de que, sendo contrária à subsistência delas a decisão do tribunal do Estado, o feito pode passar, por via de recurso, para o Supremo Tribunal Federal. Este ou revogará a sentença, por não procederem as razões de nulidade, ou a confirmará pelo motivo oposto. Mas, numa ou noutra hipótese, o princípio fundamental é a autoridade reconhecida expressamente no texto constitucional, a todos os tribunais, federais, ou locais, de discutir a constitucionalidade das leis da União, e aplica-las, ou desaplicá-las, segundo esse critério. É o que se dá, por efeito do espírito do sistema, nos Estados Unidos, onde a letra constitucional, diversamente do que ocorre entre nós, é muda a este propósito. (BARBOSA, 1962, p. 54-55)

Como forma de explicitar ainda mais o sistema judicial de controle de constitucionalidade, já bem evidente nesses artigos ora analisados, de forma a não deixar mais dúvidas, a Lei de nº 221, de 20 de novembro de 1894, em seu art. 13, § 10, dispôs:

Os juízes e tribunais apreciarão a validade das leis e regulamentos e deixarão de aplicar aos casos ocorrentes as leis manifestamente inconstitucionais e os regulamentos manifestamente incompatíveis com as leis ou com a Constituição.

¹⁸ Rui Barbosa, Os atos inconstitucionais do Congresso e do Executivo, in *Trabalhos jurídicos*, Rio de Janeiro, casa de Rui Barbosa, 1962, p. 54-55.

Destarte, foi nesses termos que a Constituição de 1891 consolidou no direito brasileiro o sistema de controle difuso de constitucionalidade.

1.2.3 A Constituição de 1934 e o controle de constitucionalidade

A Constituição promulgada em 16 de julho de 1934 teve um curto período de vigência, entretanto, foi capaz de introduzir significativas e importantes alterações no sistema de controle de constitucionalidade brasileiro, evidenciando, por exemplo, em seu anteprojeto, que fazia parte da competência do Supremo “interpretar conclusivamente a Constituição, em todo o território brasileiro”.

Este diploma constitucional, o terceiro do nosso país, manteve o controle difuso de normas, e previu, pela primeira vez, uma forma concentrada de fiscalização.

Com efeito, diz-se que a forma concentrada de controle chegou ao ordenamento jurídico brasileiro por influência do direito austríaco, baseado na teoria de Hans Kelsen. Isto é, fora outorgado a um órgão jurisdicional específico – o STF –, a competência para julgar uma suposição abstrata de inconstitucionalidade; em outras palavras, cabia – e ainda hoje cabe – ao Supremo o julgamento de uma ação de inconstitucionalidade sem partes no processo, e sem litígio concreto.

O legislador constituinte de 1934 foi consideravelmente influenciado pelas soluções políticas e jurídicas decorrentes, principalmente, da Constituição alemã de 1919, conhecida por Constituição de Weimar, por ter sido promulgada na pequena cidade de Weimar. (FILHO, 2008, p. 8)

A referida Lei Maior trouxe ao menos quatro inovações importantes, que perduraram até a atual Constituição (CRFB/88) em vigor no Estado brasileiro. Senão vejamos:

1. *Reserva de Plenário*: o tribunal declarará a inconstitucionalidade de uma lei através de seu plenário, e não por uma turma ou câmara.

De acordo com o esse instituto, com vistas a evitar a insegurança jurídica decorrente das divergências de entendimentos dos tribunais, o constituinte de 1934 determinou que somente a maioria da totalidade de membros dos tribunais poderia declarar a inconstitucionalidade de uma

lei ou ato do Poder Público, como estava contido no art. 179 do anteprojeto¹⁹:

Art. 179. Só por maioria absoluta de votos da totalidade dos seus juízes, poderão os tribunais declarar a inconstitucionalidade de lei ou de ato do poder público.

Tal disposição está igualmente prevista na Constituição de 1988 da República Federativa do Brasil, em seu artigo 97, consolidando, entre nós, um modelo concentrado de controle de constitucionalidade.

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.

O anteprojeto da Constituição de 1934 estabelecia, também, que a inconstitucionalidade somente poderia ser decretada por votos de dois terços dos Ministros do Supremo, trazendo em seu art. 57 algumas importantes inovações no que diz respeito ao tema da inconstitucionalidade:

Art. 57. Não se poderá arguir de inconstitucional uma lei federal aplicada sem reclamação por mais de cinco anos.

§ 1º Supremo Tribunal não poderá declarar a inconstitucionalidade de uma lei federal, senão quando nesse sentido votarem pelo menos dois terços de seus Ministros.

§ 2º Só o Supremo Tribunal poderá declarar definitivamente a inconstitucionalidade de uma lei federal ou de um ato do Presidente da República. Sempre que qualquer Tribunal ou juiz não aplicar uma lei federal, ou anular um ato do Presidente da República, por inconstitucionais, recorrerá “*ex-officio*”, e com efeito suspensivo, para o Supremo Tribunal.

§ 3º Julgados inconstitucionais qualquer lei ou ato do Poder Executivo, caberá a todas as pessoas, que se acharem nas mesmas condições do litigante vitorioso, o remédio judiciário instituído para garantia de todo direito certo e incontestável.

2. *Resolução suspensiva do Senado Federal*: declarada a inconstitucionalidade, a declaração será encaminhada ao Senado Federal que poderá suspender a lei declarada inconstitucional.

Essa inovação trazida pelo Texto Magno de 1934, consagrava, em seu art. 91, inciso IV, que o Senado Federal era competente para “suspender a execução, no todo ou em parte, de qualquer lei ou ato, deliberação ou regulamento, quando hajam sido declarados inconstitucionais pelo Poder Judiciário”. Dispositivo esse que, combinado com o art. 96 do mesmo Diploma Legal, emprestava efeito *erga omnes* à decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal.

Art. 91. Compete ao Senado Federal:

¹⁹ NE: Publicado no Diário da Assembleia Nacional de 17 de novembro de 1933.

(...)

IV, suspender a execução, no todo ou em parte, de qualquer lei ou ato, deliberação ou regulamento, quando hajam sido declarados inconstitucionais pelo Poder Judiciário;

(...)

Art. 96. Quando a Corte Suprema declarar inconstitucional qualquer dispositivo de lei ou ato governamental, o Procurador Geral da República, comunicará a decisão ao Senado Federal para os fins do art. 91, n. IV, e bem assim à autoridade legislativa ou executiva, de que tenha emanado a lei ou o ato.

Buscava-se, com isso, dar eficácia as decisões tomadas pelo Supremo em sede de controle de constitucionalidade.

Por outro lado, na CRFB/88 a Resolução Suspensiva do Senado Federal, também, está expressa, como assevera o seu art. 52, X:

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;

(...)

3. *Representação Interventiva*: consistia em uma ação a ser proposta pelo Procurador-Geral da República da seguinte forma – se um estado violasse determinados princípios especificados pela própria Constituição, poderia haver uma intervenção Federal.

O procedimento previa que, em se constatando a violação dos princípios constitucionais consagrados no art. 7º, I, *a a h* pelo estado, a União criaria uma lei decretando a intervenção naquele estado. Tal lei apenas teria efeito depois que o Procurador-Geral da República ajuizasse a ação de Representação Interventiva e o Supremo analisasse a constitucionalidade da lei interventiva.

Até então, o controle de constitucionalidade realizado pelos tribunais brasileiros, na República Velha, adotava o modelo estadunidense e, a partir de 1934, com a representação para intervenção, passou também a adotar o padrão de controle de constitucionalidade que herdamos da Europa continental, com o modelo elaborado por Hans Kelsen para a Constituição austríaca de 1922, com a criação de tribunal ou corte constitucional como órgão vinculado ao Parlamento.

Desse modo, segundo Gilmar Mendes, essa previsão constitucional era uma “fórmula peculiar de composição judicial dos conflitos federativos” (2009), condicionando a eficácia da lei interventiva, de iniciativa do Senado (art. 41, §3º), à declaração de sua constitucionalidade pelo Supremo Tribunal (art. 12, §2º).

Art. 41. (...)

(...)

§ 3º Compete exclusivamente ao Senado Federal a iniciativa das leis sobre a intervenção federal, e, em geral, das que interessem determinadamente a um ou mais Estados”.

Art. 12. A União não intervirá em negócios peculiares aos Estados, salvo:

(...)

V - para assegurar a observância dos princípios constitucionais especificados nas letras *a* a *h* do art. 7º, n. I, e a execução das leis federais;

(...)

§ 2º Ocorrendo o primeiro caso do n. V a intervenção só se efetuará depois que a Corte Suprema, mediante provocação do Procurador Geral da República, tomar conhecimento da lei que a tenha decretado e lhe declarar a constitucionalidade.

(...)

De uma forma mais clara, caso o Supremo entendesse constitucional a lei interventiva, haveria intervenção. Logo, a ação é o meio pelo o qual se mobiliza o STF a analisar a constitucionalidade da lei de intervenção criada pela União.

É por conta disso que Pedro Calmon, analisando o referido mecanismo sob um outro ponto de vista, se refere a esse controle como sendo um sucedâneo do direito de veto, haja vista que se atribui à Suprema Corte o poder de declarar a constitucionalidade da lei de intervenção e afirmar a inconstitucionalidade da lei ou ato estadual.

Pontes Miranda, em relação a representação para a intervenção, advertiu que não se trata de uma análise política e, sim, de uma decisão baseada em fundamentos técnicos e jurídicos.

Tal mecanismo existe hoje, muito embora em um formato diferente do original, e está presente no artigo 36, III da CRFB/88:

Art. 36. A decretação da intervenção dependerá:

(...)

III - de provimento, pelo Supremo Tribunal Federal, de representação do Procurador-Geral da República, na hipótese do art. 34, VII, e no caso de recusa à execução de lei federal. (*Redação dada pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004*)

(...)

4. *Mandado de Segurança*: ainda que não tenha por característica ser uma ação específica para o controle direto de constitucionalidade, sua finalidade como ação própria para proteção de liberdades individuais garantidas pela constituição, acaba por garantir a efetividade da Constituição.

Nesse sentido, é considerado um mecanismo importante para o controle de constitucionalidade, possibilitando que os atos das autoridades fossem impugnados, desde que fundados em lei inconstitucional.

Como se sabe, está previsto no ordenamento jurídico até hoje – artigo 5º, inciso LXIX da CRFB/88, cabe mencionar, ainda, que, com o passar dos anos, o mecanismo do MS foi ampliado.

Por fim, não se pode olvidar que o sistema da Constituição de 1934 conferia ao Senado Federal o papel de coordenador dos Poderes federais (Legislativo, Executivo e Judiciário), sendo que, como afirma Pontes Miranda, “tal atribuição outorgava ao Senado Federal um pouco da função de Alta Corte Constitucional (...)”²⁰, o que não foi incorporado pelas Constituições posteriores a de 1934.

Art. 88. Ao Senado Federal, nos termos dos arts. 90, 91 e 92, incumbe promover a coordenação dos poderes federais entre si, manter a continuidade administrativa, velar pela Constituição colaborar na feitura de leis e praticar os demais atos de sua competência.

Note-se que em que pese tenha sido a que menos tempo ficou em vigor na história do Brasil, a Constituição de 1934 trouxe grandes avanços no campo do controle de constitucionalidade, revolucionando o constitucionalismo brasileiro, de maneira que estabeleceu regras gerais que subsistem até hoje no país.

1.3.4 O controle de constitucionalidade na Constituição de 1937 – Estado Novo

Essa Carta, de 10 de novembro de 1937, outorgada por Getúlio Vargas, teve um caráter ditatorial. Ficou conhecida como Constituição Polaca, já que tomou por base a Constituição Polonesa de características fascistas, fato que trouxe repercussão sobre a questão do controle de constitucionalidade, resultando em um retrocesso desse sistema.

A Constituição de 1937 deixou de lado a competência do Senado para suspender atos declarados inconstitucionais pelo Poder Judiciário, manteve a cláusula de reserva de plenário (artigo 96), e proibiu o Poder Judiciário conhecer de questões exclusivamente políticas (artigo 94), repetindo preceito contido na Carta de 1934.

Mas a grande característica inserida na nova Constituição, que causou polêmicas no universo jurídico brasileiro, foi outra. Mendes (2009, p. 1088) ensina que:

²⁰ Pontes Miranda, *Comentários à Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil*, Rio de Janeiro, Ed. Guanabara, 1938, v. 1, p. 364.

embora não tenha introduzido qualquer modificação no modelo difuso de controle (art. 101, III, *b e c*), preservando, inclusive, a exigência de quórum especial para a declaração de inconstitucionalidade (art. 96), o constituinte rompeu com a tradição jurídica brasileira, consagrando, no art. 96, parágrafo único, princípio segundo o qual, no caso de ser declarada a inconstitucionalidade de uma lei que, a juízo do Presidente da República, seja necessária ao bem-estar do povo, à promoção ou defesa de interesse nacional de alta monta, poderia o Chefe do Executivo submetê-la novamente ao Parlamento. Confirmada a validade da lei por 2/3 de votos em cada uma das Câmaras, tornava-se insubsistente a decisão do Tribunal. (MENDES, 2009, p. 1088)

Sendo assim, na Constituição de 1937, em seu art. 96, parágrafo Único, mesmo se uma decisão judicial fosse proferida com uma declaração de inconstitucionalidade de uma norma, o Presidente da República poderia considerar tal norma relevante para os interesses da soberania nacional. Caso o fizesse, provocava o Congresso Nacional, que, por sua vez e pelo quórum de 2/3 em cada uma das casas, poderia tornar sem efeito a decisão judicial, mantendo a norma no ordenamento jurídico.

Art. 96 - Só por maioria absoluta de votos da totalidade dos seus Juizes poderão os Tribunais declarar a inconstitucionalidade de lei ou de ato do Presidente da República. Parágrafo único - No caso de ser declarada a inconstitucionalidade de uma lei que, a juízo do Presidente da República, seja necessária ao bem-estar do povo, à promoção ou defesa de interesse nacional de alta monta, poderá o Presidente da República submetê-la novamente ao exame do Parlamento: se este a confirmar por dois terços de votos em cada uma das Câmaras, ficará sem efeito a decisão do Tribunal.

Isso quer dizer, que a palavra final sobre a constitucionalidade das leis ou atos normativos que estavam sob julgamento, em verdade, era do Parlamento, sendo que este último podia sobrepor sua decisão à do Judiciário. Isto é, a Constituição de 1937 acabou por inferiorizar as decisões da mais alta Corte brasileira ao possibilitar o reexame da declaração de inconstitucionalidade pelo Parlamento, quando o Presidente da República entendesse ser necessário para a manutenção do bem-estar social ou em caso de relevante interesse nacional²¹ (BONAVIDES, 2008, p. 328-329).

Tratava-se, portanto, de um mecanismo de controle do Congresso sobre o Judiciário como um todo.

Entretanto, o maior problema em relação a este mecanismo é que, pelo fato do quórum previsto para aprovação de Emendas Constitucionais ser de 2/3, a retirada dos efeitos da decisão

²¹ A título de exemplo, Bulos (2011, p. 197-198) destaca que “Em 1939, o Presidente Getúlio Vargas editou o Decreto-Lei n. 1.564, 'validando' textos de lei declarados inconstitucionais pelo Supremo Tribunal Federal. Pôs em xeque o caráter incontestável das sentenças judiciais, manchando o histórico do controle de constitucionalidade em nosso país”.

judicial pelo Congresso provocaria uma constitucionalização das leis.

Sendo assim, seria como se o Congresso Nacional ao invés de fazer uma emenda constitucional para aprovar determinada matéria, pudesse simplesmente dar aquela lei *status* de constitucional, apesar da decisão judicial que a considerou inconstitucional, pois como bem observa Celso Ribeiro Bastos, a lei confirmada passa a ter a força de uma emenda à Constituição.

O que se vê no momento atual é que, declarada uma norma como inconstitucional pelo Supremo, o Congresso Nacional pode fazer uma emenda à Constituição para alterar no próprio texto constitucional o que fazia da Lei inconstitucional. Porém, a alteração eventualmente promovida pelo Congresso permitir que a matéria seja constitucional a partir da aprovação da emenda, mas não para o passado.

A situação atual é normal, e faz parte natural do jogo democrático, desde que a emenda não viole cláusula pétrea ou limites ao poder reformador.

São situações diferentes a prevista na Constituição de 1937 e a da Constituição de 1988, mas similares quanto ao fato de que o Congresso Nacional poderia, quanto ao conteúdo considerado inconstitucional, superar o entendimento do Supremo.

Em verdade, a grande polêmica da Constituição de 1937 sobre o controle constitucional residia na previsão segundo a qual na eventualidade do Congresso Nacional estar em recesso ou paralisado (por qualquer motivo não estivesse reunido), as atribuições dele passariam para o Presidente da República. E foi o que de fato aconteceu no período do Estado Novo.

Nessa hipótese, o Presidente atua via Decreto-Lei – de competência e atuação inteiramente do próprio Presidente. Significa dizer, então, que o Chefe do Executivo Federal, sozinho, poderia tornar uma decisão judicial sem efeito.

Não há um simples controle do Legislativo sobre o Judiciário, o que já seria criticável, mas um controle do Executivo sobre o Judiciário – que acabou sendo a realidade prática.

De fato, por esse motivo a Constituição outorgada em 1937 foi (e ainda é) alvo de severas críticas da doutrina. Nesse sentido, Bulos (2011, p. 197) afirma que “A estagnação e o retrocesso foram as marcas características do controle de constitucionalidade da Carta de 1937”, Bonavides (2008, p. 328) aduz que “Com a Carta de 1937 houve um eclipse na evolução do nosso sistema de controle de constitucionalidade”, Dallari (2010, p. 337) diz que foi editada “[...] uma Carta Constitucional simulando uma nova Constituição” e Mendes (2009, p. 1088) sustenta que “A Carta de 1937 traduz um inequívoco retrocesso no sistema de controle de constitucionalidade.”

Destaque-se, porém, que essas modificações não foram alvos somente de críticas. Mendes (2009, p. 1089) relembra que doutrinadores como Cândido Motta Filho, Francisco Campos, Alfredo Buzaid e Genésio de Almeida Moura celebraram a mudança, alegando que trouxe maior equilíbrio entre os Poderes da República.

Por fim, importante dizer que “Este preceito, que em última análise indicava o Presidente da República como único controlador da constitucionalidade, foi revogado pela *Lei Constitucional* nº 18, de 11.12.1945, logo após a queda do Estado Novo” (DANTAS, 2001, p. 92).

1.3.5 Constituição de 1946 e o sistema de controle de constitucionalidade

A Constituição de 18 de setembro de 1946, representou a redemocratização do país e, em decorrência do triunfo dos Aliados sobre os Estados totalitários nazismo e do fascismo, foi-lhe conferido um caráter político-liberal.

Em contrapartida, no que diz respeito ao controle de constitucionalidade, restaura o modelo de 1934. No entanto, em relação à Representação Interventiva, que foi introduzida inicialmente no Diploma Legal de 1934, a Constituição de 1946 traz uma redação um pouco diferente, com algumas conformações, dispondo, ainda, sobre a possibilidade de uma Declaração de Inconstitucionalidade. (MENDES; MARTINS, 2009)

Afirma Velloso (2011, p. 80):

a Constituição de 1946 restaurou, em toda a sua inteireza, o controle difuso por via de exceção, mantendo as inovações introduzidas pela Constituição, de 1934, vale dizer, a ação direta de inconstitucionalidade interventiva, ou a representação interventiva, a exigência da maioria absoluta dos votos dos membros do Tribunal para a eficácia da declaração de inconstitucionalidade e a atribuição ao Senado para suspender a execução de lei declarada inconstitucional pelo STF.

A respeito da atribuição que foi novamente concedida ao Senado, salienta-se que sofreu pequena alteração. Primeiramente, esse diploma constitucional dizia, em seu artigo 64, que cabia ao Senado suspender exclusivamente a eficácia das normas declaradas inconstitucionais pelo Supremo Tribunal Federal, não se aplicando tal regra quando a declaração adviesse dos demais integrantes do Poder Judiciário, como ocorria na Constituição de 1934.

No mais, restringiu a atuação do Senado na medida em que este órgão passou a ter competência apenas para apreciar *leis* e *decretos* que fossem declarados inconstitucionais,

não mais dispendo – como na Constituição de 1934 –, sobre *lei, ato deliberação* ou *regulamento*. Também inovou ao suprimir a incumbência do Procurador-Geral da República de comunicar ao Senado a declaração de inconstitucionalidade do Supremo, passando esta Corte mesmo a dar a notícia ao órgão do Legislativo (CARVALHO, 2010, p. 435-436).

Para encerrar a breve análise da competência do Senado, traz-se a lição histórica de Palu (2001, p. 129-130):

No anteprojeto da Constituição não era prevista a atuação do Senado Federal para suspender leis e atos normativos declarados inconstitucionais pelo Supremo Tribunal Federal, parece por entender ser a inovação do Constituinte de 1934 desaconselhável; entretanto, emenda de autoria de Atílio Vivácqua propôs o retorno ao sistema do art. 94, IV, de 1934. Houve profundo interesse pela questão com acirrados debates entre os Constituintes. O Senado voltou a ser um órgão do Poder Legislativo, despido da característica de proceder a “coordenação dos poderes” ser *quase* um *quarto poder*, *status* que lhe tinha atribuído o Constituinte de 1934.

A grande novidade efetivamente se dá com a Emenda Constitucional nº 16/1965, que cria a Representação de Inconstitucionalidade – a atual ADI (Ação Direta de Inconstitucionalidade) –, cujo procedimento é regulado na Lei nº 9.868/99.

A legitimidade ativa para a representação de inconstitucionalidade, para os efeitos de intervenção federal, é exclusiva do Procurador-Geral da República, nos casos em que há a violação de algum dos princípios elencados pelo art. 7º, VII da referida Lei Maior.

Todavia, nesse caso, conforme assevera o parágrafo Único do art. 8º, a intervenção federal condicionava-se à declaração de inconstitucionalidade do ato pelo Supremo Tribunal Federal.

Art. 7º - O Governo federal não intervirá nos Estados salvo para:
(...)

VII - assegurar a observância dos seguintes princípios:

- a) forma republicana representativa;
- b) independência e harmonia dos Poderes;
- c) temporariedade das funções eletivas, limitada a duração destas à das funções federais correspondentes;
- d) proibição da reeleição de Governadores e Prefeitos, para o período imediato;'
- e) autonomia municipal;
- f) prestação de contas da Administração;
- g) garantias do Poder Judiciário.

Art. 8º - A intervenção será decretada por lei federal nos casos dos nº s VI e VII do artigo anterior.

Parágrafo único - No caso do nº VII, o ato arguido de inconstitucionalidade será submetido pelo Procurador-Geral da República ao exame do Supremo Tribunal Federal, e, se este a declarar, será decretada a intervenção.

Ainda em relação a representação interventiva disciplinada no Texto Magno de 1946, cabe explicitar o que aludi Ives Gandra da Silva Martins²²:

Deve-se ressaltar que, embora o constituinte tenha outorgado a titularidade da ação direta ao Procurador-Geral da República, a disciplina da chamada representação interventiva configurava, já na Constituição de 1934, uma peculiar modalidade de composição de conflitos entre a União e o Estado. Cuidava-se de aferir eventual violação de deveres constitucionalmente impostos ao ente federado. E o poder atribuído ao Procurador-Geral da República, que, na Constituição de 1946, exercia a função de chefe do Ministério Público Federal – a quem competia a defesa dos interesses da União (art. 126) –, deve ser considerado, assim, uma simples representação processual. (MARTINS; MENDES, 2009)

1.3.5.1 A Emenda n. 16/1965 e o controle abstrato de constitucionalidade

A Constituição de 1946 foi modificada pela Emenda Constitucional n. 16 de 1965, que introduziu, de uma vez por todas, a fiscalização concentrada e abstrata de normas ao sistema brasileiro de controle de constitucionalidade, sem excluir, entretanto, o controle concreto (incidental) e difuso. A inovação surgiu a partir do já mencionado modelo austríaco, e se dava por via de ação direta proposta pelo Procurador-Geral da República, com apreciação exclusiva do Supremo Tribunal Federal.

Pode-se dizer que neste momento foi realmente inaugurado o controle abstrato de constitucionalidade no Brasil, que alterou, entre outros, a redação de diversos dispositivos da Constituição de 1946.

