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

CONTROLO DE CONSTITUCIONALIDADE E O PAPEL DO TRIBUNAL CONSTITUCIONAL EM PORTUGAL E DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL NO BRASIL: LEGISLADORES POSITIVOS?

Dissertação para a obtenção do grau de Mestre em Ciências Jurídicas

Autora: Ana Carolina Fernandes de Abreu
Orientador: Professor Doutor Alex Sandro Pires
Número da candidata: 20161209

Julho 2025
Lisboa

AGRADECIMENTOS

O meu principal agradecimento é dirigido à minha família, especialmente minha mãe, Eunice, minha base e porto seguro, pelo amor incondicional e pela dedicação incansável.

À minha irmã, e melhor amiga, Karina, por tornar todas as minhas jornadas mais leves nos desafios trazidos pelo estudo e aplicação do Direito.

Ao meu orientador, pelo auxílio, incentivo e paciência para a conclusão deste desafio.

Por fim, obrigada a todos os professores com quem tive o privilégio de conviver na UAL e que, juntamente com minha adorável "Turma 14", tornaram os meus dias em Portugal muito mais agradáveis, mesmos nos dias de maior cansaço e enfrentamento dos obstáculos.

RESUMO

A presente investigação pretende fazer uma comparação entre o constitucionalismo brasileiro e o constitucionalismo português. Considerada a variedade de temas sobre o comparativo em questão, se fez necessária a delimitação para uma análise mais pormenorizada da atuação do Tribunal Constitucional em Portugal lado ao Supremo Tribunal Federal, no Brasil. As cortes constitucionais possuem pontos de aproximação e afastamento, dados os pressupostos da Constituição nos dois sistemas e as especificidades sociais, políticas e jurídicas de cada país. Para tal, optou-se por fazer uma breve digressão sobre o controle de constitucionalidade e a sua relação com a tripartição de poderes. A partir disso, coloca-se a ideia da justiça constitucional em conformidade com a evolução conceitual da noção de separação de poderes para demonstrar ao longo da pesquisa a legitimidade democrática das cortes constitucionais, a relevante dimensão do seu papel contramajoritário e de defesa da constitucionalidade e dos direitos fundamentais. Após, fala-se numa perspectiva comparada mais direta sobre o controle de constitucionalidade nos órgãos constitucionais em Portugal e no Brasil com uma análise do papel assumido por ambas nos períodos pós-constitucionais, demarcações sobre as implicações do modelo de composição presente em cada uma delas e as distinções da atuação dos dois tribunais a partir do estudo de acórdãos proferidos por cada uma delas. Por fim, fala-se na comparação final entre os dois tribunais e a sua caracterização como legisladores positivos, ao mesmo tempo em que se salienta a necessidade de impor limitações a atuação dos tribunais

Palavras-chave: Tribunal Constitucional; Supremo Tribunal Federal; Função Legislativa; Jurisdição Constitucional.

ABSTRACT

The present research intends to make a comparison between Brazilian and Portuguese constitutionalism. The variety of themes on the comparison in question made necessary the delimitation for a more detailed analysis of the performance of the Constitutional Court in Portugal side by side with the Supreme Federal Court in Brazil. The Constitutional Courts have points of closeness and distance given the assumptions of the Constitution in both systems and the social, political and legal specificities of each country. To this end, we chose to make a brief digression on the control of constitutionality and its relation to the tripartite division of powers. After that, the idea of constitutional justice is put in conformity with the conceptual evolution of the notion of separation of powers to demonstrate throughout the research the democratic legitimacy of constitutional courts, the relevant dimension of their counter-majoritarian role and the defense of constitutionality and fundamental rights. Then, a more direct comparative perspective on the control of constitutionality by the constitutional courts in Portugal and Brazil is discussed, with an analysis of the role assumed by both in the post-constitutional periods, demarcations on the implications of the composition model present in each one of them and the distinctions of the performance of the two constitutional courts based on the study of rulings handed down by each one of them. Finally, the final comparison between the two constitutional courts and their characterization as positive legislators is discussed, while highlighting the need to impose limitations on the performance of Constitutional Courts.