Sobre a EC n.16/65, Bonavides (2008, p. 330) ressalta que

a via de ação tomou, em consequência [sic], um perfil definido: toda lei de nosso ordenamento jurídico, a partir da aplicação do novo dispositivo constitucional, poderia ser objeto de um exame de constitucionalidade, mediante uma ação direta ou específica, destinada exclusivamente a liquidar o ponto controverso. A lei em tese, abstratamente, desvinculada da via incidental, era passível, portanto, de verificação de constitucionalidade, sendo competente para o exercício dessa ação o Procurador-Geral da República.

Em linhas gerais, a Emenda adicionou a alínea “k” ao inciso I do artigo 101 da Constituição de 1946, que dispunha que ao STF competia processar e julgar originariamente “[...] a representação contra inconstitucionalidade de lei ou ato de natureza normativa, federal ou estadual, encaminhada pelo Procurador-Geral da

²² MARTINS, Ives Gandra da Silva; MENDES, Gilmar Ferreira. **Controle Concentrado de Constitucionalidade**. Saraiva, ed. 3ª, 2009.

República”. E, por outro lado, adicionou o artigo 124, XIII, que previa que “a lei poderá estabelecer processo, de competência originária do Tribunal de Justiça, para declaração de inconstitucionalidade de lei ou ato de Município, em conflito com a Constituição do Estado”.

Como já foi brevemente esclarecido, a representação para intervenção, ou ação declaratória de inconstitucionalidade, foi criada pela Constituição de 1934, como instrumento de controle concentrado de constitucionalidade nos casos de alegada ofensa aos princípios constitucionais sensíveis, que hoje estão no art. 34, VII, da Carta de 1988.

Com a Emenda Constitucional nº 16, de 1965, vieram os seus primeiros frutos, ampliando o seu objeto para alcançar a declaração de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal ou estadual em face da Carta da República; e de lei ou ato normativo municipal em face da Constituição estadual.

Por conseguinte, a representação para intervenção, antes e até agora, é instrumento de ingerência constitucional da União no Estado, ou do Estado no Município, em que o tema de inconstitucionalidade do ato era declarado em ação perante as Cortes máximas da União ou do Estado, ensejando, em caso de intervenção material (atual art. 34, VI) ou intervenção normativa (atual art. 34, VII), a requisição ao Chefe do Executivo que então viria com o decreto operando a intervenção.

Seu procedimento é regulado na Lei federal nº 4.337, de 1º de junho de 1964, e na Lei nº 5.778, de 16 de maio de 1972, inclusive prevendo o procedimento do Procurador-Geral da República quando receber requerimento do interessado em que ele ingresse com a representação para intervenção.

A representação para inconstitucionalidade, hoje a atual ação direta de inconstitucionalidade (ADIn) e cujo procedimento é regulado na Lei nº 9.868/99, é instrumento de controle de constitucionalidade de lei federal ou estadual em face da Constituição da República perante o Supremo Tribunal Federal, e de lei estadual ou municipal em face da Constituição do Estado perante o Tribunal de Justiça do Estado.

Clèmerson Merlin Clève, destaca o contexto histórico da época, além de tratar da diferença entre o controle abstrato de constitucionalidade introduzido pela Emenda Constitucional nº 16, de 1965, e a representação interventiva:

Não deixa de ser curioso o fato da representação genérica de inconstitucionalidade ter sido instituída em nosso país pelo regime militar, especialmente porque esse mecanismo, contrariando a dinâmica de qualquer ditadura, presta-se admiravelmente para a proteção e garantia dos direitos fundamentais. A representação instituída pela

Emenda Constitucional 16/65 não se confunde com a representação interventiva. Consiste esta em mecanismo de solução de conflito entre a União e uma Coletividade Política Estadual. Por isso, a violação apenas dos princípios constitucionais sensíveis pode autorizar a sua propositura pelo Procurador-Geral da República. Cuida-se, ao contrário, o mecanismo instituído pela Emenda 16/65, de representação genérica, apta, portanto, a garantir a observância de todos os dispositivos da Constituição. A representação interventiva implica uma fiscalização concreta da constitucionalidade, embora exercitada por via de ação direta; presta-se exatamente para a solução de um conflito federativo. A representação genérica, ao contrário, implica a realização de uma fiscalização abstrata da constitucionalidade, já porque neste caso está em jogo unicamente a compatibilidade, em abstrato (em tese), de um dispositivo normativo infraconstitucional contrastado com a Lei Fundamental da República (CLÈVE, 1995, p. 70-71).

A prática instaurada no Supremo Tribunal Federal, em face da disposição que hoje está no art. 52, X, da Carta de 1988, mandava que, declarada a inconstitucionalidade, fosse a mesma comunicada ao Senado Federal pelo Supremo Tribunal Federal e, por simetria, à Assembleia Legislativa pelo Tribunal de Justiça quando este fosse o processante.

Portanto, a atual ADIn é decorrente da representação para intervenção normativa, ampliou-se o seu legitimado ativo, uma vez que outrora era somente o Procurador-Geral da República e agora, além dele, há outros diversos órgãos (públicos e privados). Houve alteração, também, em relação ao seu objeto, pois antes era para fins de intervenção por vulneração dos princípios constitucionais sensíveis e hoje para qualquer inconstitucionalidade, inclusive por omissão de legislar.

No mais, são tamanhas as críticas levantadas por muitos dos doutrinadores a respeito da Emenda n. 16/1965, levando-nos a crer que, apesar de tal emenda parecer uma grande inovação, a origem do modelo de controle de constitucionalidade abstrato implementado no Brasil não possuiu a nobre finalidade de permitir ampliar a tutela constitucional e de suas garantias e liberdades, ao contrário, originou-se de uma finalidade nada nobre dos que então ocupavam o poder.

Observe-se, por exemplo, que o ano da emenda é 1965, um ano após, portanto, o Golpe Militar de 1964. Ora, não parece fazer sentido que um governo resultante de um Golpe Militar queira criar mais um mecanismo de controle de constitucionalidade, eis que isso significa ampliar as possibilidades de defesa da Constituição.

Assim, a crítica feita por uma parcela da doutrina é que, muito embora tenha sido criado mecanismo para controle abstrato de constitucionalidade, a legitimidade para proposição era exclusiva do Procurador-Geral da República, sendo que esse, antes de 1988, fazia tanto a função de *Parquet* como a do AGU – Advogado-Geral da União.

Por conta disso, fica evidente, então, que, na prática, o Procurador-Geral da República

somente iria propor uma Representação de Inconstitucionalidade em relação às matérias (normas) que fossem de interesse da União, mas nunca de modo a contrariar os interesses do Ente federal. Além do mais, o Procurador-Geral da República era um cargo de livre nomeação e livre exoneração, isto é, um cargo de confiança demissível *ad nutum*, sem necessidade de motivação do ato.

Nesse caso, é possível perceber que a lógica para esse período se fundava no fato de que era mais fácil para o governo militar exercer o controle sobre um determinado órgão, que desempenhe um controle vinculativo sobre os demais órgãos, do que tentar dominar vários órgãos difusos. Tanto parece ser essa a intenção que a própria composição do STF foi alterada pelos militares.

Depois do AI-5 efetivou-se a aposentadoria compulsória de três Ministros (dissidentes do Regime). Além dos três assentos vagos, foi ampliada a composição da Suprema Corte, o que permitiu aos Militares nomear um bom número de novos Ministros para tentar a manipulação da Corte.

Criar o controle concentrado abstrato faz muito sentido dentro deste contexto, eis que controlar apenas um órgão com tamanho poder era ideal para o governo daquele momento da história.

Alguns autores elevam o tom da crítica, afirmando que o Supremo capitulou perante o poder do governo militar, enquanto outros tentam fazer uma crítica menos negativa, afirmando que o Supremo assumiu uma postura de sobrevivência institucional (muito comum em regimes ditatoriais), de modo a evitar um confronto tão constante que levasse ao fechamento da Suprema Corte.

Não se trata de uma peculiaridade do Brasil. Na história do Direito comparado as situações de tensão entre Executivo e Judiciário acabam por resultar numa postura de contenção do último, em especial se o poder Executivo em questão possuir características totalitárias e ditatoriais.

Por fim, ainda com relação à EC n. 16/65, afigura-se conveniente trazer o ensinamento histórico de Palu (2001, p. 131-132):

Na tramitação do projeto de Emenda Constitucional a proposta era de *retirara* competência do Senado a faculdade de suspender os atos e decretos declarados inconstitucionais por decisão definitiva do Supremo Tribunal, revogando o art. 64 da Constituição de 1946 e atribuindo ao Presidente do Supremo Tribunal a competência para declarar a inconstitucionalidade, após manifestação da Corte, determinando sua publicação no Diário Oficial. O Congresso Nacional, entretanto, manteve o art. 64 referido, bem como alterou o art. 101, I, k, da Constituição, para nele incluir a expressão *lei federal*.

Com a inclusão no direito brasileiro do controle abstrato de normas, o tema relativo à extensão da eficácia da declaração de inconstitucionalidade ficou controvertido. O projeto da Emenda Constitucional (EC), n. 16/65 chegou a propor que ao Senado iria caber tão só a publicação no Diário Oficial da decisão proferida pelo STF, que, por sua vez, já teria eficácia *erga omnes* por si só (MENDES, 2009, p. 1093-1094).

Contudo, tal proposta não vingou, e, como ressalta Tavares (2011, p. 563-564) “a regra de atribuição de competência suspensiva ao Senado permaneceu no sistema, suscitando dúvidas acerca de sua incidência quando se tratasse de decisão proferida pelo STF em sede de ação direta [...]”.

Diga-se de passagem, esta questão só foi resolvida sob a égide da Constituição de 1967. Neste ponto, Barroso (2012, p. 156) relembra:

Ainda no regime constitucional anterior [refere-se à Constituição de 1967], o STF, no julgamento do Processo Administrativo n. 4.477/72, estabeleceu o entendimento de que a comunicação ao Senado somente é cabível na hipótese de declaração incidental de inconstitucionalidade, isto é, na apreciação de caso concreto. No controle por via principal concentrado, a simples decisão da Corte, por maioria absoluta, já importa na perda de eficácia da lei ou ato normativo [...].

O grande mérito da EC n. 16/65, então, é a inserção do sistema dúplice de controle de constitucionalidade no Brasil. Isto é, a emenda fez com que passassem a conviver dentro do ordenamento jurídico vigente ambos os modelos de fiscalização de normas, de um lado o europeu, do outro o estadunidense.

1.3.6 A Constituição de 1967-69 e o controle de constitucionalidade

A outorga da Constituição de 1967 pelo governo militar deu um grande passo para trás no constitucionalismo brasileiro. Nessa fase histórica alguns Ministros do Supremo Tribunal Federal foram afastados do cargo, e até aposentados de forma compulsória, por sustentarem a supremacia da Constituição frente ao Estado, bem como por anular atos do Executivo por meio de decisões em sede de controle de constitucionalidade. Essas reprimendas também atingiram juízes singulares, e membros de outros tribunais, que foram punidos por exercer a fiscalização de normas contrariamente aos interesses dos militares (DALLARI, 2010, p. 338).

De qualquer modo, ainda que não funcionasse na sua plenitude, a fiscalização da constitucionalidade de normas manteve-se no Brasil, com algumas inovações e modificações. Nesse sentido, no que tange ao conteúdo da Constituição de 1967, posteriormente alterada pela Emenda Constitucional n. 1/69, aduz Carvalho (2010, p. 436):

A Constituição de 1967 e a Emenda Constitucional n. 1/69 mantiveram, em suas linhas básicas, o sistema de controle da Constituição de 1946, com as modificações da EC n. 16/65. Houve, no entanto, a disciplina, pelo texto de 1969, do controle da constitucionalidade estadual para fins de intervenção em Município. A Emenda n. 7/77 possibilitou a concessão de medida cautelar nos processos objetivos.

Desse modo, a Constituição de 1967 não inovou o sistema de controle de constitucionalidade brasileiro, mas em 1969 já houve a Emenda Constitucional n. 01, que alterou basicamente toda a Constituição.

Tais alterações promovidas pela EC n. 01/1969 foram tão amplas que parte da doutrina a considera apenas formalmente uma Emenda, mas materialmente equivalente a uma nova Constituição.

No regime da Constituição de 1967, assim como na vasta reforma empreendida através da Emenda Constitucional nº 1/69, foram mantidos, com mínimas alterações redacionais, os dispositivos constitucionais encontrados na Constituição de 1946, com a alteração da Emenda Constitucional nº 16/65 referentes ao controle de constitucionalidade. Senão vejamos:

- A representação para fins de intervenção, tendo como legitimado ativo somente o Procurador-Geral da República, foi ampliada, com a finalidade de assegurar os princípios sensíveis (art. 10, VII), bem como prover a execução da lei federal (art. 10, VI, 1ª parte);
- A competência para suspender o ato estadual foi transferida para o Presidente da República (art. 11, § 2º). Preservou-se o controle de constitucionalidade *in abstracto*, tal como estabelecido pela Emenda n. 16, de 1965 (art. 119, I, I);
- A Emenda n. 1, de 1969, previu, expressamente, o controle de constitucionalidade de lei municipal, em face da Constituição estadual, para fins de intervenção no município (art. 15, § 3º, d).

A novidade surge efetivamente com a EC n. 07/1977, em duas frentes:

- 1) *Cautelar na Representação de Inconstitucionalidade*: situação que existe ainda hoje na ADI. Visa, como se sabe, suspender a eficácia da norma enquanto se decide sobre sua constitucionalidade.
- 2) *Criação da Representação para Interpretação*: trata-se de ação proposta no Supremo Tribunal Federal para que ele fixe como determinada norma deve ser interpretada. Também de legitimidade exclusiva do Procurador-Geral da República (art. 119, I, e).

Hodiernamente, na CRFB/88, não existe e nem precisa existir uma representação para interpretação, uma vez que o STF afirma que na própria ADI é possível a formulação de um pedido para que o Supremo promova uma interpretação conforme a Constituição.

A grosso modo, foram essas as alterações trazidas ao sistema brasileiro de controle de constitucionalidade. A próxima Constituição, de 1988, restaurou a democracia no Brasil, dando maior notoriedade e eficácia ao controle de constitucionalidade.

1.3.7 O controle de constitucionalidade na Constituição de 1988

1.3.7.1 Considerações Iniciais

A Constituição da República de 1988 é, sem dúvida alguma, a mais completa e eficaz da história do constitucionalismo brasileiro, em termos de fiscalização de constitucionalidade. Mantendo o sistema difuso, e dilatando a aplicação do controle concentrado, a CR/88 disponibiliza ao Poder Judiciário uma gama de mecanismos protetivos jamais presenciada no Brasil.

Em verdade, a expansão do controle concentrado fez com que o difuso se tornasse muito menos frequente na jurisprudência pátria. Nesse sentido, Barroso (2012, p. 89-90) afirma há “uma nítida tendência no Brasil ao alargamento da jurisdição constitucional abstrata e concentrada, vista por alguns autores como um fenômeno ‘inquietante’.” Já Bulos (2011, p. 199), constata que “Ao reforçar a anatomia do controle concentrado, o constituinte de 1988 acabou *reduzindo*, mas não eliminando, o controle difuso”. Por outro lado, Mendes (2009, p. 1104) ressalta que “[...] pretendeu o constituinte reforçar o

controle abstrato de normas no ordenamento jurídico brasileiro como peculiar instrumento *de correção* do sistema geral incidente”.

No que tange aos efeitos gerados por estes dois modelos de fiscalização de normas, tem-se que na via abstrata não há dúvidas, a sentença do Supremo gera efeitos contra todos; entretanto, na via concreta, cada vez mais se tem discutido a possibilidade de o STF (Supremo Tribunal Federal), ampliar os efeitos da própria declaração de inconstitucionalidade, sem necessidade da intervenção do Senado na forma do artigo 52, X, da Constituição.

A princípio, ainda prevalece o entendimento de que o Senado possui a atribuição de suspender os efeitos da lei declarada contrária à Constituição pelo STF; porém, ressalte-se, há uma tendência forte para se modificar este entendimento, e dar ao STF o poder de decidir com eficácia geral também em sede de controle concreto. Diga-se de passagem, este debate será estudado de forma minuciosa à frente.

A CR/88 traz as ações diretas de inconstitucionalidade genérica (artigo 102, I, “a”) e por omissão (artigo 103, §2º), a ação declaratória de constitucionalidade (artigo 102, I, “a”), e a arguição de descumprimento de preceito fundamental (artigo 102, § 1º). Diz-se, também, que o controle concentrado está em evidência no direito brasileiro não só pela quantidade de meios para exercê-lo, mas também pela ampliação do rol de legitimados para tanto.

Com efeito, se na Constituição anterior apenas o Procurador-Geral da República tinha legitimidade para suscitar a dúvida a respeito da inconstitucionalidade de determinada norma por meio abstrato, com a Constituição de 1988 podem propor as ações diretas as pessoas listadas no artigo 103.

Por outro lado, o controle difuso permaneceu com sistemática semelhante à prevista na Constituição de 1967. Ou seja, podem declarar a inconstitucionalidade qualquer juiz ou tribunal do país, sendo que, neste último caso, há de ser respeitada a cláusula de reserva de plenário (artigo 97), já estudada acima. No caso do STF, pode ser provocado por meio de recurso extraordinário (artigo 102, III), desde que obedecidas todas as formalidades legais (BARROSO, 2012, p. 88).

A Constituição de 1988 repetiu, no artigo 52, X, a competência do Senado para estender, por meio de Resolução, a eficácia das declarações de inconstitucionalidade emanadas do STF. Diga-se de passagem, esta disposição constitucional é alvo de críticas, conforme se verá adiante.

Merecem destaque, ainda, a Lei n. 9.868/99, que disciplinou o procedimento das ações diretas de inconstitucionalidade e declaratória de constitucionalidade, e a Lei n. 9.882/99, que regulou o procedimento da arguição de descumprimento de preceito fundamental. Note-se que esta última preencheu uma lacuna do texto constitucional (artigo 102, § 1º) mais de dez anos após promulgada a nova Constituição (BARROSO, 2012, p. 89).

Em síntese, a CR/88 fez do Brasil um dos países mais avançados do mundo em termos de controle de constitucionalidade, dando maior amplitude e eficácia para os casos abstratos julgados pelo Supremo Tribunal Federal. O controle incidental de normas, apesar de esvaziado, ainda subsiste no ordenamento jurídico, contendo regramento específico.

1.3.7.2 Ampliação do rol de legitimados

O constituinte de 1988, dado o monopólio da ação de inconstitucionalidade por parte do Procurador-Geral da República nos Textos Magnos anteriores, ampliou significativamente o rol de legitimados que podem propor a ação direta de inconstitucionalidade. Porém, continuou a assegurar o direito do Procurador-Geral da República de propor a ação de inconstitucionalidade.

O Art. 103 da Carta Magna de 1988 expressa o rol de legitimados da Ação Direta de Inconstitucionalidade:

Art. 103. Podem propor a ação direta de inconstitucionalidade e a ação declaratória de constitucionalidade: (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004)
I - o Presidente da República;
II - a Mesa do Senado Federal;
III - a Mesa da Câmara dos Deputados;
IV - a Mesa de Assembleia Legislativa ou da Câmara Legislativa do Distrito Federal;
(Redação dada pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004);
V - o Governador de Estado ou do Distrito Federal; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004)
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.

Como mencionado, na Constituição de 1967-69, o único legitimado ativo para a Representação de Inconstitucionalidade era o Procurador-Geral da República (vinculado à União).

Na Constituição de 1988 o Procurador-Geral da República continua legitimado,

contudo, passou a gozar de autonomia funcional em relação ao Governo Federal, cujos interesses passaram a ser defendidos pela Advocacia Geral da União - AGU.

Em relação a ampliação do rol de legitimados aptos a propor a ADI pela CRFB/88, Gilmar Mendes (2009) destaca o seguinte:

Tal fato fortalece a impressão de que, com a introdução desse sistema de controle abstrato de normas, com ampla legitimação e, particularmente, a outorga do direito de propositura a diferentes órgãos da sociedade, pretendeu o constituinte reforçar o controle abstrato de normas no ordenamento jurídico brasileiro como peculiar instrumento de *correção* do sistema geral incidente. (MARTINS; MENDES, 2009)

Essa mudança de conceito provocou enormes transformações práticas para o controle de constitucionalidade no Brasil. Ora, é quase intuitivo o raciocínio de que com um único legitimado vinculado à União, a Representação de Inconstitucionalidade seria usada em poucos casos e, ainda assim, apenas em situações específicas (de interesse da União).

Com a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 e o grande número de legitimados, amplia-se o acesso ao Supremo Tribunal Federal, haja vista que centenas de legitimados podem propor diversas Ações Diretas de Inconstitucionalidades cada um.

Tal situação, claramente, faz com que o Supremo Tribunal Federal passe a exercer com mais ênfase um controle concentrado abstrato no momento pós-88 do que anteriormente, já que com as inovações realizadas pelo novo Diploma Legal, as questões constitucionais passam a ser veiculadas, mediante ação direta de inconstitucionalidade, perante o próprio Supremo, conforme afirma Gilmar Mendes (2009):

A constituição de 1988 reduziu o significado do controle de constitucionalidade incidental ou difuso, ao ampliar, de forma marcante, a legitimação para a propositura da ação direta de inconstitucionalidade (CF, art. 103), permitindo que, praticamente, todas as controvérsias constitucionais relevantes sejam submetidas ao Supremo Tribunal Federal mediante processo de controle abstrato de normas. (MARTINS; MENDES, 2009)

Some-se a isso o processo de reconhecimento de que litígios podem ser categorizados como demandas de massa (ações previdenciárias que se repetem aos milhares; ações tributárias, por exemplo). Da mesma forma, o reconhecimento de tais demandas deve ser resolvido de forma massiva.

Assim, são criados mecanismos de tutela coletiva, mesmo antes da promulgação da Constituição de 1988, mas aprofundados depois de 1988.

Tudo isso, também, repercute no controle constitucional e faz com que o controle

concentrado abstrato passe a ter uma importância maior do que o próprio controle difuso concreto, eis que o difuso concreto resolve a demanda *inter partes*, já o concentrado abstrato tem um potencial *erga omnes* claro de resolução de conflitos (com efeito vinculante para os demais órgãos do Poder Judiciário e da Administração Pública).

A nova ordem constitucional aos poucos torna o controle concentrado abstrato no principal controle de constitucionalidade do país.

Destarte, até a EC n. 16/1965 o modelo de controle de constitucionalidade no Brasil era o difuso concreto. Após a referida Emenda, o país passou a adotar um controle misto, quando surgiu a figura da Representação de Inconstitucionalidade. A primazia, porém, seguiu com o controle difuso concreto. Todavia, com a CRFB/88 mantém-se o controle híbrido/misto, mas a primazia passa agora a ser do controle concentrado abstrato.

O fenômeno pelo qual a primazia passa do controle difuso concreto para o concentrado abstrato gera repercussões sobre o primeiro, porque se torna cada vez mais comum a incorporação no controle concreto de institutos ou elementos/características do controle abstrato.

Podemos citar como exemplo disso a figura do *amicus curiae*, que é própria do controle abstrato, porém, hoje, é figura admitida no controle concreto em diversas hipóteses. Um outro exemplo seria a instituição da repercussão geral do Recurso Especial (RE) – pressuposto pelo qual se deve demonstrar que a matéria discutida no RE transcende os interesses subjetivos das partes. Sendo assim, a repercussão no RE representa exatamente trazer para o controle concreto características e elementos do controle abstrato.

1.3.7.3 Criação da Ação Declaratória de Constitucionalidade - ADC

A Emenda Constitucional nº 3, de 17 de março de 1993, proposta pelo Poder Executivo e rapidamente aprovada pelo Congresso Nacional, alterou a redação de diversos dispositivos constitucionais, disciplinando o instituto da ação declaratória de constitucionalidade. Dentre as alterações realizadas, citam-se:

- no art. 102, acrescentou-se à competência originária do Supremo Tribunal Federal, na alínea “a”, do inciso I, “a ação declaratória de constitucionalidade de lei ou ato normativo federal”, passando o parágrafo Único do mesmo artigo a ser o § 1º, com o acréscimo de novo parágrafo, dizendo que as “decisões definitivas de mérito, proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, nas ações declaratórias de constitucionalidade de lei ou ato normativo federal,

produzirão eficácia contra todos e efeito vinculante, relativamente aos demais órgãos do Poder Judiciário e do Poder Executivo”; (FILHO, 2008, p. 22) e

- no art. 103, foi acrescentado o § 4º, dispondo que *a ação declaratória de constitucionalidade poderá ser proposta pelo Presidente da República, pela Mesa do Senado Federal, pela Mesa da Câmara dos Deputados ou pelo Procurador-Geral da República.* (FILHO, 2008, p. 22)

Posteriormente, a Emenda Constitucional n. 45, de 2004, ampliou o rol de legitimados que podem propor a ação declaratória de constitucionalidade, sendo esses os mesmos legitimados para a ação direta de inconstitucionalidade.

1.3.7.4 Criação da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental - ADPF

Art. 102. Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe:

(...)

§ 1.º A arguição de descumprimento de preceito fundamental, decorrente desta Constituição, será apreciada pelo Supremo Tribunal Federal, na forma da lei.

(...)

O STF entendeu que a norma do 102, §1º era de eficácia limitada e que, portanto, o exercício do direito de ação via “arguição de descumprimento de preceito fundamental” somente seria possível a partir de uma Lei.

Por conta disso, apenas em 1999, foi aprovada a lei 9.882/99, regulamentando a ADPF.

1.3.7.5 Controle das omissões

A Constituição Federal de 1988 incorporou os direitos e as garantias fundamentais. Dentro desses direitos e garantias houve uma enorme preocupação do legislador com as omissões existentes no ordenamento jurídico, fazendo com que fossem criados dois institutos muito importantes: o mandado de injunção e a ação direta de inconstitucionalidade por omissão.

A criação desses dois institutos trouxe inúmeras ações que implicou em posicionamentos para que fosse feita a perfeita distinção dessas duas garantias constitucionais. Senão vejamos:

1. Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão – ADO:

Trata-se de modalidade abstrata de controle de omissão de órgão incumbido de

elaboração normativa, ou seja, é destinada a obter efetiva disposição acerca de norma constitucional que dependa de lei ou atos administrativos normativos indispensáveis à sua eficácia e aplicabilidade.

Segundo orientação do Supremo Tribunal Federal, além da omissão legislativa, também alcança a omissão de órgãos administrativos que devem editar atos administrativos em geral, necessários à concretização das disposições constitucionais.

Assim, diante da inércia ou omissão inconstitucional de órgão designado como competente para agir e efetivar disposições da Constituição, esta deve ser combatida com a ação direta de inconstitucionalidade por omissão.

Portanto, é uma ação direta que tem por objetivo a reparação de uma omissão inconstitucional.

Os legitimados à sua proposição estão arrolados no artigo 103, incisos I a IX, da Constituição Federal, contudo, salienta-se que o legitimado por esse dispositivo não poderá propor a ação se ele é a autoridade competente para iniciar o processo legislativo questionado na ADIN por omissão.

2. *Mandado de Injunção:*

Dispõe o artigo 5º, LXXI, CF/88:

Conceder-se-á mandado de injunção sempre que a falta da norma regulamentadora torne inviável o exercício dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania.

O mandado de injunção veio para sanar norma regulamentadora que torne inviável o exercício dos direitos, liberdades e prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania e norma constitucional de eficácia limitada, que necessitam ser regulamentadas pelo legislador infraconstitucional para produzir todos os seus efeitos, preceituando esses mesmos direitos, liberdades e prerrogativas.

Assim conceitua Alexandre de Moraes (2003, p.179):

O mandado de injunção consiste em uma ação constitucional de caráter civil e de procedimento especial, que visa suprir uma omissão do Poder Público, no intuito de viabilizar o exercício de um direito, uma liberdade ou uma prerrogativa prevista na Constituição Federal.

Qualquer pessoa pode impetrar mandado de injunção, quando for comprovada a falta da norma regulamentadora. O Supremo Tribunal federal, até mesmo, vem admitindo a propositura

do mandado de injunção coletivo, em que os legitimados para propô-la seriam os mesmos do mandado de segurança coletivo.

O legitimado passivo devem ser os entes estatais que são os responsáveis pela edição de normas constitucionais. Nunca pode figurar no polo passivo o particular.

1.3.7.6 Amplificação dos remédios constitucionais

São novidades trazidas pela Constituição de 1988: i) Mandado de Segurança Coletivo; ii) *Habeas Data*; e iii) Mandado de Injunção.

O *Habeas Corpus* e o Mandado de Segurança já existiam e foram apenas mantidos.

Dentre os instrumentos que já existiam, mas com a CRFB/88 foram ampliadas, pode-se citar a Ação Civil Pública e Ação Popular.

1.3.7.7 Reclamação Constitucional

A título de esclarecimento, a Reclamação Constitucional não foi criada pela Texto Magno de 1988, mas foi a primeira Constituição que positivou o referido instituto.

Até então, a reclamação era um fenômeno Infraconstitucional – Regimento interno do STF, que tinha força de lei ordinária.

1.3.7.8 Emendas Constitucionais

Emenda nº. 03/93: criou a ADC – Ação Declaratória de Constitucionalidade.

Emenda nº. 45/04: reforma do Poder Judiciário. Trouxe como inovações a Súmula Vinculante, Repercussão Geral no RE, alterações no RE (artigo 102, III, *d*, CRFB/88) e na Representação Interventiva (artigo 36, III, CRFB/88).

CAPÍTULO 2

CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE EM PORTUGAL

2.1 ASPECTOS GERAIS

O sistema de controle de Constitucionalidade de Portugal é um sistema misto, diferente da grande maioria dos sistemas de controle de constitucionalidade da Europa, pois este adota em sua grande maioria o sistema concentrado apenas, baseado na doutrina de Hans Kelsen, aquele adora tanto um sistema concentrado, onde a norma é impugnada de maneira abstrata, como um sistema em concreto, onde a impugnação advém da análise se um caso específico posto para o julgador analisar.

2.2. FORMA DE INVESTIDURA NO TRIBUNAL CONSTITUCIONAL PORTUGUÊS

Antes de adentrarmos a fundo na exposição do controle de constitucionalidade Português, especialmente no que tange o caráter político das decisões e a legitimidade das mesmas, faz-se imprescindível expor como é a forma de investidura dos juizes do Tribunal Constitucional Português.

O sistema de Portugal se faz de maneira diversa do sistema brasileiro e norte americano, principalmente por ser um Estado unificado, não havendo divisão de competências entre entes da federação como União, Estados e Municípios, bem como por sua grande influência do sistema europeu como um todo.

Trata-se de um parlamento unicameral, composto apenas pela Assembleia da República. Tal parlamento exerce a função tanto de representante do povo, como de representante do Estado unificado em si. O próprio Texto Constitucional²³ é claro nesse sentido:

Artigo 149.º

Círculos eleitorais

1. Os Deputados são eleitos por círculos eleitorais geograficamente definidos na lei, a qual pode determinar a existência de círculos plurinominais e uninominais, bem como a respectiva natureza e complementaridade, por forma a assegurar o sistema de representação proporcional e o método da média mais alta de Hondt na conversão dos votos em número de mandatos.

²³ **Constituição da República Portuguesa.** Disponível em: <<http://www.parlamento.pt/Legislacao/Paginas/ConstituicaoRepublicaPortuguesa.aspx>>. Acesso em: 12 de julho 2017.

2. O número de Deputados por cada círculo plurinominal do território nacional, exceptuando o círculo nacional, quando exista, é proporcional ao número de cidadãos eleitores nele inscritos.

Artigo 152.º

Representação política

1. A lei não pode estabelecer limites à conversão dos votos em mandatos por exigência de uma percentagem de votos nacional mínima.
2. Os Deputados representam todo o país e não os círculos por que são eleitos.

Conforme se verifica acima, a própria Constituição da República é clara no sentido de que a escolha dos candidatos se dará por eleições proporcionais e sua representatividade não será unicamente de quem o elegeu, mas sim de todo o país, ou seja, a figura dos Deputados da Assembleia da República possui papel de representar tanto o povo como o Estado em si.

A Corte Constitucional Portuguesa muito se assemelha com o sistema francês, vejamos o art. 222º da Constituição da República de Portugal:

Artigo 222º

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.
3. O mandato dos juízes do Tribunal Constitucional tem a duração de nove anos e não é renovável.
4. O Presidente do Tribunal Constitucional é eleito pelos respectivos juízes.
5. Os juízes do Tribunal Constitucional gozam das garantias de independência, inamovibilidade, imparcialidade e irresponsabilidade e estão sujeitos às incompatibilidades dos juízes dos restantes tribunais.
6. A lei estabelece as imunidades e as demais regras relativas ao estatuto dos juízes do Tribunal Constitucional.

Em julho de 2016 foram aprovados a investidura de cinco membros da referida Corte, os quais obtiveram a votação de 221 deputados da Assembleia da República, dentre eles membros vindos da magistratura e membros advindos de indicação dos partidos.

À luz do que determina o próprio dispositivo constitucional, podemos observar, numa análise rasteira, uma intensão do legislador constituinte originário investir nessa Corte constitucional de maior legitimidade política, pois seus membros possuem mandatos fixos e não cabendo reeleição. E o mais importante o critério de escolha dos membros ser de caráter totalmente oxigenado, partindo de uma votação qualificada de 2/3, bem como alguns de seus membros necessitam vir dos quadros da magistratura.

O Tribunal Constitucional Português, nos últimos anos, acredita-se que em decorrência da grave crise econômica, teve grande destaque no cenário nacional, especialmente por ter sido provocado diversas vezes sobre matérias atinentes ao andamento da máquina pública.

Tais julgados como 396/2011, 353/2012, 353/2012, 474/2013, 862/2013 todos trataram-se de orçamento, reformas estruturais, dentre outras. Um deles foi de suma importância, especialmente pela atual situação econômica do Brasil, foi o acórdão 353/2012, onde tinha como ponto controvertido uma lei que previa a perda de subsídios de 13º salários e férias, conforme podemos constatar no excerto do acórdão²⁴:

Deste modo se conclui que as normas que preveem a medida de suspensão do pagamento dos subsídios de férias e de Natal ou quaisquer prestações correspondentes aos 13.º e, ou, 14.º meses, quer para pessoas que auferem remunerações salariais de entidades públicas, quer para pessoas que auferem pensões de reforma ou aposentação através do sistema público de segurança social, durante os anos de 2012 a 2014, violam o princípio da igualdade, na dimensão da igualdade na repartição dos encargos públicos, consagrado no artigo 13.º da Constituição.

Por esta razão devem ser declaradas inconstitucionais as normas constantes dos artigos 21.º e 25.º, da Lei n.º 64-B/2011, de 30 de dezembro (Orçamento do Estado para 2012), tornando-se dispensável o seu confronto com outros parâmetros constitucionais invocados pelos Requerentes.

Essa decisão do Tribunal Constitucional demonstra o caráter democrático que o mesmo possui em sua essência, pois tais decisões interferiram de maneira fulcral no ordenamento do País, esse critério de escolha realizado pelo sistema português é demasiadamente oxigenado, o que traduz uma maior legitimidade para seus componentes, especialmente pelo fato de não terem mandatos vitalícios e serem indicados por diferentes setores do poder político.

2.3 TIPOS DE CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE

2.3.1 Controle Preventivo

Como já mencionado acima de maneira geral, no ordenamento jurídico de um Estado possui formas de controle preventivo de inconstitucionalidade, no caso de Portugal há um amplo controle preventivo onde o Tribunal Constitucional é instigado para fins de que o mesmo se manifeste sobre a constitucionalidade daquele dispositivo de lei que poderá entrar em vigor no ordenamento.

Segundo Carlos Blanco de Moraes, “desde logo por causa das suas funções, o órgão com legitimidade para requerer não tem, necessariamente de sustentar a inconstitucionalidade da

²⁴ Acórdão nº 353/2012. Processo nº 40/12. Plenário. Relator, Conselheiro João Cura Mariano. Disponível em: <<http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20120353.html>>. Acessado em: 16 abril 2017.

norma. Basta fundamentar o pedido em dúvidas razoáveis, que pode ser só dele ou que ele capte na comunidade jurídica”²⁵.

O próprio texto da CRP/76 é claro no sentido de possibilitar o controle preventivo, vejamos:

Artigo 278º

Fiscalização preventiva da constitucionalidade

1. O Presidente da República pode requerer ao Tribunal Constitucional a apreciação preventiva da constitucionalidade de qualquer norma constante de tratado internacional que lhe tenha sido submetido para ratificação, de decreto que lhe tenha sido enviado para promulgação como lei ou como decreto-lei ou de acordo internacional cujo decreto de aprovação lhe tenha sido remetido para assinatura.
2. Os Representantes da República podem igualmente requerer ao Tribunal Constitucional a apreciação preventiva da constitucionalidade de qualquer norma constante de decreto legislativo regional que lhes tenha sido enviado para assinatura.
3. A apreciação preventiva da constitucionalidade deve ser requerida no prazo de oito dias a contar da data da recepção do diploma.
4. Podem requerer ao Tribunal Constitucional a apreciação preventiva da constitucionalidade de qualquer norma constante de decreto que tenha sido enviado ao Presidente da República para promulgação como lei orgânica, além deste, o Primeiro-Ministro ou um quinto dos Deputados à Assembleia da República em efectividade de funções.
5. O Presidente da Assembleia da República, na data em que enviar ao Presidente da República decreto que deva ser promulgado como lei orgânica, dará disso conhecimento ao Primeiro-Ministro e aos grupos parlamentares da Assembleia da República.
6. A apreciação preventiva da constitucionalidade prevista no n.º 4 deve ser requerida no prazo de oito dias a contar da data prevista no número anterior.
7. Sem prejuízo do disposto no n.º 1, o Presidente da República não pode promulgar os decretos a que se refere o n.º 4 sem que decorram oito dias após a respectiva recepção ou antes de o Tribunal Constitucional sobre eles se ter pronunciado, quando a intervenção deste tiver sido requerida.
8. O Tribunal Constitucional deve pronunciar-se no prazo de vinte e cinco dias, o qual, no caso do n.º 1, pode ser encurtado pelo Presidente da República, por motivo de urgência.

A fiscalização preventiva possui seus pontos positivos, onde uma lei que poderá e ensinar um grave prejuízo ao ordenamento caso seja incluída no mesmo sequer chegará a ter sua validade posta em prática, em contrapartida atrasará ainda mais o processo legislativo.

Segundo Jorge Miranda (2013), “a fiscalização prolonga o procedimento legislativo e o de conclusão de convenções internacionais; que, feita logo após a aprovação dos diplomas, envolve o risco de arrastar o Tribunal Constitucional para a praça pública; que é daí que podem (ou podem mais) ser observadas as conotações dos juízes com os partidos que os propuseram à eleição parlamentar²⁶”. (MIRANDA, 2013, p. 306)

²⁵ DE MORAIS, Carlos Blanco- Justiça Constitucional. Ed 2011. Coimbra. ISBM 9789723219234, p. 29-30.

²⁶ MIRANDA, Jorge – Manual de Direito Constitucional. Inconstitucionalidade e Garantia da Constituição. 4ª ed. Coimbra: Biblioteca Nacional de Portugal, 2013, p. 306. ISBM

Continuando o mesmo afirma que houve situações em que a falta de fiscalização preventiva ensejou uma grande celeuma, como no caso das “propinas universitárias ou taxa universitárias em 1992 e do estatuto dos Açores em 2008²⁷”. (MIRANDA, 2013, p. 306)

Em suma, o processamento da referida fiscalização se faz da seguinte forma: admitido o pedido o Tribunal Constitucional notifica o Órgão responsável para no prazo de três dias se pronuncie sobre o pedido²⁸; o Tribunal Constitucional possui o prazo de 25 (vinte e cinco) dias²⁹ para se pronunciar sobre o pedido, podendo esse prazo ser reduzido em caso de urgência por parte do presidente da República.

Um fato peculiar nesse procedimento é que poderá haver desistência do pedido, conforme art. 53º da Lei 28/82³⁰, onde ocorreu raríssimas vezes, uma delas foi referente a Resolução 23/99 da Assembleia da República Legislativa da Madeira³¹. (MIRANDA, 2013, p. 304)

2.3.2 Controle Repressivo

O controle repressivo é realizado pelo Tribunal Constitucional Português o qual é o Órgão competente para apreciar matéria constitucional em caráter definitivo. No caso do controle repressivo existem duas formas de controle, o concentrado e o controle difuso, segundo leciona Ricardo Fiúza “cabe recurso para o Tribunal Constitucional das decisões de 1º grau e de 2º grau que recusem a aplicação de qualquer norma com fundamento em sua inconstitucionalidade; que apliquem norma cuja inconstitucionalidade haja sido suscitada durante o processo; ou que apliquem norma anteriormente julgada inconstitucional pelo próprio Tribunal Constitucional³²”. (FIUZA, 2004, p. 291)

Nesse tipo de controle, diferentemente no que afirmamos acima acerca do controle preventivo, deverá haver uma impugnação clara a norma, nesse sentido “o órgão que requer a apreciação tem de assumir o pedido como tal, tem de expressar claramente a vontade de

²⁷ MIRANDA, Jorge – Manual de Direito Constitucional. Inconstitucionalidade e Garantia da Constituição. 4ª ed. Coimbra: Biblioteca Nacional de Portugal, 2013, p. 306. ISBM

²⁸ Art. 54º da lei 28/82- “Admitido o pedido, o presidente notifica o órgão de que tiver emanado a norma impugnada para, querendo, se pronunciar sobre ele no prazo de 30 dias ou, tratando-se de fiscalização preventiva, de 3 dias.

²⁹ Art. 278º, nº 8 da CRP/76.

³⁰ Art. 53º da lei 28/82- “Só é admitida a desistência do pedido nos processos de fiscalização preventiva da constitucionalidade”. Disponível em:<

http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=423&tabela=leis>. Acessado dia 05/04/2017.

³¹ MIRANDA, Jorge – Manual de Direito Constitucional. Inconstitucionalidade e Garantia da Constituição. 4ª ed. Coimbra: Biblioteca Nacional de Portugal, 2013, p. 304. ISBM

³² FIUZA, Ricardo Arnaldo Malheiros. Direito Constitucional Comparado, 2004, p. 291.

requerer a pronuncia ou a declaração de inconstitucionalidade, tem de marcar uma posição, não se reduzindo a mera instancia de transito e de processamento de petições de cidadãos³³”.

2.4 CONTROLE CONCENTRADO DE CONSTITUCIONALIDADE

A inconstitucionalidade abstrata da norma trata-se de ingresso perante ao Tribunal Constitucional de manifestação contrária a aplicação de uma norma a qual supostamente afronta ao texto Constitucional, a procedência da alegativa enseja a retirada de imediato da norma confrontante.

Artigo 281.º

Fiscalização abstracta da constitucionalidade e da legalidade

1. O Tribunal Constitucional aprecia e declara, com força obrigatória geral:

- a) A inconstitucionalidade de quaisquer normas;
- b) A ilegalidade de quaisquer normas constantes de acto legislativo com fundamento em violação de lei com valor reforçado;
- c) A ilegalidade de quaisquer normas constantes de diploma regional, com fundamento em violação do estatuto da região autónoma;
- d) A ilegalidade de quaisquer normas constantes de diploma emanado dos órgãos de soberania com fundamento em violação dos direitos de uma região consagrados no seu estatuto.

Ademais, pela importância demasiada deste instrumento jurídico o texto Constitucional Português limita o controle concentrado para alguns agentes políticos, possui assim o escopo de limitar os legitimados para propor tal demanda, vejamos o que o texto legal determina em seu art. 281º.

Art. 281º

2. Podem requerer ao Tribunal Constitucional a declaração de inconstitucionalidade ou de ilegalidade, com força obrigatória geral:

- 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 respectiva 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 respectivo estatuto.

³³ V. parecer da Comissão de assuntos Constitucionais da Assembleia da República de 18 de março de 1977, in *Diário da Assembleia da República*, I legislatura, 1ª. Sessão legislativa, suplemento ao nº 107, p. 3660(11); parecer nº 2/78 da comissão Constitucional, de 5 de janeiro, in *Pareceres*, IV, p. 152-153; acórdão nº 5/83 do Tribunal Constitucional, de 19 de julho, in *Diário da República*, 2ª Serie, de 26 de janeiro de 1984.

Conforme o próprio texto constitucional constata-se claramente que a decisão do tribunal constitucional em sede de controle concentrado possui eficácia obrigatória geral perante o ordenamento.

No caso da fiscalização em abstrato da norma, o Tribunal Constitucional não está devidamente atrelado à causa de pedir, como bem expôs o próprio TC, “estando os poderes de cognição do Tribunal limitados e condicionados pelo *pedido*- só pode declarar a inconstitucionalidade de normas cuja apreciação tenha sido requerida- não já pela causa de pedir- a declaração de inconstitucionalidade pode ser feita com fundamento na violação de normas ou princípios constitucionais diversos daqueles cuja à violação foi invocada-importa que aquele se apresente rigorosamente formulado, com uma individualização concreta e especificada da norma ou normas havidas por violadoras do texto constitucional³⁴”.

Pode-se aferir deste julgado que o Tribunal possui ampla liberdade para decidir casos de inconstitucionalidade desde que tenha sido instado a se manifestar e a mesma tenha relação com o objeto do pedido, não se vinculando assim ao dispositivo ou alegativa do petitório inicial.

O procedimento do controle abstrato repressivo se faz da seguinte forma: o Tribunal Constitucional admitindo o pedido, notifica-se o Órgão responsável para se manifestar no prazo de 30 (trinta)³⁵ dias; diferentemente na fiscalização preventiva a norma impugnada não sai do ordenamento enquanto perdurar o julgamento, bem como o Tribunal Constitucional não possui prazo para julgar a referida norma.

Após o julgamento da norma pelo Tribunal Constitucional, da inconstitucionalidade da norma impugnada, a mesma será extirpada no ordenamento, fazendo valer essa decisão para todos os Órgãos da administração de maneira vinculativa.

2.5. CONTROLE DIFUSO DE CONSTITUCIONALIDADE

A constituição brasileira de 1891 foi fonte inspiradora a Constituição da Republica de Portugal de 1911, pois naquela já possuía o instituto do controle difuso de constitucionalidade,

³⁴ Acórdão nº 31/84, de 27 de março, in *Diário da República*, 1ª série, de 17 de abril de 1984, p. 1262. Cfr. Também do acórdão nº 258/89, de 23 de fevereiro, in *Diário da República*, 2ª série de 6 de junho de 1989.

³⁵ Art. 54º da lei 28/82- “Admitido o pedido, o presidente notifica o órgão de que tiver emanado a norma impugnada para, querendo, se pronunciar sobre ele no prazo de 30 dias ou, tratando-se de fiscalização preventiva, de 3 dias.

sendo que desde então o referido instituto permaneceu em todas as constituições portuguesas, vindo a se firmar e se consagrar na atual constituição de 1976³⁶.

O sistema de controle difuso constitucional de Portugal possui uma série de peculiaridades, como grande diferencial o referido sistema possui característica mista, onde funde o sistema *judicial review* e o sistema *Verfassungsgerichtsbarkeit*³⁷.

Como já explicado acima o sistema *judicial review* é o sistema construído através do ordenamento jurídico norte-americano onde qualquer juiz ou tribunal poderá declarar a inconstitucionalidade de uma norma frente infraconstitucional, onde tal decisão é oriunda do próprio organismo judicial.

Já o sistema austríaco, possui como fundamento que qualquer alegação de inconstitucionalidade de norma jurídica, nenhum juiz ou tribunal poderá apreciar, sendo obrigatório o remanejamento de tal controvérsia ao tribunal constitucional, tribunal este que não faz parte do quadro orgânico do poder judiciário.

Ocorre que no sistema português, como dito acima, possui um híbrido dos dois sistemas, pois qualquer juiz ou tribunal poderá conhecer da alegação de inconstitucionalidade da norma, onde remeterá o referido processo para o Tribunal Constitucional com a finalidade de que este decida os parâmetros da inconstitucionalidade ou ilegalidade. Por sua vez o tribunal constitucional, quando provocado através de recurso de inconstitucionalidade não aprofunda o mérito do julgamento do caso concreto, vindo a se limitar no balizamento da afronta ou não da norma constitucional.