***Keywords*:** Constitutional Court; Supreme Court; Positive Legislator; Constitutional Jurisdiction.

ÍNDICE

INTRODUÇÃO *6*

1. O CONTROLO DE CONSTITUCIONALIDADE E O "MITO" DA TRIPARTIÇÃO DE PODERES *10*

1.1 A evolução do conceito de Separação de Poderes e os contornos atuais do papel do Poder Judiciário no Controlo de Constitucionalidade. **16**

1.2. A força normativa da Constituição, papel contra majoritário e o resguardo aos direitos fundamentais. **24**

2. O CONTROLO DE CONSTITUCIONALIDADE DAS LEIS ATRIBUÍDO AOS TRIBUNAIS CONSTITUCIONAIS *28*

2.1. Experiências dos Tribunais Constitucionais no Brasil e em Portugal: Breves considerações e as raízes das semelhanças e distinções. **29**

2.2 O papel do Tribunal Constitucional em Portugal no Controlo de Constitucionalidade após a Constituição de 1976. ..... **31**

2.3 O papel do Supremo Tribunal Federal no Brasil no Controle de Constitucionalidade após a Constituição de 1988. ..... **36**

2.4. As implicações da composição do Supremo Tribunal Federal e do Tribunal Constitucional. **46**

2.4.1. A Composição do Supremo Tribunal Federal no Brasil 48

2.4.2. A composição do Tribunal Constitucional Português 57

3.2. Distinções e traços marcantes da atuação do Supremo Tribunal Federal do Brasil e o Tribunal Constitucional de Portugal: análise do Acórdão 75/2010 e da ADPF 54 ..... *67*

3.2.1.O Acórdão da ADPF/54 67

3.2.2. O Acórdão 75/2010 do Tribunal Constitucional 75

4. TRIBUNAL CONSTITUCIONAL PORTUGUÊS E SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL BRASILEIRO: LEGISLADORES POSITIVOS? *81*

CONCLUSÃO *96*

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS *102*

LISTA DE ABREVIATURAS

CRP – Constituição da República Portuguesa

DOU – Diário Oficial da União

ONU – Organização das Nações Unidas

STF – Supremo Tribunal Federal

TC – Tribunal Constitucional

UAL – Universidade Autónoma de Lisboa

UE – União Europeia

INTRODUÇÃO

Por meio do presente estudo buscou-se efetuar uma análise comparada entre o Supremo Tribunal Federal e o Tribunal Constitucional Português em suas atuações no controlo de Constitucionalidade para verificar se, e em que medida, atuam enquanto legisladores positivos, além de analisar possível afronta à separação de poderes. O tema é de grande relevância, pois muito embora ambas as cortes constitucionais tenham uma série de pontos em comum, haja vista seus laços históricos, linguísticos, culturais, contam com muitas distinções bastante características e aparentes, como se analisará adiante.

Especificamente no controlo de constitucionalidade das leis, em que pese a adoção do sistema misto de controlo de constitucionalidade das leis (controlo difuso e concentrado) e, ademais, ambos conterem previsão de análise da inconstitucionalidade por omissão, há relevantes pontos de aproximação, mas também grandes distanciamentos.

Nesse sentido, buscou-se compreender um pouco melhor a atuação e composição de cada uma das instituições constitucionais em análise, destacando-se os traços mais característicos. Além disso, por meio da análise de dois casos emblemáticos enfrentados pelos tribunais, a Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54 no Brasil e o Acórdão 75/2010 em Portugal, destacar-se-á a diferente forma de abordar uma mesma questão pelos dois tribunais.