Após a decisão o tribunal constitucional aplica a cassação da decisão do juiz ou tribunal de origem que julgou o feito, devolvendo ao mesmo os parâmetros onde este deverá pautar a decisão, para que enfim seja novamente julgado por aquele juízo de origem.

Com isso constata-se que o sistema português possui uma característica peculiar, pois qualquer juízo ou tribunal pode decidir matéria constitucional, todavia tal decisão é analisada pelo tribunal constitucional, o qual não é vinculado ao poder judiciário e competente para analisar matéria de natureza concentrada, todavia não existe vinculação de precedente constitucionais dos demais Órgãos judiciários acerca das decisões do Tribunal Constitucional em sede de caso concreto³⁸.

³⁶ Neste preciso sentido, cf. J. J. Gomes Canotilho, “Fiscalização...”, p. 363.

³⁷ Cf. Fernando Alves Correia, Direito..., p. 50 e, comparando com outros sistemas, “Relatório Geral...”, pp. 44-45, e “A justiça...”, p. 40

³⁸ Cf. Carlos Blanco de Moraes, Justiça..., II, p. 597

O Tribunal Constitucional possui competência para julgar tanto inconstitucionalidade, como ilegalidade, o que o diferencia do sistema brasileiro, onde o controle de legalidade é exercido pelo Superior Tribunal de Justiça, e o controle de constitucionalidade é realizado pelo Supremo Tribunal Federal, ambos componentes do poder judiciário brasileiro, conforme já exposto neste trabalho.

Existe uma severa crítica nesse sentido, pelo fato de o Tribunal Constitucional ficar vinculado apenas à aplicação da norma e não estender seus efeitos para inconstitucionalidade de atos administrativos. Diante disso o próprio Tribunal vem alargando esse conceito e estendendo esses efeitos de maneira reflexa, assumindo a competência para apreciar atos sob o fundamento de noção funcional da norma jurídica, pois os referidos atos são baseados em normas jurídicas e essas podem ser apreciadas sua inconstitucionalidade.

Nesse diapasão, alinhando ao que foi elucidado acima, o direito constitucional europeu inclusive o Português, instituiu o Tribunal Constitucional, Órgão distinto, não subordinado ao poder Judiciário, para fins de apreciação de qualquer controle de constitucionalidade e ilegalidade (Constituição da República de Portugal, artigo 280, n.º 2).

A Constituição da República de Portugal – CRP, em seu artigo 280, n.º 1, a e b dispõe de maneira taxativa as possibilidades de ingresso com ação declaratória de inconstitucionalidade por via concreta ou difusa, vejamos:

Artigo 280.º

Fiscalização concreta da constitucionalidade e da legalidade

1. Cabe recurso para o Tribunal Constitucional das decisões dos tribunais:

- a) Que recusem a aplicação de qualquer norma com fundamento na sua inconstitucionalidade;
- b) Que apliquem norma cuja inconstitucionalidade haja sido suscitada durante o processo.

2. Cabe igualmente recurso para o Tribunal Constitucional das decisões dos tribunais:

- a) Que recusem a aplicação de norma constante de acto legislativo com fundamento na sua ilegalidade por violação da lei com valor reforçado;
- b) Que recusem a aplicação de norma constante de diploma regional com fundamento na sua ilegalidade por violação do estatuto da região autónoma;
- c) Que recusem a aplicação de norma constante de diploma emanado de um órgão de soberania com fundamento na sua ilegalidade por violação do estatuto de uma região autónoma;
- d) Que apliquem norma cuja ilegalidade haja sido suscitada durante o processo com qualquer dos fundamentos referidos nas alíneas a), b) e c).

3. Quando a norma cuja aplicação tiver sido recusada constar de convenção internacional, de acto legislativo ou de decreto regulamentar, os recursos previstos na alínea a) do n.º 1 e na alínea a) do n.º 2 são obrigatórios para o Ministério Público.

4. Os recursos previstos na alínea b) do n.º 1 e na alínea d) do n.º 2 só podem ser interpostos pela parte que haja suscitado a questão da inconstitucionalidade ou da ilegalidade, devendo a lei regular o regime de admissão desses recursos.

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

6. Os recursos para o Tribunal Constitucional são restritos à questão da inconstitucionalidade ou da ilegalidade, conforme os casos.

Em suma, tratam dos casos de aplicação de norma declarada inconstitucional por algumas das partes e outra pela omissão em aplicar qualquer norma, alegando o magistrado que a mesma afronta o texto constitucional.

Há casos em que a utilização de tal controle é referente ao texto legal e outros casos ao texto constitucional, conforme podemos constatar no artigo 280º, nº 2, ficando ambas as alegações sujeitas ao mesmo rito procedimental, diferentemente do que ocorre no Brasil, haja vista o controle de legalidade ser exercido pelo Superior Tribunal de Justiça.

Outro ponto importante trata do cumprimento das decisões do Tribunal Constitucional em sede de controle concreto, pois o artigo 280º, nº 5 da CRP é bem nítido nesse sentido, fazendo com que haja vinculação aos agentes públicos/políticos a decisão obtida por meio do controle concreto, o que ocorre também no caso do artigo 280º, nº 3 da CRP, onde embora nenhuma das partes suscite a inconstitucionalidade ou ilegalidade, há casos em que o Ministério Público é imperioso em recorrer, pois trata-se de matéria de ordem pública.

Constata-se que o Ministério Público atua como *custus legis*, onde recorrerá para o Tribunal Constitucional, quando houver uma decisão pretérita desse tribunal acerca da inconstitucionalidade de alguma norma a qual está sendo aplicada no caso concreto, o *parquet* atuará com o fito de uniformizar a jurisprudência do Tribunal Constitucional.

Nos últimos anos o Tribunal Constitucional fora demasiadamente provocado, tanto por parlamentares, como por processos em sentido concreto, o que demonstra sua importância junto ao sistema jurídico português, ocorre que acreditamos que esse sistema de controle difuso, para melhorar sua performance deve abolir esse sistema de cassação dos julgados, devendo aplicar o sistema de substituição para que possa dar mais celeridade aos julgados.

2.7 COMPETÊNCIA

Diferentemente do sistema brasileiro, o sistema de controle de constitucionalidade no ordenamento jurídico de Portugal ele é realizado apenas pelo Tribunal Constitucional, em que pese possa ser alegado em qualquer instância judiciária.

Isso fica claro quando se analisa o próprio dispositivo da Constituição da República de Portugal de 1976³⁹, senão vejamos:

³⁹

Artigo 223.º

Competência

1. Compete ao Tribunal Constitucional apreciar a inconstitucionalidade e a ilegalidade, nos termos dos artigos 277.º e seguintes.

Diante da interpretação literal do texto conclui-se que a própria Carta Política determina a competência única e exclusiva para o referido Tribunal Constitucional.

Todavia existem regramentos específicos para que se possa levar a conhecimento do Tribunal Constitucional, no caso trata-se do art. 70⁴⁰ da Lei Orgânica do Tribunal Constitucional, onde delimita quais matérias poderão ser apreciadas pelo referido Tribunal.

Artigo 70º

1 - Cabe recurso para o Tribunal Constitucional, em secção, das decisões dos tribunais:

- a) Que recusem a aplicação de qualquer norma, com fundamento em inconstitucionalidade;
- b) Que apliquem norma cuja inconstitucionalidade haja sido suscitada durante o processo;
- c) Que recusem a aplicação de norma constante de acto legislativo com fundamento na sua ilegalidade por violação de lei com valor reforçado;
- d) Que recusem a aplicação de norma constante de diploma regional, com fundamento na sua ilegalidade por violação do estatuto da região autónoma ou de lei geral da República;
- e) Que recusem a aplicação de norma emanada de um órgão de soberania, com fundamento na sua ilegalidade por violação do estatuto de uma região autónoma;
- e) Que apliquem norma cuja ilegalidade haja sido suscitada durante o processo, com qualquer dos fundamentos referidos nas alíneas c) e d);
- f) Que apliquem norma cuja ilegalidade haja sido suscitada durante o processo com qualquer dos fundamentos referidos nas alíneas c), d) e e);
- g) Que apliquem norma já anteriormente julgada inconstitucional ou ilegal pelo próprio Tribunal Constitucional;
- h) Que apliquem norma já anteriormente julgada inconstitucional pela Comissão Constitucional, nos precisos termos em que seja requerida a sua apreciação ao Tribunal Constitucional.
- i) Que recusem a aplicação de norma constante de acto legislativo com fundamento na sua contrariedade com uma convenção internacional, ou a apliquem em desconformidade com o anteriormente decidido sobre a questão pelo Tribunal Constitucional.

2.8 DIFERENÇA ENTRE EFEITOS DO ACÓRDÃO: CASSAÇÃO E SUBSTITUIÇÃO

As decisões dos tribunais, especialmente os superiores, possuem três modelos: cassação, substituição e mitigado. O primeiro possui como característica principal o fato da decisão do

<http://www.parlamento.pt/Legislacao/Paginas/ConstituicaoRepublicaPortuguesa.aspx>>. Acesso em: 12 de julho 2017.

⁴⁰ **Lei Orgânica do Tribunal Constitucional.** Disponível em:< http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=423&tabela=leis>. Acessado dia 08/07/2017.

tribunal apenas fazer cessar a decisão atacada, remetendo os autos para o juiz *a quo* aplicar novamente a decisão, todavia agora com base no entendimento firmado pelo tribunal superior.

Tal efeito prioriza a quiçá a melhor aplicação do direito, haja vista que o juiz prolator da primeira sentença adquiriu mais contato com os fatos do processo, com a partes, estando plenamente, *data máxima vênia*, mais preparado para decidir o caso concreto, inobstante a isso a decisão reformada baseou-se apenas no direito puro e certo, esse tipo de procedimento é aplicado por exemplo na Bélgica.

No que toca ao modelo da substituição, as decisões do tribunal superior cassam e modificam as decisões proferidas pelos tribunais *ad quem*, podendo assim envolver questões de direito e de fato, tal modelo é aplicado, por exemplo, no Brasil.

O modelo predominante é o mitigado, ou seja, decisões em que poderá haver apenas a cassação e outras em que poderá haver a substituição, como Portugal. Neste caso existem recursos que a decisão do tribunal *ad quo* é apenas cassada, como a decisão proferida pelo Tribunal Constitucional, onde este declara que aquela lei ou dispositivo da lei é inconstitucional e remete ao juiz prolator da sentença para julgar de acordo com os parâmetros informados.

A doutrina do professor Aberto dos Reis (2012) elucida claramente essa alegação “Prevalece, pois, o regime de substituição, sem embargo de uma ou outra solução em que, por falta de elementos relevantes para a decisão da causa, o processo é reenviado para o tribunal recorrido”⁴¹. (REIS, 2012, p. 80)

Todavia no procedimento de declaração de inconstitucionalidade por via difusa o texto legal não deixa qualquer dúvida acerca dos efeitos da cassação da decisão por parte do Tribunal Constitucional, na Lei 28/82⁴²

Artigo 80.º

(Efeitos da decisão)

1 - A decisão do recurso faz caso julgado no processo quanto à questão da inconstitucionalidade ou ilegalidade suscitada.

2 - Se o Tribunal Constitucional der provimento ao recurso, ainda que só parcialmente, os autos baixam ao tribunal de onde provieram, a fim de que este, consoante for o caso, reforme a decisão ou a mande reformar em conformidade com o julgamento sobre a questão da inconstitucionalidade ou da ilegalidade.

O modelo de substituição por sua vez é observado nas decisões do Supremo Tribunal de Justiça, onde através de recurso de revista reforma decisão que afronte a lei substantiva. Todavia

⁴¹ DOS REIS, José Alberto. Código de Processo Civil Anotado, VI. 3ª Ed. Editora: Coimbra. Ano: 2012. ISBN: 9789723220407. p. 80.

⁴² **Lei Orgânica do Tribunal Constitucional.** Disponível em: <
http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=423&tabela=leis>. Acessado dia 08/07/2017.

quando se trata da alegação de inconstitucionalidade o modelo aplicado é da cassação.

2.9 RECLAMAÇÃO CONSTITUCIONAL: FORMA DE FAZER CUMPRIR A DECISÃO NO CONTROLE DIFUSO

Não existiria sentido estarmos fundamentando formas de controle de constitucionalidade, competência para apreciar tais questões se não expormos também a forma de cumprimento de tais decisões, tendo em vista que a mesma serve de grande parâmetro para a pacificação social.

No sistema processual de Portugal existem duas formas de acessar ao Tribunal Constitucional, por via de recurso propriamente dito e por via de incidente. Neste último, o Tribunal Constitucional é instado a se manifestar sobre determinada matéria constitucional ou ilegal, sendo que tal manifestação é provocada pelo tribunal *a quo*, sendo defeso o Tribunal *ad quem* avocar de ofício tal competência.

Como já afirmado acima o Tribunal Constitucional não poderá se manifestar sobre a questão de mérito, sendo competente apenas para analisar previamente a matéria suscitada cabendo à decisão principal, ou de mérito, ao tribunal *a quo*.

Tanto Constituição da República de Portugal, como a Lei Orgânica do Tribunal Constitucional não elucidam meios específicos de controle e execução das decisões do TC, paira assim a dúvida acerca da possibilidade de invocar dispositivos legais para fazer cumprir tais decisões.

Um dos dispositivos que norteiam esse cumprimento e execução é o art. 70º da Lei 28/82⁴³ e o art. 280º⁴⁴ da CRP para fazer cumprir tais decisões, todavia a doutrina e a jurisprudência se dividiam acerca de quais decisões cabiam reclamação para devido cumprimento.

A dúvida pairava acerca das decisões do Tribunal Constitucional no caso concreto, onde os efeitos somente seriam *inter parts*, ou em decisões o força obrigatória geral. Neste sentido faz-se necessário expor o Acórdão do TC 257/89⁴⁵, vejamos um excerto do referido acórdão:

5 — Pelo Acórdão n.º 187/87 deste Tribunal Constitucional (publicado no Diário da

⁴³ **Lei Orgânica do Tribunal Constitucional.** Disponível em: <http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=423&tabela=leis>. Acessado dia 08/07/2017.

⁴⁴ **Constituição da República Portuguesa.** Disponível em: <<https://www.parlamento.pt/Legislacao/Paginas/ConstituicaoRepublicaPortuguesa.aspx>>. Acessado dia 08/07/2017

⁴⁵ **Acórdão n.º 257/89.** Processo n.º 264/88. Relator, Conselheiro Luís Nunes de Almeida. <<http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/19890257.html>>. Acessado dia 08/07/2017.

República, 1.^a série, de 17 de Junho de 1987) foi declarada, «com força obrigatória geral, a inconstitucionalidade orgânica do n.º 2, alínea c), do artigo 9.º, do Decreto-Lei n.º 187/83, de 13 de Maio, por violação da alínea c) do n.º 1 do artigo 168.º da CRP».

Nesta conformidade, apenas há que aplicar ao caso concreto a referida declaração de inconstitucionalidade com força obrigatória geral.

6 — Em face do exposto, concede-se provimento ao recurso e ordena-se que a decisão recorrida seja reformada em conformidade com a referida declaração de inconstitucionalidade com força obrigatória geral.

A exegese do excerto acima, juntamente com a doutrina de J.J. Canotilho constata claramente a necessidade da decisão de inconstitucionalidade ser de eficácia geral, pois caso contrário a suscitação da inconstitucionalidade sobre a norma declarada outrora deverá transcorrer nos mesmos moldes da primeira alegativa.

2.10 VALIDADE DA LEI DECLARADA INCONSTITUCIONAL OU ILEGAL

No sistema jurídico português, como de alguns países da Europa, o controle de constitucionalidade é realizado pelo Tribunal Constitucional, Órgão distinto do poder judiciário, todavia atuando em matérias eminentemente jurídicas.

O Tribunal Constitucional possui competência para julgar tanto inconstitucionalidade, como ilegalidade, o que diferencia do sistema brasileiro, onde o controle de legalidade é exercido pelo Superior Tribunal de Justiça, e o controle de constitucionalidade é realizado pelo Supremo Tribunal Federal, ambos componentes do poder judiciário brasileiro, conforme já amplamente exaurido.

Como já elucidado acima, o direito constitucional europeu inclusive o Português, instituiu o Tribunal Constitucional, Órgão distinto, não subordinado ao poder Judiciário, para fins de apreciar qualquer controle de constitucionalidade e ilegalidade, conforme (CRP, 280, n.º 2).

A Constituição da República de Portugal – CRP, em seu artigo 280, n.º 1, a e b dispõe de maneira taxativa as possibilidades de ingresso com ação declaratória de inconstitucionalidade por via concreta ou difusa, que em suma trata-se nos casos de aplicação de norma declarada inconstitucional por algumas das partes e outra pela omissão em aplicar qualquer norma, alegando o magistrado que a mesma afronta o texto constitucional.

Há casos em que a utilização de tal controle é referente ao texto legal e outros casos ao texto constitucional, conforme podemos constatar no artigo 280º, nº 2, ficando ambas as

alegativas sujeitas ao mesmo rito procedimental, diferentemente do que ocorre no Brasil, haja vista que o controle de legalidade ser exercido pelo Superior Tribunal de Justiça.

Outro ponto importante trata-se do cumprimento das decisões do Tribunal Constitucional em sede de controle concreto, pois o artigo 280º, nº 5 da CRP é bem nítido nesse sentido, senão vejamos:

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

Constata-se, além disso, que embora que nenhuma das partes suscite a inconstitucionalidade ou ilegalidade, há casos em que o Ministério Público é imperioso em recorrer, pois trata-se de caso de ordem pública, que se refere aos casos constates no artigo 280º, nº 3 da CRP⁴⁶, diferentemente no Brasil que o Ministério Público não se ver obrigado a recorrer de matéria que seja declarada inconstitucional.

Constata-se que o Ministério Público atua como *custus legis*, onde recorrerá para o Tribunal Constitucional, quando houver uma decisão pretérita desse tribunal acerca da inconstitucionalidade de alguma norma a qual está sendo aplicada no caso concreto, o *parquet* atuará com o fito de uniformizar a jurisprudência do TC.

2.11 MODIFICAÇÃO DOS EFEITOS DA DECISÃO EM SEDE DE CONTROLE DIFUSO, ART. 281º, N.º 3 DA CRP/1976

Como no sistema jurídico brasileiro, no português, o controle de constitucionalidade possui, como princípio basilar, a solução do problema no caso concreto, e, secundário, o expurgo da norma do ordenamento jurídico.

Com isso, constata-se que a decisão em sede de controle difuso de constitucionalidade se faz de maneira *inter parts* e *ex tunc*, não cabendo extensão para outros casos semelhantes junto a sociedade.

Antes de adentrar no tema acerca da extensão dos efeitos da decisão do Tribunal Constitucional, faz-se imprescindível destacar que o modelo de decisão do Tribunal constitucional é diverso do Supremo Tribunal Federal, haja vista que naquele segue o modelo de cassação da decisão, ou seja, o tribunal *ad quem*, analisa apenas o âmbito constitucional da

⁴⁶ Art. 280, nº 3. Quando a norma cuja aplicação tiver sido recusada constar de convenção internacional, de acto legislativo ou de decreto regulamentar, os recursos previstos na alínea a) do n.º 1 e na alínea a) do n.º 2 são obrigatórios para o Ministério Público.

matéria posta em julgamento, devolvendo ao tribunal *a quo* o feito para concluir seu julgado nos moldes da decisão superior, conforme o artigo 80º, n.º 2, 28/1982.

Este é o sábio magistério do professor J. J Canotilho⁴⁷:

Ele é um órgão de recurso para conhecer da violação do <<bloco da inconstitucionalidade>> e do bloco <<da legalidade reforçada>>, e, nestas vestes, pode revogar total ou parcialmente a decisão recorrida, ordenando que o tribunal a quo proceda a reforma da sentença por ele proferida a fim de se conformar com a decisão do TC quanto a questão da inconstitucionalidade ou da ilegalidade (cfr. LTC, art. 80º/2).

Maneira diversa ocorre no sistema brasileiro, onde figura o modelo de substituição, cabendo ao próprio tribunal *ad quem* julgar o processo no estado em que se encontra, ou seja, realizando o julgamento em sua profundidade.

Todavia, em confronto o texto constitucional lusitano em face ao texto brasileiro, constata-se que aquele legislador abriu a faculdade para o Tribunal Constitucional ampliar os efeitos da decisão em sede de controle por via de exceção, é o que determina o artigo 281º, nº 3 da CRP, o qual destaca o seguinte:

3. O Tribunal Constitucional aprecia e declara ainda, com força obrigatória geral, a inconstitucionalidade ou a ilegalidade de qualquer norma, desde que tenha sido por ele julgada inconstitucional ou ilegal em três casos concretos.

A simples análise do texto constitucional acima constata-se a importância do controle difuso, pois visando a morosidade dos legitimados a propor ação direta de inconstitucionalidade, bem como reiteradas decisões vindouras no mesmo sentido, o texto permite a extensão dos efeitos do controle difuso, de *inter parts* para *erga omnes*, e de *ex tunc* para *ex nunc*, caso tenha sido julgado inconstitucional ou ilegal por três vezes em casos concretos.

Todavia, diferentemente do regime brasileiro, o regime de controle difuso em Portugal, não oferta o poder de suspender a norma declarada repetidas vezes pelo órgão competente a outro órgão do tripé do estado, ou seja, neste caso não seja encaminhado ao parlamento o comunicado para suspender tal norma declarada ilegal ou inconstitucional pelo Tribunal Constitucional, ficando o este mesmo tribunal encarregado de excluir a norma do regime jurídico pátrio.

⁴⁷CANOTILHO, J.J. Gomes, Direito Constitucional e teoria da constituição. Ed 7ª. ISBM 978-972-40-21-6-5. Almedina, Lisboa, P. 1001.

Com o fito de proporcionar mais celeridade aos controles de inconstitucionalidade o legislador português atuou corretamente quando atribuiu ao Tribunal Constitucional autonomia para que em caso de reiteradas decisões acerca do mesmo texto legal, em sede de controle difuso, houvesse possibilidade em modificar os efeitos de *inter partes* para *erga omnes*.

O artigo 281, n.º 3 da CRP, dispõe claramente sobre o que foi articulado acima, indicando que depois de reiteradas decisões acerca do mesmo texto legal declarado inconstitucional pelo Tribunal Constitucional, com número mínimo de 03(três), os efeitos dessa decisão terão eficácia geral contra todos.

Não obstante, o artigo 82º da Lei n.º 28/1982⁴⁸ desta lei permite que o Tribunal Constitucional, reúna esses processos e analise de maneira abstrata a inconstitucionalidade ou ilegalidade da lei.

Em complemento o professor Jorge Miranda (2013)⁴⁹:

Observe-se, no entanto, desde já, que o cunho muito peculiar do atual sistema português não obsta à relevância da decisão do Tribunal Constitucional (tal como, antes, da Comissão Constitucional) para além do caso concreto. Ela é dupla: 1.º porque cabe recurso da decisão de qualquer tribunal que aplique norma anteriormente julgada inconstitucional ou ilegal pelo Tribunal Constitucional (art. 280º., n.º 5); 2.º porque (como se já sabe) quando o tribunal julga três vezes inconstitucional ou ilegal a mesma norma, pode, de seguida, desencadeado um processo(de fiscalização abstrata) com vista a declaração de inconstitucionalidade ou de ilegalidade com força obrigatória geral(art. 281.º, n.º3). (MIRANDA, Jorge, 2013, p. 241)

Observa-se com o magistério acima que o controle de constitucionalidade por via concreta, praticado pelo direito português possui uma clara inclinação a abstrativização do controle difuso, pois possui amparo no próprio texto constitucional.

Em suma, após o Tribunal Constitucional julgar por 3 (três) vezes uma norma inconstitucional em sede de controle difuso, ficará facultado a este Tribunal modificar o rito do processamento da matéria, para incluir no âmbito do controle abstrato, e após a decisão em sede de tal controle é que a norma seria expurgada do ordenamento jurídico.

À luz desse dispositivo, após a decisão do Tribunal Constitucional acerca da inconstitucionalidade da lei, os órgãos judiciais deverão cumprir a decisão do referido Tribunal superior, cabendo a parte que se sentir prejudicada recorrer para o TC a fim de fazer cumprir essa decisão.

⁴⁸ Lei orgânica sobre a organização, funcionamento e processo do Tribunal Constitucional.

⁴⁹MIRANDA, Jorge – Manual de Direito Constitucional. Inconstitucionalidade e Garantia da Constituição. 4ª ed. Coimbra: Biblioteca Nacional de Portugal, 2013, p. 241. ISBN

CAPÍTULO 3

O CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE À LUZ DO DIREITO BRASILEIRO

3.1 ASPECTOS GERAIS

O direito brasileiro, no que concerne ao controle de constitucionalidade, traz uma proposta interessante: condensar os modelos europeu e americano dentro de um só sistema jurídico. Assim, no Brasil, o controle concentrado de constitucionalidade baseado em casos abstratos é exercido pelo Supremo Tribunal Federal, bem como qualquer juiz ou tribunal do país tem o poder de aferir a compatibilidade de normas infraconstitucionais com a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (CRFB/88), a partir de um caso concreto.

Saliente-se que há controle político de constitucionalidade no Brasil sim, mas é exercido de maneira muito mais restrita do que o jurisdicional. É essencialmente preventivo, realizado pelo Poder Legislativo, por meio das Comissões de Constituição e Justiça e pelo Chefe do Poder Executivo, através do veto.

Controle de constitucionalidade, de uma forma geral, é a verificação da compatibilidade vertical entre a norma ou o ato questionado e a Constituição.

Fala-se “compatibilidade vertical” porque a Constituição é norma hierarquicamente superior ao ato questionado/analísado, bem como a todos os demais do ordenamento jurídico, portanto, é relação vertical, haja vista que a Constituição está acima e é o fundamento de validade desse ato.

O controle de constitucionalidade tem como pressuposto o escalonamento de normas, dentro do qual a Constituição ocupa o grau máximo desta relação hierárquica, pelo que se caracteriza como norma de validade dos demais atos normativos existentes no ordenamento jurídico. (LENZA, 2008, p. 117).

Fundamenta-se, portanto, no princípio da supremacia da constituição, o qual, nos dizeres de Branco, Coelho e Mendes (2010, p. 58-59):

Visualizado o ordenamento jurídico como uma estrutura hierarquizada de normas, cuja base repousa na ficção da norma fundamental hipotética, de que se utilizou Hans Kelsen para descrever a estática e a dinâmica jurídicas e, assim, a própria existência do direito, emerge, nítida, a supremacia da Constituição como ponto de condição e validade de todas as normas jurídicas, na medida em que é a partir dela, como dado de realidade, que se desencadeia o processo de produção normativa, a chamada

nomogênese jurídica, que, em nosso direito positivo, por exemplo, está disciplinada, sob o título do processo legislativo, nos arts. 59 a 69 da Constituição de 1988.

Noutras palavras, pela sua própria localização na base da pirâmide normativa, é a Constituição a instância de transformação da normatividade, puramente hipotética, da norma fundamental, em normatividade concreta, dos preceitos de direito positivo — comandos postos em vigor — cuja forma e conteúdo, por isso mesmo, subordinam-se aos ditames constitucionais. Daí se falar em supremacia constitucional formal e material, no sentido de que qualquer ato jurídico — seja ele normativo ou de efeito concreto —, para ingressar ou permanecer, validamente, no Ordenamento, há se mostrar conforme aos preceitos da Constituição.

Daí se verifica que o escopo primordial do controle de constitucionalidade é impedir que atos normativos contrários ao disposto na Constituição possam surtir efeitos, "sob pena de se converter a supremacia da constituição em simples instrumento de retórica" (BERNARDES; FERREIRA, 2013, p. 303).

No presente capítulo, proceder-se-á ao estudo, ainda que de maneira breve e como forma de introdução ao tema central deste trabalho, do conceito de constituição como lei fundamental, dos pressupostos do controle de constitucionalidade e as espécies de constitucionalidade e, ao final, destacar-se-á aspectos relevantes sobre o controle de constitucionalidade no direito comparado, a fim de compreender o complexo sistema de controle adotado pelo Brasil.

3.2 A CONSTITUIÇÃO COMO ORDEM JURÍDICA FUNDAMENTAL

Antes de adentrar no estudo do tema ora proposto, é importante ressaltar que, entre as diversas definições doutrinárias existentes de Constituição, interessa-nos no presente trabalho enunciar a ideia de Constituição como ordem jurídica fundamental, mormente porque o estudo do controle de constitucionalidade é lastreado, sobremaneira, na supremacia da Lei Maior sobre as normas infraconstitucionais.

A Constituição, de acordo com Hesse (1991, apud, CLÊVE, 2000, p. 27), é o documento que: (a) determina os princípios diretores segundo os quais se deve formar a unidade política e prosseguir a atividade do Estado; (b) regula o processo da solução de conflitos dentro da comunidade; (c) ordena a organização e o processo de formação da unidade política e da atuação do Estado e (d) cria os fundamentos e normatiza os princípios da ordem jurídica global.

Entretanto, para cumprir esse mister a Constituição precisa ser compreendida como norma e como lei fundamental, como um parâmetro normativo que decide a validade das leis editadas pelo Congresso e que não fica imune à atividade dos juízes e dos tribunais. (CLÉVE, 2000, p. 27).

Cléve (2000) assenta que a compreensão da Constituição como Lei Fundamental implica não apenas reconhecer a Sua supremacia na ordem jurídica, mas, também, a existência dos meios necessários para garantir juridicamente a apontada qualidade.

Daí porque:

A supremacia constitucional deve vir acompanhada, também, de uma Certa "consciência constitucional", ou, como prefere Hesse, de uma "vontade da constituição". Ele reclama a defesa permanente da obra e dos valores adotados pelo Poder Constituinte. Afinal, sem "consciência constitucional" Ou sem "vontade de constituição", nenhuma sociedade consegue realizar satisfatoriamente sua Constituição ou cumprir com seus valores. Pressuposto, portanto, da fiscalização da constitucionalidade é a compreensão da Carta Magna como lei fundamental, o que implica a aceitação de sua primazia e a "consciência da necessidade de garantia dos seus princípios e preceitos. (CLÉVE, 2000, p. 33-34).

Dessa forma, ganha relevo o tema central deste trabalho, porquanto, conforme será abordado adiante, um dos escopos dos sistemas judiciais de controle de constitucionalidade é assegurar a existência da Constituição como ordem jurídica fundamental.

3.3 PRESSUPOSTOS PARA A REALIZAÇÃO DO CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE

Na realização desse controle, no que tange ao direito brasileiro, deve-se verificar a ocorrência de alguns pressupostos. De acordo com o entendimento majoritária presente na doutrina brasileira, são três os pressupostos a serem satisfeitos para que seja possível o controle de constitucionalidade de um ato normativo.

Tais postulados fazem parte da existência lógica de um sistema de fiscalização de constitucionalidade, uma vez que não haveria como se controlar a compatibilidade de duas normas que não tivessem relação hierárquica e processo de elaboração diferenciados. Nas palavras de Barroso (2012, p. 24), “Se as leis infraconstitucionais fossem criadas da mesma maneira que as normas constitucionais, em caso de contrariedade ocorreria a revogação do ato anterior e não a inconstitucionalidade”.

O primeiro pressuposto diz respeito a Supremacia da Constituição, fincada na ideia de

verticalidade, no sentido de que a Lei Maior é a norma hierarquicamente superior às demais. Sendo assim, naqueles modelos de Estado Constitucional em que a Constituição não é dotada de supremacia, a rigor, não haveria controle de constitucionalidade.

Há Estados que adotam o modelo parlamentarista, em que ao invés de supremacia da Constituição fala-se em supremacia do parlamento. Nesses casos, não há o que se falar em controle de constitucionalidade das leis em relação à Constituição, uma vez que, diferentemente do que ocorre no Brasil, as leis são produzidas pelo parlamento e a supremacia é dada ao próprio parlamento.

O segundo pressuposto é a rigidez, que se refere a modificação normativa da Constituição pelos órgãos constituídos. Dessa forma, uma Constituição rígida é aquela em que, para que seja possível a alteração de suas normas constitucionais, requer-se o seguimento de uma forma ou procedimento especial, necessitando-se de um processo legislativo mais rigoroso do que o de elaboração das leis.

Por conseguinte, se essa se apresentar regida pelo mesmo processo modificativo ou, até mesmo, por processo modificativo menos dificultoso, em relação às outras normas do ordenamento, não se pode cogitar de uma modificação constitucional rígida, o que, a priori, nos levaria a crer de não estarmos tratando de uma Constituição rígida e, consequentemente, não haveria o que se falar em controle de constitucionalidade.

Dito de outro modo, a supremacia da Constituição e a sua rigidez são pressupostos para a existência do controle de constitucionalidade, de modo que, por aquela, “nenhuma lei ou ato normativo – na verdade, nenhum ato jurídico – poderá subsistir validamente se estiver em desconformidade com a Constituição” (BARROSO, 2012, p. 23), e, por esta última, “[...] a norma constitucional precisa ter um processo de elaboração diverso e mais complexo do que aquele apto a gerar normas infraconstitucionais”. (BARROSO, 2012, p. 24).

Já o terceiro pressuposto para o controle de constitucionalidade é a existência de um órgão competente para realizar o controle. Sendo assim, sob um ponto de vista lógico, se há controle de constitucionalidade é necessário definir quem o fará. No Brasil, como regra geral, o principal órgão competente para realizar o referido controle é o Supremo Tribunal Federal – STF; e, em determinadas ocasiões, o judiciário como um todo.

Todavia, não somente o judiciário possui como atribuição o controle de constitucionalidade das normas. Além do Poder Judiciário, o Executivo e o Legislativo, dada a referida situação, também podem participar do controle de constitucionalidade. Então, diz-se

que o controle pode ser realizado em uma acepção ampla (*lato sensu*) e em uma acepção restrita (*stricto sensu*).

Nesse caso, em uma acepção ampla, quando um órgão não judicial realiza o controle, se está diante de uma apreciação de constitucionalidade. Desse modo, pode-se reconhecer que a norma é inconstitucional ou constitucional, mas, tecnicamente falando, não há uma declaração de (in)constitucionalidade. Já no controle em sentido estrito, é plenamente possível uma declaração de constitucionalidade ou de inconstitucionalidade, o que só é possível pelo Poder Judiciário⁵⁰.

3.4 INVESTIDURA NO CARGO DE MINISTRO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

O sistema representativo eleitoral no Brasil é realizado pelo voto direto, secreto e universal, onde o candidato é votado pelos seus eleitores diretos do povo, no Estado em que irá representar, junto ao Congresso Nacional. Esse sistema é realizado utilizando duas formas: o sistema proporcional e o sistema majoritário.

O primeiro sistema é utilizado para eleição de parlamentares que irão compor a Câmara dos Deputados Federais, sendo disponíveis vagas por cada Estado vinculado ao número de eleitores. Tal modelo encontra-se sedimentado no art. 45 da Constituição Federal de 1988, onde determinou o seguinte:

Art. 45. A Câmara dos Deputados compõe-se de representantes do povo, eleitos, pelo sistema proporcional, em cada Estado, em cada Território e no Distrito Federal.

No que tange a representação majoritária no Congresso esta serve de base para eleições dos Senadores da República, onde cada Estado independente do número de eleitores possui apenas 3(três) representantes. Ademais cumpri destacar o princípio da própria essência da criação desse sistema, pois os cargos são postos vacantes em períodos diversos. A própria Constituição Federal de 1988 elucida de maneira clara em seu artigo 46:

Art. 46. O Senado Federal compõe-se de representantes dos Estados e do Distrito Federal, eleitos segundo o princípio majoritário.

A forma de eleição se dá de maneira majoritária, embora o mesmo componha o

⁵⁰ FIGUEIREDO, Marcelo. **Controle de constitucionalidade no Brasil**. 2017. Disponível em: <<https://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbete/27/edicao-1/controlado-concentrado-de-constitucionalidade-no-brasil>>. Acesso em: 04/08/2017.

Congresso, seu sistema de eleição é o único parlamentar que se elege pelo voto majoritário, e o qual possui 2(dois) suplentes, possui como objetivo representar os Estados da Federação.

O sistema de escolha dos membros do Supremo Tribunal Federal fora espelhado no sistema americano, onde os membros dessa Corte possuem mandatos vitalícios, indicados pelo Presidente da República, após sabatinado pelo Senado Federal por maioria dos membros.

Atualmente, tal critério de escolha vem sofrendo duras críticas, haja vista que o poder de indicação ser exclusivo do Presidente da República traria certa dificuldade em aferir o critério da imparcialidade dos Ministros nomeados, não ocorrendo o sistema de freios e contrapesos (*checks and balances*) tão defendidos em nossa Carta Política.

Desde a criação do Supremo Tribunal Federal, através da Constituição de 1891, a nomeação dos referidos Ministros tem a participação do Presidente da República e do Senado Federal, ocorreram apenas 5(cinco) situações em que as nomeações foram rejeitadas, todas no Governos do Presidente Marechal Floriano Peixoto⁵¹.

Em que pese o sistema brasileiro guardar os mesmos ideais do sistema Americano, este diverge-se completamente daquele, primeiramente pelo número de rejeições. Segundo ponto analisa-se no processo de escolha, onde nos EUA o mesmo possui o tempo maior de depuração, análise do currículo, histórico de vida, capacidade cognitiva, discussões estas que duram semanas e até meses até ser levada a plenário.

No Brasil, ao contrário, a sabatina tem se mostrado meramente burocrática e nenhuma indicação é rejeitada pelo Senado, com exceção dos casos acima mencionados.

Conforme preceitua a própria Constituição Federal, a forma de escolha dos Ministros do Supremo Tribunal Federal ocorre conforme determina o art. 101 da seguinte forma:

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.

O critério de escolha se faz de maneira exclusiva do Chefe do Executivo Federal, cabendo ao Senado Federal sabatar o pretendo candidato, restando o Presidente da República vinculando a decisão do Senado Federal.

⁵¹ **Notas sobre O Supremo Tribunal. (Império e República). Ministro Celso de Mello.** Disponível em:<
<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/sobreStfConhecaStfCuriosidadeStf/anexo/NotasInformativasEletronica161007.pdf>>. Acesso em 12 de julho 2017.

Diversas críticas são feitas em razão desse sistema, como Alexandre de Moraes⁵² “os membros do STF devem ser escolhidos, de maneira proporcional, pelos representantes dos poderes Executivos, Legislativos e Judiciário”, bem como professor Dalmo de Abreu Dallari⁵³ onde afirma “seria mais razoável, e mais condizente com a democracia, permitir que entidades representativas de advogados, juízes e do Ministério Público, bem como dos tribunais Superiores Federais e Estaduais apresentassem sugestões de nomes”.

Diversas propostas estão tramitando junto ao Congresso Nacional sendo que até o momento nenhuma delas fora sancionada para fins de modificação do critério de escolha.

3.5 TIPOS DE INCONSTITUCIONALIDADE

3.5.1. Inconstitucionalidade por ação e por omissão

Na inconstitucionalidade por ação se faz de maneira mais corriqueira, pois se refere a todas as normas ou ato jurídico-público que afronte, de maneira positiva, a Constituição, nas palavras de Luís Roberto Barroso “a referência à inconstitucionalidade por ação, portanto, abrange os atos legislativos incompatíveis com o texto constitucional. (...). Os múltiplos modelos de controle de constitucionalidade (...) foram concebidos para lidar com o fenômeno dos atos normativos que ingressam no mundo jurídico com um vício de validade⁵⁴”.

A inconstitucionalidade por omissão possui uma negação por parte da norma regulamentadora, que se caracteriza pela inércia da legislação, onde o poder público responsável por editar normas se omite em exercer tal obrigação determinada pela Constituição, nas palavras de Barroso Ensina Luís Roberto Barroso que “a omissão inconstitucional total ou absoluta estará configurada quando o legislador, tendo o dever jurídico de atuar, abstenha-se inteiramente de fazê-lo, deixando um vazio normativo na matéria”. (BARROSO, 2006, p. 35)

3.5.2. Inconstitucionalidade material ou formal (interna)

⁵² MORAES, Alexandre de. **Jurisdição Constitucional e Tribunais Constitucionais. Garantia Suprema da Constituição**. São Paulo: Atlas, 2000.

⁵³ DALLARI, Dalmo de Abreu. **O Poder dos Juízes**. São Paulo: Saraiva, 1996.

⁵⁴ BARROSO, Luís Roberto. O controle de constitucionalidade no direito brasileiro: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2006, p.31-32

O primeiro tipo mencionado é a inconstitucionalidade material, geralmente é a que mais existe no âmbito do controle jurídico-constitucional, onde a própria norma, na sua essência, está eivada de afronta a Constituição daquele ordenamento.

Nas palavras de Barroso “a inconstitucionalidade material expressa uma incompatibilidade de conteúdo, substantiva entre a lei ou o ato normativo e a Constituição. Pode traduzir-se no confronto com uma regra constitucional – e.g., a fixação da remuneração de uma categoria de servidores públicos acima do limite constitucional (art. 37, XI) – ou com um princípio constitucional, como no caso de lei que restrinja ilegítimamente a participação de candidatos em concurso público, em razão do sexo ou idade (arts. 5º, caput, e 3º, IV), em desarmonia com o mandamento da isonomia. O controle material de constitucionalidade pode ter como parâmetro todas as categorias de normas constitucionais: de organização, definidoras de direitos e programáticas⁵⁵”.

Esse tipo de inconstitucionalidade se distingue da seguinte forma: para haver a elaboração de uma legislação ou de um ato jurídico-público é imprescindível a realização de conduta e procedimentos para fins de que a norma ou o ato torne-se legítimo, pois doravante é que a mesma poderá integrar o ordenamento jurídico.

Continuando com o magistério de Barroso o mesmo define “a primeira possibilidade a se considerar, quanto ao vício de forma, é a denominada inconstitucionalidade orgânica, que se traduz na inobservância da regra de competência para a edição do ato (...). De outra parte, haverá inconstitucionalidade formal propriamente dita se determinada espécie normativa for produzida sem a observância do processo legislativo próprio⁵⁶”.

3.5.3 Inconstitucionalidade Originária ou Superveniente

A inconstitucionalidade originária nas palavras de Jorge Miranda (2013) “se na vigência de certa norma constitucional se emite um ato (ou um comportamento omissivo) que a viola, dá-se inconstitucionalidade originária⁵⁷”.

Já a inconstitucionalidade superveniente ocorre quando uma norma constitucional surge e a mesma afronta a uma norma já preexistente. Segundo Jorge Miranda existe uma situação

⁵⁵ BARROSO, Luís Roberto. O controle de constitucionalidade no direito brasileiro: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2006, p.29.

⁵⁶ BARROSO, Luís Roberto. O controle de constitucionalidade no direito brasileiro: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2006, p.26-27.

⁵⁷ MIRANDA, Jorge – Manual de Direito Constitucional. Inconstitucionalidade e Garantia da Constituição. 4ª ed. Coimbra: Biblioteca Nacional de Portugal, 2013, p. 37-38. ISBM

particular onde poderá haver uma evolução jurisprudencial e aquela norma passa-se a ser inconstitucional, “uma norma que foi até certa altura conforme a Constituição começa visivelmente a tomar-se desconforme, ou porque as próprias normas da constituição ação suscetíveis de uma interpretação evolutiva que minará a compatibilidade da norma infraconstitucional⁵⁸”.

3.6 TIPOS DE CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE

3.6.1 Controle Preventivo e Repressivo

O controle preventivo é uma forma de evitar que norma claramente inconstitucional seja posta no ordenamento jurídico. Na grande maioria das vezes, esse controle é exercido pelos Poderes Executivo e Legislativo, onde podem vetar ou rechaçar a aplicação da lei, respectivamente.

Já o controle repressivo, a mais das vezes, é feito pelo Poder Judiciário, sendo que, nesse caso, a norma já se encontra no ordenamento jurídico e a mesma será expurgada.

Nas palavras de Alexandre de Moraes, há a simplificação dessa diferença:

Enquanto o controle preventivo pretende impedir que alguma norma maculada pela eiva da inconstitucionalidade ingresse no ordenamento jurídico, o controle repressivo busca dele expurgar a norma em desrespeito à Constituição⁵⁹. (MORAES, 2001, p. 562)

Sendo assim, na classificação desses dois tipos de controle de constitucionalidade, deve-se atentar para o momento em que a norma é submetida ao ordenamento jurídico, uma vez que no preventivo (a priori) o controle incide sobre o projeto de norma e no repressivo (sucessivo ou a posteriori ou, ainda, posterior), por outro lado, o controle incide sobre a norma.

3.6.2 Controle de constitucionalidade difuso e o controle de constitucionalidade concentrado no âmbito do direito brasileiro

Após analisarmos toda essa evolução e contexto histórico aqui descritos, podemos perceber que o controle de constitucionalidade judicial se desenvolveu valendo-se de

⁵⁸ MIRANDA, Jorge – Manual de Direito Constitucional. Inconstitucionalidade e Garantia da Constituição. 4ª ed. Coimbra: Biblioteca Nacional de Portugal, 2013, p. 37-38. ISBM

⁵⁹ MORAES, Alexandre de. Direito Constitucional. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2001, p.562.

concepções filosóficas e de experiências históricas diversas.

O referido sistema, conforme delineado e sistematizado no corpo deste texto, é dividido, para fins meramente didáticos, em *modelo difuso* ou *americano* e *modelo concentrado* ou *européu*, como aduz o então Ministro do Supremo Tribunal Federal brasileiro, Gilmar Ferreira Mendes (2009)

De acordo com essa divisão, de uma forma geral, o primeiro, o controle de constitucionalidade difuso, confere a todo órgão judicial a competência para, dado um determinado caso concreto, examinar a compatibilidade entre a lei aplicável e a própria Constituição; já o segundo, por outro lado, concede essa competência a um órgão especializado, denominado de Corte Constitucional, a qual terá como atribuição a análise de tal compatibilidade seja por meio do controle concreto seja por meio do controle abstrato.

Enquanto o modelo difuso é apresentado como aquele que contém um self-restraint implícito, porque autoriza a intervenção judicial apenas no exame do caso concreto, o modelo concentrado é tido como aquele que suscita maiores controvérsias e indagações de índole política, tendo em vista a possibilidade de exame da constitucionalidade não apenas no caso concreto (incidente), mas também de forma abstrata”. (MARTINS; MENDES, 2009)

Sendo assim, conclui-se que o controle difuso é exercido no âmbito de casos concretos, *inter partes*, tendo, portanto, natureza subjetiva, por envolver interesses de autor e réu. Assim, permite a todos os órgãos do Poder Judiciário, desde o juiz singular de primeira instância, até a mais alta instância desse poder, que é o Supremo Tribunal Federal - STF, guardião da Constituição, apenas apreciar matéria constitucional em situações de violação concreta de direitos constitucionais.

Por conta disso, nessa modalidade de controle, em regra, não se julga a inconstitucionalidade de uma lei ou de um determinado ato normativo, o que acontece é somente a apreciação da questão, no sentido de se verificar se a aplicação de tal norma ao fato concreto julgado ocasiona inconstitucionalidade.

Em contrapartida, no controle concentrado, não se discute nenhum interesse subjetivo, por não haver partes (autor e réu) envolvidas no processo. Essa modalidade de controle possui natureza objetiva, atribuindo-se ao STF competência para processar e julgar originariamente a representação de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal ou estadual, com a finalidade de que, caso constatada a presença da inconstitucionalidade, seja feita a declaração de inconstitucionalidade da lei ou do ato normativo, objetivando alcançar a invalidação da lei para firmar a segurança das relações jurídicas e, conseqüentemente, a supremacia

constitucional.

3.6.3 Controle de Constitucionalidade Difuso

3.6.3.1 Controle Difuso no juízo de 1ª e 2ª instâncias

A via controle de constitucionalidade no Brasil mais utilizada é a difusa, já que há a possibilidade de qualquer juiz ou tribunal reconhecer, de modo incidental, no caso *sub judice* a inconstitucionalidade de leis ou atos normativos.