Com muita precisão, Habermas nos lembra que a "A crítica à jurisprudência constitucional costuma ser conduzida em função da distribuição de competências entre o legislador democrático e o Judiciário; nessa medida, ela se refere sempre à disputa sobre o princípio da separação de poderes"[1]

Nesse sentido, no primeiro capítulo traçamos um panorama histórico visando delimitar os vários contornos que, ao longo do tempo, influíram na forma como enxergamos o conceito de tripartição de Poderes. Assim, desde uma concepção mais clássica e estática que influencia sobremaneira a França, passando pela visão de John Locke, que verteria forte influência nos Estados Unidos, a partir da repercussão inglesa

[1] HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia: entre facticidade e validade**. p.280.

consagrada na reconstrução política do parlamento, ao final do século XVII a.C., além de destacar a gradativa expansão pela qual passou o papel do Poder Judiciário.

Assim, fica evidente que visando evitar um acúmulo ou concentração de Poder que poderia redundar em tirania ou arbitrariedade, além da ineficácia na gestão estatal, propugnava-se por uma divisão de tarefas. Todavia, até um dado momento histórico, essa separação ou divisão não foi tão equânime, sendo que o Poder Judiciário ficou relegado a um segundo plano, sendo nítida a primazia dos Poderes Executivo e Legislativo.

Após análise do conceito de tripartição de poderes, passamos à evolução do próprio controlo de constitucionalidade das leis, destacamos o caso *"Bonham",* da lavra de Sir Edward Coke, bem como a influência inglesa nos Estados Unidos da América com o *judicial review* e *supremacy of the judiciary*[2]*,* analisando o caso *Marbury v. Madison*, para compreender o surgimento do controlo difuso que, posteriormente, passaria a integrar tanto o modelo brasileiro quanto o português.

Além disto, o modelo estadunidense ainda comportaria uma diferença relevante frente ao modelo francês, mais estático e radical quanto à separação de poderes, introduzindo a ideia de *checks and balances*, com os contornos dados por Hamilton, Madison e Jay na célebre obra "O federalista"[3].

Assim, e somente quase um século depois, surgiria o modelo concentrado na Europa, com outras influências filosóficas ("vontade geral" russoneana), sendo ainda verificado um descrédito frente aos juízes, inclusive, sendo concebida uma corte especialmente para a finalidade do controlo de constitucionalidade.

Com a influência do pensamento de Hans Kelsen, consolidou-se a atuação da Corte Constitucional como "legislador negativo", na medida em que sua função primordial consiste em excluir do ordenamento jurídico as normas que se revelem incompatíveis com a Constituição, sem, contudo, criar normas novas em seu lugar. Kelsen enfatiza que "o tribunal constitucional [...] não faz normas, mas elimina as que julga inconstitucionais"[4] (KELSEN, 2005, p. 282).

Na "Teoria Geral do Direito e do Estado", Kelsen ressalta que o controle de constitucionalidade se dirige tanto aos órgãos legislativos quanto aos órgãos que aplicam

---

[2] CAPPELLETTI, Mauro — **O controle judicial de constitucionalidade das leis no direito comparado**. p. 38.
[3] HAMILTON, Alexander; MADISON, James; JAY, Jonh — **O federalista**. p. 305.
[4] KELSEN, Hans - **Teoria pura do direito**.p.282.

o direito, sublinhando o caráter estritamente normativo desse controle: "o tribunal constitucional é competente para anular também os atos administrativos e judiciais contrários à Constituição"[5].

Ao longo das últimas décadas, a experiência do controle de constitucionalidade expandiu-se em diferentes países — a exemplo de Portugal, cuja Constituição de 1976 instituiu inicialmente uma Comissão Constitucional (posteriormente transformada em Tribunal Constitucional em 1982), e do Brasil, mediante a Constituição da República de 1988, onde se observa a adoção do modelo concentrado inspirado na teoria kelseniana.

Compreende-se que dentre estas novas possibilidades atribuídas às cortes constitucionais, e ampliação de seu papel ao longo dos anos, destacam-se algumas possibilidades, como: generalidade da lei e distanciamento entre texto e norma com necessidade de maior papel criativo do juiz, necessidade de transpor planos filosóficos e programáticos para concretizar direitos fundamentais, ou mesmo a própria reestruturação das relações entre o Estado e a sociedade[6].