Portanto temos que, o procedimento para obtenção da inconstitucionalidade diferencia-se, de maneira considerável, no momento em que aplicado por juiz singular ou por órgão colegiado, haja vista que ao juiz de primeira instância é prescindível afastar a aplicação da norma reputada inconstitucional de maneira direta, enquanto que os Tribunais (segunda instância) deverão atentar-se para a “cláusula de reserva de plenário”, constante no artigo 97 da Constituição Federal, que prevê um caminho mais aprimorado para a pronúncia da inconstitucionalidade, tendo em vista que a decisão deste último poderá ser estendida para outros julgados.

Em sede de Controle Difuso de Constitucionalidade é preciso existir um conflito discutido no âmbito judicial em que o Poder Judiciário será provocado para solucioná-lo e, dessa forma, incidentalmente, deverá verificar a constitucionalidade da espécie normativa em questão.

No primeiro grau, o juiz que tiver que verificar a constitucionalidade de um ato normativo deve ser bastante rigoroso, já que existe presunção de constitucionalidade das leis, tendo em vista que as leis passaram por um controle preventivo rigoroso nas casas elaboradoras das normas, segundo doutrina de Ronaldo Poletti⁶⁰:

Num processo ordinário, o Congresso Nacional aprova a lei passando pelo exame das CCJ de suas casas. Após, o Presidente da República sanciona o projeto, transformando-o em lei, isso porque não julgou contrária aos preceitos constitucionais.

Ou seja, Instituições competentes atestaram a constitucionalidade da lei e, dessa forma, somente em casos relevantes poderá o Judiciário negar-lhe sua validade.

⁶⁰ POLETTI, Ronaldo. *Controle da constitucionalidade das leis*. 2ª Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000, p. 106.

Conforme preleciona Gilmar Mendes⁶¹:

A decisão proferida em controle incidental serve tão-somente para avaliar ou não a aplicação da norma no caso litigioso. Verifica-se a constitucionalidade da regra apenas para determinado conflito, decidindo-se sobre a incidência ou não da mesma.

O juiz de primeiro grau pode conhecer de ofício a questão de inconstitucionalidade na fundamentação da decisão pela nulidade do ato normativo inconstitucional e pode ser efetuar-se em qualquer processo. A declaração de inconstitucionalidade realizada pelo juiz singular atua de modo acessório, e não como objetivo primordial apresentado ao juiz pelas partes litigantes. Alexandre de Moraes (2006)⁶²:

Posto um litígio em juízo, o Poder Judiciário deverá solucioná-lo e para tanto, incidentalmente deverá analisar a constitucionalidade ou não da lei ou ato normativo. A declaração é necessária para o deslinde do caso concreto, não sendo objeto principal da ação.

Dessa forma, a análise da norma constitucional não recai sobre a pretensão originária, mas sim é considerada como causa de pedir e razão de decidir; não é pedido interposto por um particular fora de um processo principal; sendo nestas circunstâncias, oportunidade em que o juiz singular dará ou não procedência ao pedido, que em seu entendimento decidirá se há ou não ato normativo inconstitucional em vigor e se tal ato é prejudicial a uma das partes. No resultado final os efeitos restringem-se às partes.

Esse mecanismo de controle é uma forma de saída à população contra a norma legislativa letal ao processo bem como legitima o interessado particular para arguir a inconstitucionalidade, portanto sendo dispensável o referido questionamento através apenas dos legitimados constantes no dispositivo do art. 103 da Constituição Federal.

Quanto à possibilidade do juiz ou tribunal reconhecer *ex officio* a questão constitucional quando não houver manifestação das partes opera-se de maneira diferenciada em relação ao sujeito apto a exercitá-la. Nas instâncias ordinárias (1º e 2º graus de jurisdição) não se apresentam dificuldades em reconhecer tal faculdade aos magistrados, todavia no que toca aos Tribunais, os mesmos devem observar obrigatoriamente o procedimento do art. 97 da Constituição Federal (CF) e dos arts. 948 a 950 do Código de Processo Civil (CPC) para emissão do juízo de inconstitucionalidade.

Ademais, Barroso destaca, na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal (RE 117.805-PR).

⁶¹ MENDES, Gilmar Ferreira. Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade: estudos de direito constitucional. 3ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 207.

⁶² MORAES, Alexandre de. Direito constitucional. 19ª Ed. São Paulo: Atlas, 2006, p.647

Em sede de recurso extraordinário, não tendo havido prequestionamento da matéria constitucional, a regra de que a inconstitucionalidade poder ser declarada de ofício deve ser recebida com temperamento.

O ato combatido por seu núcleo ser tocado de inconstitucionalidade, necessariamente, deve possuir natureza normativa e ser oriundo do Poder Público. Em segundo lugar, é imperioso que a questão levantada seja relevante para a resolução do caso concreto, inclusive a questão enfrentada deve constituir pressuposto lógico para a decisão da causa configurando, portanto, uma prejudicialidade, e, por conseguinte, não é admissível a invocação da inconstitucionalidade de norma da qual não dependa o julgamento da lide. Por fim, a arguição será improcedente caso seja rejeitada pela maioria absoluta dos membros do órgão fracionário de determinado Tribunal.

A cláusula ou princípio da *reserva do plenário* constitui parte indelével da memória constitucional brasileira, atualmente encontra assento no artigo 97 da Carta Política vigente no Brasil. Dispõe referido dispositivo que “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”. A adoção deste quórum qualificado para declarar a inconstitucionalidade das normas tem sua justificação no princípio do *favor legis*, ou da presunção de constitucionalidade das leis.

O procedimento para a decretação da inconstitucionalidade nos tribunais resta disciplinado nos artigos 948 a 950 do Código de Processo Civil, recentemente modificado pela Lei 13.105/2015. Em concomitância com a cláusula de reserva de plenário, rege a matéria afeta ao controle de constitucionalidade.

O rito segue basicamente o seguinte: quando arguida a questão da inconstitucionalidade o relator submeterá o incidente para análise do órgão fracionário ao qual integre. Rejeitada a questão, o julgamento seguirá seu trâmite comum, podendo inclusive ser aplicada a lei outrora arguida como inconstitucional.

Porém, se acolhida à arguição, a turma, câmara ou seção suspenderá o processo e remeterá a questão para o plenário ou órgão especial do tribunal, observando o preceito do artigo 97 da CRFB/88. Ou seja, o processo decisório é composto de duas fases, momento denominado pela doutrina de *cisão funcional da competência*.

O plenário deliberará sobre a questão, observando o quórum qualificado para o procedimento. Da decisão do pleno não cabe recurso e, após o julgamento do incidente, este órgão encaminhará a decisão para o órgão fracionário que julgará o recurso adstrito às balizas traçadas no acórdão do plenário. É o que afirma o Min. Gilmar Ferreira Mendes (2007)⁶³:

⁶³ MENDES, Gilmar Ferreira. Arguição de descumprimento de preceito fundamental: comentários à lei n. 9882,

No que se refere à interpretação do art. 97 da Constituição, tem por base a necessidade, ou não, de se provocar o Plenário ou o órgão especial do Tribunal toda vez que se renovar, em outro caso, discussão sobre a constitucionalidade de lei que já teve sua legitimidade discutida no âmbito do Tribunal. O Supremo Tribunal Federal tem entendido que, fixada a orientação do Pleno ou do órgão especial, nos termos do art. 97 da Constituição, em um caso qualquer, poderá o órgão fracionário decidir como de direito, devendo guardar observância da decisão sobre a questão constitucional. Em outros termos, um novo procedimento na forma do art. 97 da Constituição somente seria necessário no caso de mudança de orientação por parte do próprio Tribunal.

Decidido o caso concreto no órgão fracionário cabe recurso à parte, inclusive no que diz respeito à declaração de inconstitucionalidade, contanto que seja declarada pelo plenário. Houve casos em que os órgãos fracionários afastavam a incidência da norma embora não declarassem, expressamente, sua inconstitucionalidade. Tal prática se mostrou colidente com o princípio da reserva de plenário, visto que:

A adoção reiterada deste expediente levou o Supremo Tribunal Federal a editar a Súmula Vinculante nº. 10⁶⁴, com a seguinte redação:

Viola a cláusula de reserva de plenário (CF, art. 97) a decisão de órgão fracionário de tribunal que, embora não declare expressamente a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do Poder Público, afasta a sua incidência no todo ou em parte.

Destaquem-se, por derradeiro, as exceções feitas pela própria legislação ao procedimento do artigo 97 da CF. No § único do artigo 949 do Código de Processo Civil está previsto que os órgãos fracionários dos tribunais não submeterão ao plenário, ou ao órgão especial, a arguição de inconstitucionalidade, quando já houver pronunciamento destes ou do plenário do Supremo Tribunal Federal sobre a questão.

Referido entendimento é fruto de uma evolução jurisprudencial que objetivou trazer celeridade e racionalidade aos trabalhos dos tribunais e só alcançou a consagração legislativa no ano de 1998, com o advento da Lei nº 9.756, de 1998, que foi reproduzido no atual Código de Processo Civil.

Observe-se que o Supremo Tribunal Federal também se submete à cláusula da reserva de plenário, mas a sistemática não é a mesma que a elencada no Código de Processo Civil, sendo regida pelos artigos 176 a 178 do Regimento Interno da Corte. Destaque-se como principal diferença a atribuição do plenário para o julgamento do mérito da causa após o

de 3.12.1999. São Paulo: Saraiva, 2007.

⁶⁴

Disponível

em:<

<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=10.NUME.%20E%20S.FLSV.&base=baseSumulasVinculantes>≥. Acessado dia 05/07/2017.

enfrentamento da questão prejudicial de inconstitucionalidade, não sendo necessário devolver o processo à Turma de origem.

Em resumo, assim se apresenta o sistema de declaração de inconstitucionalidade exercida no âmbito dos tribunais brasileiros e o princípio constitucional da reserva de plenário. O legislador conferiu legitimação às decisões que amargam o vício da inconstitucionalidade, reservando ao órgão máximo dos tribunais a obrigação de os incidentes de constitucionalidade.

3.6.3.2 *Controle Difuso nos Tribunais Superiores*

O Supremo Tribunal Federal poderá realizar o controle incidental de constitucionalidade tanto em suas ações originárias (CF, art. 102, I, com exceção da alínea "a" que trata da ação direta de inconstitucionalidade) quanto no exercício de sua competência recursal ordinária (CF, art. 102, II) e precipuamente via recurso extraordinário (CF, art. 102, III).

O recurso extraordinário tem seu cabimento previsto no art. 102, III, alíneas *a, b, c e d* da Constituição, que o admite, nas causas julgadas por outros tribunais, em única ou última instância quando a decisão recorrida: a) contrariar dispositivo desta Constituição; b) declarar a inconstitucionalidade de tratado ou lei federal; c) julgar válida lei ou ato de governo local contestado em face desta Constituição; d) julgar válida lei local contestada em face de lei federal.

Pela alínea "b", percebe-se que não há exigência que a lei seja pós-constitucional como há para o conhecimento no controle abstrato segundo a jurisprudência do STF inaugurada na ADIn 02, da relatoria do Min. Paulo Brossard, com importantes argumentos contrários do Min. Sepúlveda Pertence. Nesta ADIn ficou assentado que não há *inconstitucionalidade superveniente* no sistema de controle direto judicial brasileiro.

Ainda, segundo Mendes, Coelho e Branco (2009)⁶⁵, o controle incidental realiza-se em face da Constituição sob cujo império foi editada o ato normativo. Logo, não é incomum constatar a declaração de inconstitucionalidade de uma norma tendo como referência a Constituição de 1967/69, já revogada.

A fundamentação do recurso extraordinário é vinculada, pois segundo Silva (1998)⁶⁶, além da sucumbência pressupõe outros requisitos de admissibilidade. Assim, trata-se de recurso excepcional, admissível apenas nas alíneas constitucionais acima descritas.

⁶⁵ MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet; COELHO, Inocência Mártires. **Curso de direito constitucional**. 4ª ed. São Paulo: Saraiva. 2009, 1.124.

⁶⁶ SILVA, Ovídio Baptista da. *Curso de Processo Civil: processo de conhecimento*. 4. ed. revista e atualizada. São

A Constituição não exige, frise-se que a decisão seja de um tribunal, mas que tenha esgotada a via recursal originária. Portanto, os pressupostos do recurso são o julgamento da causa em última ou única instância, o que não impede o seu cabimento contra decisões terminativas, definitivas ou interlocutórias, desde que presentes os seus requisitos de fundamentação consubstanciados nas alíneas acima. O STF realiza o controle de constitucionalidade em última instância, de modo que se exige o prequestionamento revelado pela expressão causas anteriormente decididas, que pressupõe a existência de debates sobre o tema tratado nas vias ordinárias.

O Supremo Tribunal Federal tem a função precípua de guardião da Constituição, e através da via recursal, assegurar a supremacia constitucional de acordo com a sua própria hermenêutica, tendo neste aspecto uma função política. Dessa forma, conhecendo e provendo o Recurso Extraordinário, a suprema corte exerce uma dupla função: tutela a carta magna e profere nova decisão ao caso concreto.

Quanto aos efeitos do Recurso Extraordinário destaca-se a inexistência de eficácia suspensiva, com isso o recurso é recebido apenas no efeito devolutivo, e as decisões por ele impugnadas podem produzir efeitos desde logo, ensejando execução da decisão objeto do recurso. Quando houver perigo de dano irreparável ou de difícil reparação, admite-se o ajuizamento de ação cautelar, a fim de obstar-se a execução provisória da decisão recorrida. Cabe também ao tribunal *a quo* admitir ou não a ação cautelar para atribuir efeito suspensivo ao recurso, conforme a Súmula 635 do Supremo Tribunal Federal.

Importante modificação trouxe a EC 45/2004. Esta emenda constitucional, entre outras importantes modificações, acrescentou ao art. 102 da CF o § 3º estabelecendo a seguinte redação:

No recurso extraordinário o recorrente deverá demonstrar a repercussão geral das questões constitucionais discutidas no caso, nos termos da lei, a fim de que o Tribunal examine a admissão do recurso, somente podendo recusá-lo pela manifestação de dois terços de seus membros.

Portanto, surgiu mais um requisito de admissibilidade do recurso extraordinário com a finalidade de que esta instância especial não conheça mais de matérias estritamente individuais, trazendo ao recurso extraordinário uma análise em abstrato do caso, mitigando a separação existe entre o controle concreto e abstrato de constitucionalidade. Logo, deve o recurso extraordinário ultrapassar os aspectos subjetivos da causa. De toda sorte, cabe ao recorrente

demonstrar em sua preliminar de recurso a existência da repercussão geral, sendo esta apreciação competência exclusiva do Supremo Tribunal Federal. O resultado desta apreciação feita pela Suprema Corte poderá ser utilizado pelas instâncias inferiores para negar seguimento ao Recurso Extraordinário.

Pelo texto constitucional, para declarar a ausência de repercussão geral o plenário poderá fazê-lo mediante a decisão de dois terços. No entanto, para não acumular todas as apreciações de repercussão geral no plenário, e com isso atrasar a tramitação, pois todos deveriam passar pelo plenário, a lei abrandou ao autorizar a Turma decidir pela existência da repercussão geral por, no mínimo, 04 (quatro) votos, dispensando, com isso a remessa do recurso ao Plenário.

Semelhante com o que ocorre com o *amicus curiae* da lei 9.868/99 (lei da ADI e ADC), prevê o Código de Processo Civil que “o relator poderá admitir, na análise da repercussão geral, a manifestação de terceiros, subscrita por procurador habilitado, nos termos do Regimento Interno do Supremo Tribunal”.

Ainda reza o código que se negada a existência de repercussão geral ou julgado o mérito do recurso extraordinário, os recursos sobrestados serão, respectivamente, apreciados ou considerar-se-ão automaticamente não admitidos. Trata-se do efeito vinculante da decisão de repercussão geral no sentido de diminuir o número de recursos extraordinários repetidos, principalmente nas chamadas demandas de massa previdenciárias e tributárias, dentre outros.

3.7 REPERCUSSÃO GERAL EM RECURSO EXTRAORDINÁRIO

Diante do elevado número de processos que tramitam no Supremo Tribunal Federal, o legislador foi incumbido de criar mecanismos de selecionar os diversos feitos que eram submetidos a referida Corte, com a finalidade de filtrar tais recursos, onde muitas das vezes eram de caráter meramente protelatórios.

Com isso, foi criado a repercussão geral em recurso extraordinário, onde fora criado pela Emenda Constitucional nº 45/2004, que posteriormente fora regulamentada pelo Código de Processo Civil, estando positivada no artigo 1.035.

O próprio dispositivo, em seu artigo 1.035, § 1º do Código de Processo Civil⁶⁷, legal deixa claro os requisitos para que o processo seja declarado com repercussão geral “*Para feito*

⁶⁷ Código de Processo Civil, Lei 13.105, de 16 de março de 2015. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm>. Acessado dia 05/07/2017.

da repercussão geral, será considerada a existência, ou não, de questões relevantes do ponto de vista econômico, político, social ou jurídico, que ultrapassem os interesses subjetivos da causa”.

Sendo assim, cabe ao arguente preencher tanto os requisitos dispostos na Constituição Federal quanto os referentes a repercussão geral, pois somente após esse preenchimento é que o processo será analisado pelo Supremo Tribunal Federal. Porém, existem muitas críticas a essa estrutura recursal, pois o preenchimento desses requisitos ficam a critério exclusivo do Supremo Tribunal Federal, não cabendo recurso desse entendimento.

3.8 COMPETÊNCIA PARA JULGAR

O Supremo Tribunal Federal (STF), a Corte constitucional do Brasil, tem entre suas atribuições promover o controle de constitucionalidade de leis e atos normativos, conforme prevê a CRFB/88.

Sendo assim, para cumprir determinado papel, a Suprema Corte utiliza um sistema híbrido, que é inspirado nos modelos anglo-saxão (Estados Unidos e Reino Unido) e europeu-continental, tendo, ainda, em mãos instrumentos que facilitam e geram economia de tempo ao julgamento de controvérsias sobre a interpretação da Carta Magna.

Tais mecanismos são as ações diretas de inconstitucionalidade (ADIs), as ações declaratórias de constitucionalidade (ADCs) e as arguições de descumprimento de preceito fundamental (ADPFs)⁶⁸.

Levando em conta o “sistema aberto” – denominado controle de constitucionalidade difuso, todos os órgãos do Poder Judiciário realizam o controle. Por outro lado, o “sistema reservado” – denominado de controle concentrado, permite que somente poucos órgãos do Judiciário tomem decisões a respeito da constitucionalidade de atos, sendo que quase sempre o controle é competência exclusiva de um só órgão, geralmente o mais elevado do Judiciário, como a Suprema Corte.

A competência na via de exceção para conhecer e decidir a constitucionalidade é do juiz ou tribunal que esteja julgando o processo principal. Logo, levando em conta a forma de controle difuso, todo e qualquer juiz ou tribunal do país tem competência para conhecer e controlar a (in)constitucionalidade de uma lei ou ato normativo federal, estadual ou municipal

⁶⁸ **Modelo híbrido de controle de constitucionalidade garante mais celeridade à Justiça brasileira.** Notícia STF. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=115824>>. Acesso em: 12 de julho de 2017.

frente a Constituição Federal. No entanto, desde que esta constitucionalidade seja um impedimento para que julgue um processo de sua competência.

Saliente-se, porém, que o “juiz singular não declara a inconstitucionalidade de uma lei, apenas deixa de aplicá-la” (STREK, 2004, p. 456), a declaração de inconstitucionalidade somente pode ser feito respeitando a cláusula de reserva de plenário (CF art. 97), que exige maioria absoluta dos membros do tribunal ou dos membros do respectivo órgão especial, e “(...) atua como verdadeira condição de eficácia jurídica da própria declaração jurisdicional de inconstitucionalidade (...) aplicando-se para todos os tribunais via difusa, e para o STF, no controle concentrado.” (MORAES, 2003, p. 250).

O tribunal ou o juiz só conhecerá da alegação de inconstitucionalidade, quando ela emanar de pessoa, cujos direitos individuais tenham sido ofendidos pela lei. Assim, qualquer das partes tem legitimidade para arguir o incidente no curso da ação, assim como “também o Ministério Público e, de ofício, o juiz da causa” (STREK, 2004, p. 456).

3.9 EFEITOS DA DECISÃO

Um ponto importante e polêmico no regime brasileiro trata-se dos efeitos da decisão após a apreciação pelo STF, pois conforme o artigo 52, X da CF/88, o mesmo menciona o seguinte:

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.

Analisando esse dispositivo constitucional o mesmo enseja demasiada celeuma na doutrina e na jurisprudência, haja vista grande parte da doutrina afirma que essa suspensão através de uma resolução por parte do Senado Federal se faz de maneira facultativa, ou seja, não vinculativa, sendo que outra parte, embora sendo minoritária, entende que a suspensão se faz de maneira obrigatória.

Nesse mesmo sentido se inclina um dos expoentes do direito constitucional brasileiro, professor Pedro Lenza (2009)⁶⁹:

Assim deve-se entender que o Senador Federal, não está obrigado a suspender execução de lei declarada inconstitucional por decisão definitiva do Supremo Tribunal

⁶⁹ LENZA, Pedro. Direito constitucional esquematizado. 13ª ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Saraiva, 2009, p. 185.

Federal. Trata-se de discricionabilidade política, tendo o Senado Federal, total liberdade para cumprir o art. 52, X da CF/88. Caso contrário, estaríamos diante de afronta ao princípio da separação dos poderes. (LENZA, 2009, p. 185)

Todavia, existem entendimento diversos, como o professor Manoel Gonçalves Ferreira Filho⁷⁰:

Entende que “a suspensão não é posta ao critério do Senado, mas lhe é imposta como obrigatória. Quer dizer, o Senado, à vista da decisão do Supremo Tribunal Federal, tem de efetuar a suspensão da execução do ato inconstitucional. Do contrário, o Senado teria o poder de convalidar ato inconstitucional, mantendo-o eficaz, o que repugna ao nosso sistema jurídico. (FILHO, 2002)

A grande maioria da doutrina e da jurisprudência entende que a lei declarada em controle difuso remetida ao Senado Federal, deverá ser analisada por este de maneira discricionária, caso contrário estaria havendo uma legislação invertida, haja vista não ter obrigação de passar pela Câmara dos Deputados e pela sanção Presidencial.

Todavia, a matéria é demasiadamente controversa, haja vista um conflito aparente de poderes de um Estado democrático, vejamos a ementa de um dos julgados mais importantes acerca dos efeitos da decisão em sede de controle difuso:

Segundo o Ministro Gilmar Ferreira Mendes (2009)⁷¹, fervoroso defensor da abstrativização do controle difuso, o mesmo em seu magistério menciona o seguinte:

Esse entendimento marca evolução no sistema de controle de constitucionalidade brasileiro, que passa a equiparar, praticamente, os efeitos das decisões proferidas nos processos de controle abstrato ou concreto. A decisão do Supremo Tribunal Federal, tal como colocada, antecipa o efeito vinculante de seus julgados em matéria de controle de constitucionalidade incidental, permitindo que o órgão o órgão fracionário se desvincule do dever de observância da decisão do Pleno ou do Órgão Especial do Tribunal a que se encontra vinculado. Decide-se automaticamente, com fundamento na declaração de inconstitucionalidade (ou de constitucionalidade) do Supremo Tribunal Federal, proferida *incidenter tantum*. (MENDES, 2009, p. 1133)

A imposição da decisão do Supremo Tribunal Federal, em sede de controle difuso, ficar a cargo da emissão de uma resolução por parte do Senado Federal, se faz de maneira ultrapassada, pois para que um processo seja apreciado pelo referido Órgão, o mesmo deverá

⁷⁰FILHO, Manoel Gonçalves Ferreira. Do processo legislativo. 5 ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2002.

⁷¹ MENDES, Gilmar Ferreira, COELHO, Inocêncio Mártires, BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Curso de Direito Constitucional. São Paulo, Ed. Saraiva, Instituto Brasiliense de Direito Público, 2009. ISBN: 9788502078192. p.1133.

chegar em sede de Recurso Extraordinário, conforme o artigo 102, III da CF/88⁷².

Por fim, resta lúcido quando uma determinada matéria, transcorrer todas as instâncias do sistema judiciário brasileiro, vindo a ser apreciada pelo Supremo Tribunal Federal, claramente terá importância para a sociedade em geral, e não seria, nem de longe, acertado a decisão de restringir os efeitos dessa decisão apenas para as partes do feito.