No segundo capítulo já cientes da transposição da figura um tanto mítica da tripartição de poderes, e já considerando este alargamento das atribuições conferidas ao Poder Judiciário dentro de uma sociedade muito mais complexa e com novos desafios, passamos a uma análise do importante papel do Controlo de Constitucionalidade. Neste sentido, cumprindo tanto o papel de conferir força normativa à Constituição, além de resguardar o direito das minorias e os direitos fundamentais.

As constituições passam a incluir um conjunto de direitos fundamentais, bem como estabelecem ou reestruturam os tribunais constitucionais para que tenham independência frente aos órgãos governamentais, rigidez constitucional e possibilidade de controle. As constituições excutam, pois, um papel contramajoritário e, ademais, não passam a se apresentar como meras declarações, como se viu em períodos anteriores a II Guerra. Neste sentido, destaca-se a obra de Konrad Hesse com ênfase à necessária força normativa da constituição.

No terceiro capítulo, passamos a analisar, dentro deste novo campo de atuação conferido ao Poder Judiciário, os fundamentos da legitimidade das Cortes Constitucionais, tendo em vista que seus integrantes, em regra, não são eleitos diretamente pelo voto popular. Sob essa perspectiva, destaca-se que a legitimidade dessas

[5] KELSEN, Hans - **Teoria geral do direito e do Estado**. p.318.
[6] BARBOSA, Cláudia Maria — O Processo de Legitimação do Poder Judiciário Brasileiro.

instituições decorre primordialmente da própria Constituição — expressão máxima da vontade democrática — e do processo de nomeação indireta realizado por representantes eleitos, conforme assinala Barroso[7]. Além disso, mecanismos como as audiências públicas e a admissão de *amicus curiae* no processo constitucional, previstos no sistema brasileiro, potencializam a abertura da jurisdição constitucional à participação social, fortalecendo sua legitimidade democrática[8].

Considerando os distintos arranjos institucionais, históricos e sociais que moldam a jurisdição constitucional no Brasil e em Portugal, analisa-se em que medida e sob que circunstâncias o Supremo Tribunal Federal e o Tribunal Constitucional Português são questionados por assumirem papel de legisladores positivos no exercício do controle de constitucionalidade. Avaliam-se os fundamentos jurídicos e as justificativas democráticas invocadas para legitimar tal atuação, bem como o potencial de confronto ou tensão em relação ao princípio da separação de poderes.

Além disso, examinam-se os limites teóricos e práticos adotados pelos respectivos ordenamentos jurídicos para evitar excessos, preservar a legitimidade democrática e garantir o equilíbrio entre as funções dos poderes constituídos. Destaca-se, ainda, a forma como essa atuação pode afrontar o princípio da separação de poderes, especialmente à luz de decisões paradigmáticas, como a ADPF n.º 54 (STF) e o Acórdão n.º 75/2010 (TCP), e os mecanismos previstos em cada sistema para mitigar eventuais excessos ou usurpações da função legislativa pelas Cortes Constitucionais.

[7] BARROSO, Luís Roberto - **O Novo Direito Constitucional Brasileiro: Contribuições para a construção teórica e prática da jurisdição constitucional no Brasil**. p. 257

[8] HÄBERLE, Peter - **Hermenêutica constitucional: a sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e "procedimental" da constituição**. p. 79-81

1. O CONTROLO DE CONSTITUCIONALIDADE E O "MITO" DA TRIPARTIÇÃO DE PODERES

Note-se que, historicamente, a teorização acerca da separação de "poderes" que remonta à Grécia Antiga, particularmente a obra "A Política"[9] de Aristóteles, onde já se mencionava sobre as funções deliberativas, executiva e jurisdicional, acabou por ganhar seus contornos mais atuais com a influência de alguns pensadores, notadamente John Locke e Montesquieu, este último, ao sistematizar a ideia da separação de poderes que seria amplamente difundida pelos países pertencentes ao sistema "*Civil Law*", bem como ponto de reflexão e adaptação à teoria de John Locke tal qual seguida no "*Common Law*". Convém ressaltar que se convencionou em nomear divisão de "poderes" o que em verdade estaria melhor nomeado como divisão de funções estatais.

Note-se que estes autores, conforme nos lembra Canotilho, demonstraram clara compreensão das bases políticas e sociais em que assentaram suas teorias. Eles sabiam que o funcionamento das formas de governo não era desconectado da realidade sociopolítica, mas refletia, na prática, diferentes graus de articulação entre poderes e funções: desde a distinção das funções essenciais do poder político (legislar, executar e julgar), passando pela atribuição a órgãos específicos (parlamento, governo, administração e judiciário), até o reconhecimento do papel de grupos sociais, organizações religiosas, corporações e cidades no exercício do poder.

Tradicionalmente, a discussão sobre formas de governo concentrava-se no aspecto funcional das divisões entre Legislativo, Executivo e Judiciário, negligenciando tanto as bases orgânicas e sociais quanto as dinâmicas relacionais dos freios e contrapesos. Atualmente, o neoconstitucionalismo já considera a articulação entre funções e instituições, mas tende a reduzir o aspecto sócio-estrutural à figura do povo como eleitor e legitimador funcional.[10]

Contudo, a ideia básica que ainda paira é que a separação de "poderes" se assenta numa metáfora militar, ou seja, na concepção da separação de poderes como uma "divisão de forças beligerantes", onde os poderes (Legislativo, Executivo e Judiciário)

[9] ARISTÓTELES — **A política**. p. 32.
[10] CANOTILHO, J. J. Gomes — **Direito constitucional e teoria da constituição.** p. 578-579.

são vistos como entidades em conflito potencial, necessitando de barreiras rígidas para se conterem mutuamente — como exércitos inimigos ou fortalezas separadas, não transmitindo a verdadeira essência das atividades que compõem cada "poder"[11].

Segundo autores como Fernando Gomes "Montesquieu, ao sistematizar a teoria da separação dos poderes, conferiu especial preponderância ao Poder Legislativo e ao Executivo, relegando ao Judiciário um papel secundário, restrito à mera aplicação da lei e à resolução de conflitos concretos, sem margem de atuação criativa ou interpretativa ampla. Essa concepção apontava para uma divisão estática das funções estatais, sendo o Judiciário, nas palavras do próprio Montesquieu, a 'boca da lei', um verdadeiro apêndice dos demais poderes"[12].

Desta forma, o papel do Poder Judiciário estaria adstrito apenas a julgar, afirmando o que já foi dito pelo legislativo, sem produzir direitos novos. Função que foi comumente atribuída ao judiciário nos países em que o positivismo jurídico influenciou fortemente o processo de tomada de decisão[13].

De fato, com argumenta Cappelletti, a teoria de Montesquieu foi instrumentalizada durante a Revolução Francesa para justificar a negação do controle de constitucionalidade e a subordinação do Judiciário ao Legislativo[14].

De outro lado, como nos lembra Canotilho, a teoria da separação de poderes acabou por engendrar um mito, no sentido de atribuir ao modelo teórico de Montesquieu, três poderes rigorosamente separados o que, de fato, nunca existiu, na medida em que o rei gozava de direito de veto, assim como o legislativo poderia interferir no judiciário quando trata-se de julgar os nobres pela Câmara dos Pares, por exemplo[15]. Ademais, importante a ressalva feita por Eugenio Raul Zaffaroni no sentido de que "as palavras de Montesquieu são muito mais claras se forem consideradas como provindas de um sociólogo e não como texto dogmático" [16]. Assim, para o autor, teria havido muito mais uma instrumentalização da teoria para utilização na revolução francesa, pois Montesquieu criticou a concentração de poderes sob pena de tornar-se abuso.