Todavia, em que pese, grande parte da doutrina entender que houvera uma clara mutação constitucional acerca do art. 52, X da CF/88, ainda prepondera no ordenamento jurídico que os efeitos da decisão em sede de controle difuso se faz *inter parts* e *ex tunc*.

3.10 SÚMULA VINCULANTE

A imprescindível necessidade de ofertar mais celeridade a casos reiteradamente julgados pelo Supremo Tribunal Federal, o legislador criou através da Emenda 45/2004, a Súmula Vinculante, instrumento facultado ao Pretório Excelso emanar entendimentos sumulados com eficácia geral e efeitos vinculantes.

Preteritamente, o texto constitucional já havia imposto efeito vinculante as decisões em sede de controle abstrato, conforme bem menciona o artigo 102, § 2º⁷³, onde acoberta de eficácia contra todos e efeito vinculante toda decisão do Supremo Tribunal Federal nas ações diretas de inconstitucionalidade.

Entretanto, faltava um toque final para consagrar a importância desse instrumento, o qual nasceu no artigo 103-A, da Constituição Federal de 1988:

Art. 103-A. O Supremo Tribunal Federal poderá, **de ofício ou por provocação, mediante decisão de dois terços dos seus membros, após reiteradas decisões sobre matéria constitucional**, aprovar súmula que, a partir de sua publicação na imprensa oficial, terá efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal, bem como proceder à sua revisão ou cancelamento, na forma estabelecida em lei. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004).

⁷² Art. 102 III - julgar, mediante recurso extraordinário, as causas decididas em única ou última instância, quando a decisão recorrida: a) contrariar dispositivo desta Constituição; b) declarar a inconstitucionalidade de tratado ou lei federal; c) julgar válida lei ou ato de governo local contestado em face desta Constituição.

⁷³ Art. 102, § 2º As decisões definitivas de mérito, proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, nas ações diretas de inconstitucionalidade e nas ações declaratórias de constitucionalidade produzirão eficácia contra todos e efeito vinculante, relativamente aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal.

Esse dispositivo versa basicamente acerca de matérias exclusivamente constitucionais, e após reiteradas decisões no mesmo sentido, e com a aprovação de 2/3 (dois terços) dos membros do Supremo Tribunal Federal, possuindo assim a finalidade basilar de tentar desaforar repetitivas análises de casos preteritamente decididos.

Ademais, tais Súmulas Vinculantes poderão, a qualquer momento, sofrer revisão, cancelamento e aprovação, sendo pelo próprio Supremo Tribunal Federal ou pelos agentes elencados no art. 103 da Constituição Federal de 1988.

Já no sistema jurídico português, ocorre situação semelhante, acerca de decisões reiteradas sendo que neste sistema jurídico as decisões não são eminentemente constitucionais, haja vista o Tribunal Constitucional tratar de questões de ilegalidade. Ademais o artigo 280º, nº 3 da CRP, essas matérias necessariamente devem vir através de controle difuso de constitucionalidade.

3.10.1 Modulação dos Efeitos

Os efeitos da decisão como já debatido acima, em que pese, a tese atual da abstrativização do controle difuso, em sua grande maioria doutrinária e jurisprudencial entende que os efeitos são *inter parts e ex tunc*, não podendo ser estendido para outros membros da sociedade que compõe aquele ordenamento jurídico.

No entanto, pensando nas diversas decisões e nos efeitos dessas, o legislador editou a lei 9.868/99, a qual faculta ao Supremo Tribunal Federal, modular os efeitos das suas decisões, com base em alguns critérios, vejamos o que sedimenta o artigo 27 desta lei:

Art. 27. Ao declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, e tendo em vista razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social, poderá o Supremo Tribunal Federal, por maioria de dois terços de seus membros, restringir os efeitos daquela declaração ou decidir que ela só tenha eficácia a partir de seu trânsito em julgado ou de outro momento que venha a ser fixado.

Nesta mesma linha de pensamento ensina Vicente de Paulo e Marcelo Alexandrino⁷⁴:

Embora a regra seja a pronúncia de inconstitucionalidade no controle concreto ter eficácia retroativa (*ex tunc*), poderá o Supremo Tribunal Federal, por dois terços dos seus membros, em situações excepcionais, tendo em vista razões de segurança jurídica ou relevante interesse social, outorgar efeitos meramente prospectivos (*ex nunc*) à sua decisão, ou mesmo fixar outro momento para o início da eficácia de sua decisão. (PAULO; MARCELO, 2007, p. 738)

⁷⁴ Alexandrino, Marcelo. Direito constitucional descomplicado. 2007. Ed. Impetus. São Paulo. P 738

Diante disso, abriu-se uma faculdade para que o Supremo modulasse os efeitos de suas decisões, as quais devem de amoldar perfeitamente a sintonia do caso concreto, para fins de evitar prejuízos aos indivíduos membros da sociedade.

3.11 RECLAMAÇÃO CONSTITUCIONAL

De uma forma geral, a Reclamação Constitucional possui como objetivo a preservação da competência e a garantia da autoridade das decisões do Supremo Tribunal Federal (art. 102, I, I da CRFB/88).

Art. 102. Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe:
I - processar e julgar, originariamente:
(...)
I) a reclamação para a preservação de sua competência e garantia da autoridade de suas decisões;
(...)

Fazendo breves considerações a respeito da evolução histórica do instituto da Reclamação Constitucional no âmbito do direito brasileiro, Fredie Didier (2016) afirma o seguinte:

A reclamação constitucional nasceu na jurisprudência do STF com fundamento na teoria dos poderes implícitos. Os poderes implícitos dos tribunais são necessários ao exercício de seus poderes explícitos. Tendo os tribunais o poder explícito de julgar, têm o poder implícito de dar efetividade às próprias decisões e o de defender a própria competência. Para exercer esses poderes implícitos, concebeu-se a reclamação constitucional. Em virtude de tais poderes implícitos, inerentes a qualquer tribunal, deve-se admitir a reclamação constitucional perante os tribunais. (DIDIER, 2016, p 527)

Com a inserção no texto constitucional da Ação Declaratória de Constitucionalidade pela EC 3/1993 e, posteriormente, com a Reforma do Judiciário pela EC 45/2004, a reclamação constitucional ganhou ainda mais importância, sendo cabível para impor o cumprimento de decisões proferidas no controle concentrado de constitucionalidade e garantir a aplicação de enunciados da súmula vinculante do STF. (DIDIER, 2016, p. 527)

O Código de Processo Civil de 2015, em seu art. 988, passou a dispor sobre a reclamação, asseverando que o seu cabimento se dará no seguinte casos: (a) preservar a competência do tribunal; (b) garantir a autoridade das decisões do tribunal; (c) garantir a

observância de decisão do Supremo Tribunal Federal em controle concentrado de constitucionalidade; e, (d) garantir a observância de enunciado de súmula vinculante.

Além disso, o referido dispositivo, em seu inciso IV, prevê a reclamação para garantir a observância de precedente proferido em incidente de resolução de demandas repetitivas ou em incidente de assunção de competência. E, nos termos de seu § 50, II, é cabível a reclamação para garantir a observância de acórdão de recurso extraordinário com repercussão geral reconhecida ou de acórdão proferido em julgamento de recursos especial ou extraordinário repetitivos, mas só depois de esgotadas as instâncias ordinárias.

No entanto, no que tange a reclamação contra ato que desrespeitou enunciado da súmula vinculante do STF, prevista no art. 103-A, § 30 da Constituição Federal, com procedimento regulamentado na Lei nº 11.417/2006, temos que todo ato administrativo ou decisão judicial que contrariar súmula vinculante ou que a aplique indevidamente, cabe reclamação ao Supremo Tribunal Federal.

Julgada procedente a reclamação, o STF anulará o ato administrativo ou cassará a decisão judicial reclamada, determinando que outra seja proferida com ou sem a aplicação da súmula, conforme o caso. Interposto recurso administrativo contra o ato que contrariou o enunciado da súmula vinculante, "caberá à autoridade prolatora da decisão impugnada, se não a reconsiderar, explicitar, antes de encaminhar o recurso à autoridade superior, as razões da aplicabilidade ou inaplicabilidade da súmula, conforme o caso" (art. 56, § 30, Lei nº. 9.784/1999, acrescentado pela Lei n. 11.417/2006). Ao órgão competente para o julgamento do recurso administrativo impõe-se a explicitação das razões da aplicabilidade ou inaplicabilidade da súmula, conforme o caso (art. 64-A, Lei n. 9.784/1999, acrescentado pela Lei n. 11.417/2006).

Nos termos do art. 64-13 da Lei n. 9.784/1999, acolhida pelo Supremo Tribunal Federal a reclamação fundada em violação a enunciado da súmula vinculante, dar-se-á ciência à autoridade prolatora e ao órgão competente para o julgamento do recurso, que deverão adequar as futuras decisões administrativas em casos semelhantes, sob pena de responsabilização pessoal nas esferas civil, administrativa e penal.

CAPÍTULO 4

TEORIA DA ABSTRATIVIZAÇÃO DO CONTROLE DIFUSO E A MUTAÇÃO CONSTITUCIONAL

O tema da abstrativização do controle difuso está bastante em voga no nosso ordenamento jurídico brasileiro, tendo em vista que estamos passando por uma grave crise política, moral e econômica, onde muitas dessas decisões administrativas de âmbito nacional recaem sobre a guarda do Supremo Tribunal Federal.

Um dos primeiros recursos analisados sob essa ótica fora o HC 82959⁷⁵, onde versava sobre a progressão de regime prisional em caso de condenação por crime hediondo, Lei 8.072/90, da relatoria do Ministro Marco Aurélio Mello em 23 de fevereiro de 2006.

PENA - REGIME DE CUMPRIMENTO - PROGRESSÃO - RAZÃO DE SER. A progressão no regime de cumprimento da pena, nas espécies fechado, semi-aberto e aberto, tem como razão maior a ressocialização do preso que, mais dia ou menos dia, voltará ao convívio social. PENA - CRIMES HEDIONDOS - REGIME DE CUMPRIMENTO - PROGRESSÃO - ÓBICE - ARTIGO 2º, § 1º, DA LEI Nº 8.072/90 - INCONSTITUCIONALIDADE - EVOLUÇÃO JURISPRUDENCIAL. Conflita com a garantia da individualização da pena - artigo 5º, inciso XLVI, da Constituição Federal - a imposição, mediante norma, do cumprimento da pena em regime integralmente fechado. Nova inteligência do princípio da individualização da pena, em evolução jurisprudencial, assentada a inconstitucionalidade do artigo 2º, § 1º, da Lei nº 8.072/90. (STF -, Tribunal Pleno, Data de Publicação: DJ 01-09-2006 PP-00018 EMENT VOL-02245-03 PP-00510).

Nessa mesma linha, resta imprescindível expor o voto do Ministro Gilmar Mendes, no bojo do HC 82959:

Essas colocações têm a virtude de demonstrar que a declaração de inconstitucionalidade *in concreto* também se mostra passível de limitação de efeitos. (...). É que, nesses casos, tal como já argumentado, o afastamento do princípio da nulidade da lei assenta-se em fundamentos constitucionais e não em razões de conveniência. Se o sistema constitucional legitima a declaração de inconstitucionalidade restrita no controle abstrato, esta decisão poderá afetar, igualmente, os processos do modelo concreto ou incidental de normas. Do contrário, poder-se-ia ter inclusive um esvaziamento ou uma perda de significado da própria declaração de inconstitucionalidade restrita ou limitada. (...) No caso em tela, observa-se que eventual declaração de inconstitucionalidade com efeito *ex tunc* ocasionaria repercussões em todo o sistema vigente. (...) Com essas considerações, também eu, Senhor Presidente, declaro a inconstitucionalidade do artigo 2º, §1º, da Lei n.º 8.072, de 1990. Faço isso, com efeito *ex nunc*, nos termos do artigo 27 da Lei n.º 9.868, de 1999, que entendo aplicável à espécie. Ressalto que esse efeito *ex nunc* deve se entendido como aplicável às condenações que envolvam situações ainda suscetíveis

⁷⁵ Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/menuSumario.asp?sumula=1271>>. Acessado dia 05/07/2017.

de serem submetidas ao regime de progressão." (HC 82959, Voto do Ministro Gilmar Mendes, Tribunal Pleno, julgamento em 23.2.2006, DJ de 1.9.2006)

Tal julgamento ensejou uma grande celeuma, tendo em vista que o tema era demasiadamente novo e a insegurança jurídica pairou em nosso ordenamento, pois muitos magistrados se negavam a aplicar tal decisão. Ademais, vale ressaltar que tal decisão fora tomada por 06 (seis) votos favoráveis a 05 (cinco) contrários, e a qualquer momento poderia haver uma modificação no voto, ensejando, assim, uma grande insegurança.

Diante disso, diversos apenados ingressaram no judiciário pedindo a aplicação por amostragem do referido julgamento, tendo em vista que o mesmo sequer balizou qualquer especificidade, deixando a entender que a aplicação era automática.

Em que pese, o julgamento do Supremo Tribunal Federal, declarando a referida norma inconstitucional, aos olhos de muitos, tal norma não estaria afastada do ordenamento jurídico, tendo em vista que necessitaria da publicação por parte do Senado Federal de uma resolução suspendendo a referida norma (art. 52, X da CF/88).

Diante disso, surgiu um alvoroço no mundo jurídico acerca da aplicabilidade ou não da decisão, tendo em vista que o Senado nunca publicou a referida resolução para suspender a norma declarada inconstitucional. Tal celeuma somente fora pacificada em março de 2013, quando do julgamento da reclamação nº 4335⁷⁶, oriunda da vara de execuções penais de Rio Branco, Estado do Acre, onde o juiz negou o direito a progressão de regime de 10 (dez) apenados, em que pese, o próprio STF já ter reconhecido no HC 82959 a possibilidade de progressão de regime.

No bojo do julgamento, uma parte do voto do saudoso Ministro Teori Zavascki⁷⁷, restou inegável a evolução jurisprudencial da Corte: "é inegável que, atualmente, a força expansiva das decisões do STF, mesmo quando tomadas em casos concretos, não decorre apenas e tão somente da resolução do Senado, nas hipóteses do artigo 52, inciso X, da Constituição", afirmou. O fenômeno, segundo o Ministro, "está se universalizando por força de todo um conjunto normativo constitucional e infraconstitucional direcionado a conferir racionalidade e efetividade às decisões dos Tribunais Superiores e especialmente à Suprema Corte".

⁷⁶Disponível

em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=4335&classe=Rcl&codigoClasse=0&origem=JUR&recurso=0&tipoJulgamento=M>>. Acessado dia 06/07/2017.

⁷⁷Disponível

em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=4335&classe=Rcl&codigoClasse=0&origem=JUR&recurso=0&tipoJulgamento=M>>. Acessado dia 06/07/2017.

No mesmo voto, o Ministro observa com parcimônia a provocação reiterada do STF para analisar cumprimento ou não de decisões já proferidas nesta corte, pois caso contrário a Corte estaria apenas atuando de maneira a executar suas próprias decisões.

Em outro voto, agora proferido na época em que o Ministro Teori Albino Zavascki fazia parte do Superior Tribunal de Justiça, deixa claro sua inclinação a referida teoria, pois no bojo do Recurso Especial de número 828.106⁷⁸:

A inconstitucionalidade é vício que acarreta a nulidade *ex tunc* do ato normativo, que, por isso mesmo, é desprovido de aptidão para incidir eficazmente sobre os fatos jurídicos desde então verificados, situação que não pode deixar de ser considerada. Também não pode ser desconsiderada a decisão do STF que reconheceu a inconstitucionalidade. Embora tomada em controle difuso, é decisão de incontestável e natural vocação expansiva, com eficácia imediatamente vinculante para os demais tribunais, inclusive o STJ.

Nesta mesma linha de pensamento o Ministro do Supremo Tribunal Federal Luís Roberto Barroso⁷⁹:

A verdade é que, com a criação da ação genérica de inconstitucionalidade, pela EC nº 16/65, e com o contorno dado à ação direta pela Constituição de 1988, essa competência atribuída ao Senado tornou-se um anacronismo. 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 efeitos. Respeitada a razão histórica da previsão constitucional, quando de sua instituição em 1934, já não há mais lógica razoável em sua manutenção. (...) Seria uma demasia, uma violação ao princípio da economia processual, obrigar um dos legitimados ao art. 103 a propor ação direta para produzir uma decisão que já se sabe qual é.

Após esse julgamento foi concluído a existência de um novo fenômeno constitucional, embora peremptoriamente negado pelo Supremo Tribunal Federal, de uma forma de mutação constitucional ou mesmo abstrativização do controle difuso, onde abriu precedentes para diversos outros julgados em desconexão com o entendimento firmado na referida Corte.

Diante de tanta celeuma, o próprio Supremo Tribunal Federal foi instado a se manifestar com a finalidade de pacificar os entendimentos judiciais, daí que surgiu a edição da Súmula Vinculante nº 26⁸⁰:

⁷⁸ MENDES, Gilmar Ferreira. **O papel do Senado Federal no controle de constitucionalidade: um caso clássico de mutação constitucional**, Revista de Informação Legislativa, n. 162, p. 165

⁷⁹ BARROSO. Luís Roberto. **O Controle de Constitucionalidade no Direito Brasileiro**, São Paulo: Ed. Saraiva, 2004, p. 92.

⁸⁰ Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/menuSumario.asp?sumula=1271>>. Acessado dia 06/07/2017.

Para efeito de progressão de regime no cumprimento de pena por crime hediondo, ou equiparado, o juízo da execução observará a inconstitucionalidade do art. 2º da Lei nº 8.072, de 25 de julho de 1990, sem prejuízo de avaliar se o condenado preenche, ou não, os requisitos objetivos e subjetivos do benefício, podendo determinar, para tal fim, de modo fundamentado, a realização de exame criminológico.

Como já afirmado, o sistema para a apreciação de um tema levado a Súmula Vinculante é bem mais complexo e aprofundado, tendo em vista que se faz necessário a aprovação mediante 2/3 dos membros do plenário, bem como a matéria deverá ser procedida conforme o regimento interno da Casa.

Essa súmula, que nada mais é que um entendimento sedimentado do Supremo Tribunal Federal possui caráter vinculante para todos os órgãos da administração pública, tendo uma força normativa tal qual uma norma infraconstitucional, por isso que seu estudo para elaboração se faz de maneira mais parcimoniosa.

A resistência a teoria é gritante, tanto que algumas das vozes mais fortes contrárias são as dos atuais ex-ministros do STF, Joaquim Barbosa e Sepúlveda Pertence, ambos participaram dos julgados acima. Cabe aqui expor um trecho do voto da ilustre Ministro Sepúlveda Pertence⁸¹ no bojo da Reclamação 4.335/AC:

Não se poderia, a partir daí, reduzir-se o papel do Senado, que quase todos os textos constitucionais subsequentes a 1934 mantiveram. Ressaltou ser evidente que a convivência paralela, desde a EC 16/65, dos dois sistemas de controle tem levado a uma prevalência do controle concentrado, e que o mecanismo, no controle difuso, de outorga ao Senado da competência para a suspensão da execução da lei tem se tornado cada vez mais obsoleto, mas afirmou que combatê-lo, por meio do que chamou de "projeto de decreto de mutação constitucional", já não seria mais necessário. Aduziu, no ponto, que a EC 45/2004 dotou o Supremo de um poder que, praticamente, sem reduzir o Senado a um órgão de publicidade de suas decisões, dispensaria essa intervenção, qual seja, o instituto da súmula vinculante (CF, art. 103-A). (Rcl 4335/AC, rel. Min. Gilmar Mendes, 19.4.2007. (Rcl-4335).

Nessa mesma linha de pensamento, contrário a teoria, o Ministro Joaquim Barbosa⁸², também, no mesmo processo:

Considerou que, apesar das razões expostas pelo relator, a suspensão da execução da lei pelo Senado não representaria obstáculo à ampla efetividade das decisões do Supremo, mas complemento. Aduziu, de início, que as próprias circunstâncias do caso seriam esclarecedoras, pois o que suscitaria o interesse da reclamante não seria a

⁸¹

Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=4335&classe=Rcl&origem=AP&recurso=0&tipoJulgamento=M>>. Acessado dia 06/07/2017

⁸²

Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=4335&classe=Rcl&origem=AP&recurso=0&tipoJulgamento=M>>. Acessado dia 06/07/2017.

omissão do Senado em dar ampla eficácia à decisão do STF, mas a insistência de um juiz em divergir da orientação da Corte enquanto não suspenso o ato pelo Senado. Em razão disso, afirmou que resolveria a questão o *habeas corpus* concedido liminarmente pelo relator. Afirmou, também, na linha do que exposto pelo Min. Sepúlveda Pertence, a possibilidade de edição de súmula vinculante. Dessa forma, haveria de ser mantida a leitura tradicional do art. 52, X, da CF, que trata de uma autorização ao Senado de determinar a suspensão de execução do dispositivo tido por inconstitucional e não de uma faculdade de cercear a autoridade do STF. Afastou, ainda, a ocorrência da alegada mutação constitucional. Asseverou que, com a proposta do relator, ocorreria, pela via interpretativa, tão-somente a mudança no sentido da norma constitucional em questão, e, que, ainda que se aceitasse a tese da mutação, seriam necessários dois fatores adicionais não presentes: o decurso de um espaço de tempo maior para verificação da mutação e o consequente e definitivo desuso do dispositivo. Por fim, enfatizou que essa proposta, além de estar impedida pela literalidade do art. 52, X, da CF, iria na contramão das conhecidas regras de auto-restrição. (Rcl 4335/AC, rel. Min. Gilmar Mendes, 19.4.2007. (Rcl-4335))

Com a opção de edição das Súmulas Vinculantes por parte da CRFB/88, não seria correto o Supremo se valer de outros meios para desvirtuar o sistema utilizado pelo nosso ordenamento jurídico. Sendo assim, não há como convalidar uma tendência utilizada por alguns dos Ministros do STF, que abre a possibilidade, ao seu alvedrio, de estender os efeitos de suas decisões para além das partes em sede de controle difuso de constitucionalidade, pois estaria atuando como verdadeiro legislador, o que é veementemente vedado pelo constituinte.

Não pode o Poder Judiciário desdenhar, tanto da CF/88 quanto do Senado Federal, onde tenta assim restringir sua participação, fazendo do mesmo uma mera figura publicadora da decisão em sede de controle difuso, pois se existe uma previsão constitucional, tem-se a certeza de que o legislador primou pela aplicação da separação dos poderes.

Isso porque o poder judiciário não pode intervir, ao seu alvedrio, na esfera de outro poder, sendo justamente isso que ocorreu em alguns casos, como no abordado acima, e que poderá ocorrer novamente caso essa tendência seja pacificada.

Ademais, ao se conferir eficácia *erga omnes* e efeito vinculante às decisões em sede de controle difuso de constitucionalidade, o STF estaria ferindo os princípios basilares da Constituição Federal, como o do devido processo legal, da ampla defesa e do contraditório.

É demasiadamente importante ventilar que a CF/88, no que tange ao controle de constitucionalidade, adotou o sistema misto, descrevendo dois tipos: o controle concentrado e o difuso, sendo vedado estender, de forma automática, os efeitos do primeiro ao segundo e vice-versa.

A defesa da teoria, como pretende os Ministros Gilmar Mendes e Eros graus, de que o Senado Federal somente possui caráter de coadjuvante, apenas para dar publicidade à decisão do STF, sendo que esse ato seria de caráter vinculado, teria o mesmo condão de ofertar um

salvo conduto ao Senado Federal de descumprir qualquer decisão oriunda o poder judiciário, o que ensejaria, assim, uma grande celeuma institucional.

A crítica que se faz no presente caso, não é referente às análise de mérito realizada pelo Supremo Tribunal Federal, pelo contrário, o que se crítica é a forma/instrumento utilizado pela Corte para estender os efeitos de suas decisões de *inter parts* para *erga omnes*, pois nossa Constituição Federal possui mecanismos aptos a realizar essa extensão, sendo através da Súmula Vinculante, pois possui um trâmite próprio, quórum qualificado, dentre outros requisitos que dificultam a prolação de decisão com efeitos vinculantes de decisões que poderão afetar de maneira profunda a sociedade.

Estamos falando em decisão de extensões inimagináveis, não podendo as mesmas serem estendidas sem um quórum qualificado. Nesse diapasão, resta simples e claro a mesma interpretação dada ao caso de matérias legislativas que necessitam de quórum qualificado, essa dificuldade criada pelo ordenamento jurídico é para garantir uma maior segurança jurídica as normas, devendo, assim, ser aplicado o mesmo entendimento aos julgados da Suprema Corte.

Vejamos, agora, uma outra recente decisão do Supremo Tribunal Federal no bojo do HC 126.292, tendo sido analisada a Ação Declaratória de Constitucionalidade (ADC) nº 44, onde se questionava a constitucionalidade do artigo 283 do Código de Processo Penal. No bojo do referido *Habeas Corpus*, foi se discutido a possibilidade de cumprimento provisório da pena de prisão quando o indivíduo fosse condenado em segunda instância.

Ressaltamos, de antemão, que outrora o Supremo Tribunal Federal já havia firmado entendimento de que o cumprimento de pena de prisão antes do trânsito em julgado de sentença condenatória penal é matéria inconstitucional, tendo em vista o art. 5º, LVII da CRFB/1988. Todavia, esse entendimento, datado de 2009, fora superado pelos novos Ministros componentes da Corte.

O relator do referido processo, Ministro Teori Albino Zavascki, conferiu voto no sentido de mudar a jurisprudência do Supremo, tendo sido seguido por alguns de seus pares. No entanto, alguns outros abriram a divergência acerca do tema, porquanto ser uma matéria extremamente delicada.

O excerto do voto do Relator Ministro Teori Albino Zavascki⁸³ deixa claro a problemática do tema:

⁸³ Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=310153>>. Acessado dia 15/07/2017

Essas são razões suficientes para justificar a proposta de orientação, que ora apresento, restaurando o tradicional entendimento desta Suprema Corte, no seguinte sentido: a execução provisória de acórdão penal condenatório proferido em grau de apelação, ainda que sujeito a recurso especial ou extraordinário, não compromete o princípio constitucional da presunção de inocência.

A notícia retirada dos anais do próprio repositório da rede mundial de computadores do Supremo Tribunal Federal, conclui-se a celeuma acerca do tema⁸⁴:

Por maioria, o Plenário do Supremo Tribunal Federal (STF) entendeu que o artigo 283 do Código de Processo Penal (CPP) não impede o início da execução da pena após condenação em segunda instância e indeferiu liminares pleiteadas nas Ações Declaratórias de Constitucionalidade (ADCs) 43 e 44.

O Partido Nacional Ecológico (PEN) e o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil (OAB), autores das ações, pediam a concessão da medida cautelar para suspender a execução antecipada da pena de todos os acórdãos prolatados em segunda instância. Alegaram que o julgamento do *Habeas Corpus* (HC) 126292, em fevereiro deste ano, no qual o STF entendeu possível a execução provisória da pena, vem gerando grande controvérsia jurisprudencial acerca do princípio constitucional da presunção de inocência, porque, mesmo sem força vinculante, tribunais de todo o país “passaram a adotar idêntico posicionamento, produzindo uma série de decisões que, deliberadamente, ignoram o disposto no artigo 283 do CPP”.

O caso começou a ser analisado pelo Plenário em 1º de setembro, quando o relator das duas ações, ministro Marco Aurélio, votou no sentido da constitucionalidade do artigo 283, concedendo a cautelar pleiteada. Contudo, com a retomada do julgamento na sessão desta quarta-feira (5), prevaleceu o entendimento de que a norma não veda o início do cumprimento da pena após esgotadas as instâncias ordinárias.

Vejamos o excerto do voto do mesmo Ministro ora relator, Teori Albino Zavascki, no bojo da Ação Declaratória de Constitucionalidade (ADC) nº 44:

Entretanto, a solução proposta, de retornar ao entendimento anterior, que conferia efeito paralisante a absolutamente todas decisões colegiadas de segunda instância, transformando as Cortes Superiores em terceiro e quarto graus de jurisdição, não é a solução adequada e não se coaduna, ao meu ver, com as competências atribuídas pela Constituição às Cortes Superiores. **Quicá devamos aprofundar os mecanismos de conferir efeito vinculante às decisões pacíficas das Cortes Superiores**, o que é consentâneo com o papel uniformizador do Direito a elas atribuído pela Constituição. Ainda assim, para sanar as situações de teratologia, como se sabe, há instrumentos processuais eficazes, tais como as medidas cautelares para conferir efeito suspensivo a recursos especiais e extraordinários, bem como o *habeas corpus*, que a despeito de interpretação mais restritiva sobre seu cabimento, em casos de teratologia, é concedido de ofício por esta Suprema Corte.

Resta claro e imprescindível a necessidade de regulamentação mais concreta acerca do tema, pois, nesse caso, embora composto por 11 Ministros, apenas 07 (sete) membros foram

⁸⁴ Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=326754>>. Acessado dia 14/07/2017

favoráveis a modificação da jurisprudência, restando 04 (quatro) divergentes⁸⁵. Sendo assim, o que está ocorrendo é um temor sobre a aplicação e cumprimento deste julgado em caráter vinculante sobre os demais processos.

A celeuma acerca desse tema será com proporções ainda maiores do que a abordada na matéria acima, sobre a progressão de regime prisional em crimes hediondos, tendo em vista que a mesma afeta diretamente políticos e grandes empresários que estão denunciados e condenados na operação “Lava Jato”, pois muitos irão, reiteradamente, recorrer ao Supremo Tribunal Federal, alegando a não vinculação aos efeitos da decisão ora em análise, uma vez que não houve a correta adequação ao instrumento da Súmula Vinculante e que, por conta disso, em regra, os demais magistrados não estão adstritos ao cumprimento de tal decisão.

Diante disso, conclui-se a imprescindibilidade de expor a matéria para fins de análise sob o aspecto da Súmula Vinculante, porquanto, nesse caso, acredita-se que não seria aprovada, haja vista a necessidade de 2/3 dos membros, ou seja, o mínimo de 08(oito) votos favoráveis.

Um grande exemplo a ser guiado se faz na própria Constituição de Portugal, onde existe o controle difuso de constitucionalidade, disposto no art. 281º, 3 da CRP⁸⁶. Entretanto, quando a matéria é de demasiada importância e já houvera sido analisada por 03 (três) vezes pelo Tribunal Constitucional, este poderá converter o rito de controle difuso para controle concentrado de constitucionalidade, tendo permissão e regramento determinado pelo art. 82º da Lei 28/82⁸⁷, a partir daí o rito é diferente e a decisão nesse julgamento terá seus efeitos estendidos com eficácia obrigatória geral.

Vê-se, assim, o cumprimento peremptório, por parte da Suprema Corte de Portugal, dos dispositivos constitucionais e infraconstitucionais, diferentemente do que ocorre com o Pretório Excelso brasileiro.

⁸⁵ Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=326754>>. Acessado dia 15/07/2017

⁸⁶ Art. 281º. 3. O Tribunal Constitucional aprecia e declara ainda, com força obrigatória geral, a inconstitucionalidade ou a ilegalidade de qualquer norma, desde que tenha sido por ele julgada inconstitucional ou ilegal em três casos concretos.

⁸⁷ Artigo 82.º (Processo aplicável à repetição do julgado) Sempre que a mesma norma tiver sido julgada inconstitucional ou ilegal em 3 casos concretos, pode o Tribunal Constitucional, por iniciativa de qualquer dos seus juizes ou do Ministério Público, promover a organização de um processo com as cópias das correspondentes decisões, o qual é concluso ao presidente, seguindo-se os termos do processo de fiscalização abstracta sucessiva da constitucionalidade ou da ilegalidade previstos na presente lei.

CONCLUSÃO

Embora o tema seja de uma complexidade ímpar, o mesmo se faz presente no cotidiano do aplicador do direito, bem como de toda a sociedade, a qual está vinculada e acobertada o manto das decisões ora em comento.

O sistema de controle de constitucionalidade brasileiro, especificamente o controle difuso é demasiadamente complexo, acredita-se pelo fato de grande parte dos componentes do Supremo Tribunal Federal possuir entendimentos diversos e não pacificado no próprio tribunal, o que dificulta um consenso acerca do tema, como fora amplamente demonstrado acima.

Todavia, estes entendimentos possuem eco na omissão legislativa acerca dessa possibilidade de abstrativização do controle difuso, pois o que se sugere é que seja incluída no ordenamento jurídico a vedação a essa forma de abstrativização “híbrida”, tendo em vista que a mesma não possui qualquer supedâneo jurídico-normativo.

O que se está em análise é a questão da segurança jurídica das decisões com efeitos *erga omnes*, pois a abstrativização do controle difuso já existe no Brasil, a qual se revela claramente através da Súmula Vinculante⁸⁸, a qual possui regramento procedimental específico, especialmente no que tange ao quórum de aprovação e cancelamento, no total de 2/3 dos membros.

O que não se pode admitir em nenhuma hipótese, que matérias jurídico-constitucionais com repercussão geral e com força obrigatória geral, sejam decididas por maioria não qualificada dos membros da Corte, como ocorreu no HC 82959⁸⁹, onde por maioria de 06 (seis) votos favoráveis, o plenário do STF, declarou a inconstitucionalidade do artigo 2º, § 1º, da lei nº 8.072/90, bem como estendeu seus efeitos com força obrigatória geral e vinculante.

Tanto é que após grande polêmica o próprio plenário do STF, com o fito de pacificar sua decisão e fazer cumpri-la, editou a Súmula Vinculante nº 26⁹⁰, tendo em vista a grande instabilidade gerada decorrente de tal decisão de caráter “híbrido”.

Por fim, chega-se, com a análise do respectivo ensaio jurídico, tem que tal tema

⁸⁸ Art. 103-A. O Supremo Tribunal Federal poderá, de ofício ou por provocação, mediante decisão de dois terços dos seus membros, após reiteradas decisões sobre matéria constitucional, aprovar súmula que, a partir de sua publicação na imprensa oficial, terá efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal, bem como proceder à sua revisão ou cancelamento, na forma estabelecida em lei. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004).

⁸⁹ Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/menuSumario.asp?sumula=1271>>. Acessado dia 05/07/2017

⁹⁰ Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/menuSumario.asp?sumula=1271>>. Acessado dia 06/07/2017.

necessita urgentemente de profundo estudo, principalmente pelo fato de que, diante da grande crise econômica, financeira e política, o Supremo Tribunal Federal vem decidindo de maneira reiterada em temas muito complexos como na decisão acerca da nomeação do o ex-Presidente Luiz Inácio Lula da Silva para Ministro Chefe da Casa Civil.

Onde no bojo do MS 34070 MC / DF, onde teve como Relator o Ministro Gilmar Mendes, o mesmo proferiu em caráter cautelar, liminar que suspendeu a nomeação, sob a fundamentação que tal nomeação era para garantir o foro por prerrogativa de função, vejamos o excerto da decisão “Ante o exposto, defiro a medida liminar, para suspender a eficácia da nomeação de Luiz Inácio Lula da Silva para o cargo de Ministro Chefe da Casa Civil, determinando a manutenção da competência da justiça em Primeira Instância dos procedimentos criminais em seu desfavor.⁹¹”.

A referida decisão demonstra a importância do tema, tendo em vista que decisões como essas, onde afetam de maneira fulcral a própria autonomia dos poderes, serem estendidas para todas as esferas da administração com a simples maioria de Ministros, fato este que ensejará uma devassa na estabilidade jurídico-político-administrativa do Estado.

⁹¹Disponível em:<<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ms34070.pdf>>. Acessado dia 19 de junho de 2016.

REFERÊNCIAS

BARBI, Celso Agrícola. **Evolução do controle da constitucionalidade das leis no Brasil**. In: CLÈVE, Clèmerson Merlin (Org.); BARROSO, Luís Roberto (Org.). **Doutrinas Essenciais: direito constitucional. Defesa da Constituição: aspectos gerais do controle de constitucionalidade, controle difuso de constitucionalidade, controle concentrado de constitucionalidade**. Revista dos Tribunais: São Paulo, 2011. p. 87-101.

BARBOSA, Rui. Os atos inconstitucionais do Congresso e do Executivo, in *Trabalhos jurídicos*, Rio de Janeiro, casa de Rui Barbosa, 1962, p. 54-55.

BARROSO, Luís Roberto. **O Controle de Constitucionalidade no Direito Brasileiro: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência**. São Paulo: Saraiva. 2012

_____. **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência**. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2006

_____. **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência**. 6ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 23 et seq.

BASTOS, Celso Ribeiro Bastos, *Curso de direito constitucional*, 5. Ed., São Paulo, Saraiva, 1982, p. 63; cf. Francisco Luiz da Silva Campos, Diretrizes constitucionais do novo Estado brasileiro, RF, 73:246-9.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Malheiros, 2008.

BUENO, José Antônio Pimenta. **Direito Público Brasileiro e Análise da Constituição do Império**. Brasília. Senado Federal, 1978. p. 69. Disponível em:<<http://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/185600>>. Acesso em: 5 de julho 2017.

_____. **Do Direito Eleitoral, das eleições diretas, indiretas e da Elegibilidade**. In: _____. **Direito público brasileiro e análise da Constituição do Império**. Rio de Janeiro: Ministério da Justiça e Negócios Interiores, 1958. p. 188 – 195

BULOS, Uadi Lammêgo. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2011;

CALMON, Pedro, Intervenção Federal: o art. 12 da Constituição de 1934, Rio de Janeiro, Freitas Bastos, 1936, p. 109.

CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**, 7.^a ed. (4.^a reimpressão), Coimbra, Almedina, 2003.

CANOTILHO, J. J. Gomes. MOREIRA, **Constituição da República Portuguesa Anotada**, vol. II, 4.^a ed., Coimbra Editora, Coimbra, 2010.

_____. **Constituição da República Portuguesa Anotada**, 3.^a ed., Coimbra Editora, Coimbra, 1993.

CARVALHO, Kildare Gonçalves. **Direito Constitucional: teoria do Estado e da Constituição**. Direito constitucional positivo. Belo Horizonte: Del Rey, 2010;

CASTRO, Catarina Sarmiento e. **Modelos de Justiça Constitucional**. Portugal. IV Conferência da Justiça Constitucional da Ibero-América. Relatório do Tribunal Constitucional Português. 2005, p. 2.

CLÈVE, Clèmerson Merlin. **A Fiscalização Abstrata da Constitucionalidade no Direito Brasileiro**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

PORTUGAL. **Constituição da República Portuguesa**. Disponível em:<<http://www.parlamento.pt/Legislacao/Paginas/ConstituicaoRepublicaPortuguesa.aspx>>. Acesso em: 12 de julho 2017.

_____. **Constituição de Portugal, de 21 de agosto de 1911**. Disponível em:<<http://www.parlamento.pt/Parlamento/Documents/CRP-1911.pdf>>. Acesso em: 6 julho 2017.

_____. **Constituição Política do Império do Brasil, de 25 de março de 1824**. Disponível em:<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao24.htm>. Acesso em: 6 de julho 2017.

CORREIA, Fernando Alves. **A justiça constitucional em Portugal e em Espanha. Encontros e divergências**. In Separata da Revista Xurídica da Universidade de Santiago de Compostela, vol. 7, n.º 2, Servicio de Publicacións da Universidade de Santiago de Compostela, 1998.

COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2009

_____. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2009

CUNHA JÚNIOR, Dirley da. **Controle de constitucionalidade: teoria e prática**. Salvador, BA: Juspodivm, 2010, p. 40 et seq. BITTENCOURT, Carlos Alberto Lúcio. **O controle jurisdicional da constitucionalidade das leis**. Rio de Janeiro: Forense, 1949, p. 09-10.

DALLARI, Dalmo de Abreu. **A Constituição na vida dos povos: da idade média ao século XXI**. São Paulo: Saraiva. 2010;

_____. Dalmo de Abreu. **O Poder dos Juízes**. São Paulo: Saraiva, 1996.

DANTAS, Ivo. **O Valor da Constituição: do controle de constitucionalidade como garantia da supralegalidade constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001

DE MORAIS, Carlos Blanco. **Justiça Constitucional**. Ed 2011. Coimbra. ISBM 9789723219234.

DIDIER, Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro. **Curso de Direito Processual Civil. Meios de impugnação às Decisões Judiciais e Processo nos Tribunais**. 13ª Edição. Vol. 3. Editora Jus Podium.

DOS REIS, José Alberto. **Código de Processo Civil Anotado**, VI. 3ª Ed. Editora: Coimbra.

Ano: 2012. ISBN: 9789723220407.

FACIN, Francieli. **Modulação do efeito concentrado no controle de constitucionalidade**. 2012. Disponível em: < <http://www.conteudojuridico.com.br/artigo,modulacao-do-efeito-concentrado-no-controle-de-constitucionalidade,36492.html>>. Acesso em: 04/08/2017.

FIGUEIREDO, Marcelo. **Controle de constitucionalidade no Brasil**. 2017. Disponível em: < <https://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbete/27/edicao-1/controle-concentrado-de-constitucionalidade-no-brasil>>. Acesso em: 04/08/2017.

FILHO, Nagib Slaibi. Breve **História do Controle de Constitucionalidade**. Texto disponibilizado no Banco do Conhecimento em 16 de julho de 2008. Disponível em:<http://www.tjrj.jus.br/c/document_library/get_file?uuid=ea10bf6f-babb-4f4e-8695-704a09b786e3&groupId=101362008>. Acesso em: 6 julho 2017.

FILPE, António. **Do Constitucionalismo Monárquico à Constituição democrática de 1976**. Disponível em: <<http://www.omilitante.pcp.pt/pt/305/Historia/401/Do-constitucionalismo-mon%C3%A1rquico-%C3%A0-Constitui%C3%A7%C3%A3o-democr%C3%A1tica-de-1976.htm>>. Acesso em: 04/08/2017.

FIUZA, Ricardo Arnaldo Malheiros. **Direito Constitucional Comparado**, 2004.

GONDIM, Yuri. **O Caso Marbury vs. Madison e a Contribuição de John Marshall**. 2014. Disponibilizado em: <https://yurigondim.jusbrasil.com.br/artigos/118688828/o-caso-marbury-vs-madison-e-a-contribuicao-de-john-marshall>.> Acesso em: 04/08/2017.

LENZA, Pedro. **Direito Constitucional Esquematizado**. São Paulo: Saraiva. 2008

MARIO, Carlos Mário. **O Controle de Constitucionalidade na Constituição Brasileira de 1988**. Disponível em:<<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/viewFile/46133/44292>>. Acesso em: 12 de julho 2017.

MARTINS, Ives Gandra da Silva; MENDES, Gilmar Ferreira. **Controle Concentrado de Constitucionalidade**. Saraiva, ed. 3ª, 2009.

MELLO, Fernanda Bertoco; RUIZ, Ivan Aparecido. **Natureza Jurídica da Resolução do Senado Federal no Processo de Controle de Constitucionalidade**. Revista. Direitos Sociais e Políticas Públicas (UNIFAFIBE). Disponibilizado em: <<file:///C:/Users/User/Downloads/14-39-1-PB.pdf>>. Acesso em: 04/08/2017.

MELLO, Oswaldo Aranha Bandeira de, *Teoria das Constituições rígidas*, p. 170.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Arguição de descumprimento de preceito fundamental: comentários à lei n. 9882, de 3.12.1999**. São Paulo: Saraiva, 2007.

_____. **Controle de constitucionalidade**. In: MENDES, Gilmar Ferreira;

_____. **Controle de constitucionalidade**. In: MENDES, Gilmar Ferreira;

_____. **Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade: estudos de direito constitucional**. 3ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2004,

_____. BRANCO, Paulo Gustavo Gonet; COELHO, Inocência Mártires. **Curso de direito constitucional**. 4ª ed. São Paulo: Saraiva. 2009, 1.124.

MIRANDA, Jorge. “Nos dez anos de funcionamento do Tribunal Constitucional”, in *Legitimidade e Legitimação da Justiça Constitucional (Colóquio no 10.º Aniversário do Tribunal Constitucional – Lisboa, 28 e 29 de Maio de 1993)*, Coimbra, 1995.

_____. *Contributo para uma teoria da inconstitucionalidade*, reimpressão 1.ª ed. 1968, Coimbra Editora, Coimbra, 2007.

_____. *Manual de Direito Constitucional, Tomo VI (Inconstitucionalidade e garantia da Constituição)*, 3.ª ed., Coimbra Editora, Coimbra, 2008.

_____. **A Fiscalização da Constitucionalidade: Uma Visão Panorâmica**. In *Scientia Iuridica – Revista de Direito Comparado Português e Brasileiro*, Tomo XLII, nº 244/246, julho/dezembro, 1993.

_____. **Manual de Direito Constitucional. Inconstitucionalidade e Garantia da Constituição**. 4ª ed. Coimbra: Biblioteca Nacional de Portugal, 2013

_____. **Manual de Direito Constitucional. Inconstitucionalidade e Garantia da Constituição**. 4ª ed. Coimbra: Biblioteca Nacional de Portugal, 2013.

MIRANDA, Jorge; MEDEIROS, Rui, **Constituição Portuguesa Anotada**, Tomo III (Organização do poder político; Garantia e revisão da Constituição; Disposições finais e transitórias), Coimbra Editora, Coimbra, 2007.

MIRANDA, Pontes. *Comentários à Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil*, Rio de Janeiro, Ed. Guanabara, 1938, v. 1, p. 364.

Modelo híbrido de controle de constitucionalidade garante mais celeridade à Justiça brasileira. Notícia STf. Disponível

em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=115824>>. Acesso em: 12 de julho de 2017.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 16. Ed. São Paulo: Atlas, 2004.

MORAIS, Carlos Blanco de. **Justiça Constitucional, Tomo I (Garantia da Constituição e controlo da constitucionalidade)**, 2.ª ed., Coimbra Editora, Coimbra, 2006.

_____. **Justiça Constitucional, Tomo II (O direito do contencioso constitucional)**, 2.ª ed., Coimbra Editora, Coimbra, 2011.

MOREIRA, Vital. “Princípio da Maioria e Princípio da Constitucionalidade: Legitimidade e Limites da Justiça Constitucional”, in *Legitimidade e Legitimação da Justiça Constitucional (Colóquio no 10.º Aniversário do Tribunal Constitucional – Lisboa, 28 e 29 de Maio de 1993)*, Coimbra, 1995.

_____. **A fiscalização concreta no quadro do sistema misto de justiça constitucional**, in Boletim da Faculdade de Direito, Volume Comemorativo do 75.º Tomo, Coimbra, 2003.

_____. **História do Constitucionalismo Português**. Texto que serviu de base às Lições de Direito Constitucional do Prof. Doutor Vital Moreira, na parte relativa ao constitucionalismo português

O controle concentrado de constitucionalidade e a defesa de interesses corporativos: análise das adis no período de 2013 a 10 de novembro de 2015. OLIVEIRA, Adriano Ferreira de Oliveira; CAMPOS, Felipe de Almeida; REZENDE, Renato Horta; PAULA, Virgílio Queiroz de; FANTONI, Wagner Facundo. Revista Constituição e Garantia de Direitos. Mestrando do PPGD da Universidade FUMEC, Belo Horizonte – MG, 2016. ISSN 1982-310X.

PAGANELLA, Carlos Roberto Lima. **As bases teóricas do controle difuso de constitucionalidade e suas competências para exame e rejeição no Brasil**. 2007. 256 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2007.

PALU, Oswaldo Luiz. **Controle de Constitucionalidade: conceitos, sistemas e efeitos**. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2001.

_____. **Controle de Constitucionalidade: conceitos, sistemas e efeitos**. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2001.

PINTO, Marcos José. **Um breve histórico sobre as Constituições Brasileiras**. Disponível em: < <http://www.conteudojuridico.com.br/artigo,um-breve-historico-sobre-as-constituicoes-brasileiras,36050.html>>. Acesso em: 12 de julho de 2017.

POLETTI, Ronaldo. **Constituições Brasileiras. 1934**. Vol III, Senado Federal. Disponível em: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/137602/Constituicoes_Brasileiras_v3_1934.pdf?sequence=10>. Acesso em: 12 de julho 2017.

_____. **Controle da constitucionalidade das leis**. 2ª Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000

QUEIROZ, Cristiane Moraes. **Controle Difuso e Concentrado de Constitucionalidade**. Disponível em: <<http://www.webartigos.com/artigos/control-difuso-e-concentrado-de-constitucionalidade/11295/>>. Acesso em: 12 de julho de 2017.