---

[11] PALMA, Maria Fernanda — O legislador negativo e o intérprete da Constituição. p. 523.
[12] GOMES, Fernando. **Da autolimitação ao ativismo judicial: um estudo acerca da releitura da teoria da separação dos poderes pelo Poder Judiciário brasileiro no Supremo Tribunal Federal**. p. 145
[13] ROCHA, Lara Bonemer Azevedo da; BARBOSA; Claudia Maria — O papel dos precedentes para o controle do ativismo judicial no contexto pós-positivista. pp. 115-133.
[14] CAPPELLETTI, Mauro — Repudiando Montesquieu? A expansão e a legitimidade da "justiça constitucional". p. 13-110.
[15] CANOTILHO, J. J Gomes — **Direito constitucional e teoria da constituição.** *Op. cit*. p. 114.
[16] ZAFFARONI, Eugenio Raul — **Poder judiciário: crises, acertos e desacertos**. p. 82.

Vale aqui fazer a ressalva quanto à utilização da palavra "poder", que comporta mais de um significado, podendo ser utilizado do ponto de vista orgânico ou subjetivo, enquanto Poder Executivo, Poder Legislativo e Poder Judiciário, bem como num sentido funcional ou objetivo, enquanto atividade executiva, legislativa ou normativa. Assim, "a separação não é propriamente do poder político-jurídico, considerado uno, indivisível, e sim das funções (...) a divisão funcional tripartida não corresponde, necessariamente, a uma separação em três órgãos"[17].

Dito isto, cumpre ainda enfatizar que as proposições de Montesquieu influenciaram mais diretamente o modelo francês no qual competiria ao Conselho Constitucional, órgão do legislativo, exercer o controlo de constitucionalidade, muito embora somente controlo preventivo, ou seja, na França, após a publicação da lei não caberia outra opção que não o cumprimento por parte das autoridades. Assim, conforme observam Rocha e Barbosa, a tradição europeia de *civil law* concebia o Judiciário como órgão essencialmente vinculado à lei, com limitada atuação criativa. Já nos países de *common law*, o reconhecimento e o respeito aos precedentes condicionaram uma atuação judicial marcadamente mais ativa, permitindo ao Judiciário, em certa medida, a criação e o desenvolvimento do direito por meio de suas decisões[18].

Não por outra razão, Zagrebelsky, afirma a diferença entre a tradição da Europa continental, onde o embate disse respeito à contraposição ao absolutismo pela substituição do rei por um outro poder absoluto, qual seja, a Assembleia Soberana, sendo que, no caso da Inglaterra, ao contrário, o contraponto ao absolutismo se daria pela imposição de limites às pretensões do rei, por meio do estabelecimento de privilégios e liberdades tradicionais dos ingleses pelo parlamento[19].

Na realidade, a estrita separação, "*French style*", dos poderes governamentais, se de inspiração realmente "montesquiana" ou não, estava a milhas de distância do tipo da separação dos poderes praticamente adotada ao mesmo tempo pela Constituição Americana[20].

Ainda hoje é comum se afirmar, com certo reducionismo, que a clássica divisão proposta por Montesquieu preconiza que cada um deles teria uma função típica.

---

[17] CANOTILHO, J. J. Gomes; MENDES, Gilmar Ferreira; SARLET, Ingo Wolfgang; STRECK, Lênio Luiz — **Comentários à Constituição do Brasil.** p. 316-327.

[18] ROCHA, Lara Bonemer Azevedo da; BARBOSA; Claudia Maria — **O papel dos precedentes para o controle do ativismo judicial no contexto pós-positivista**. *Op.Cit*. p. 115-133.

[19] ZAGREBELSKY, Gustavo — Il diritto mite – Legge, diritti, giustizia. p. 37.

[20] CAPPELLETTI, Mauro — Repudiando Montesquieu? A expansão e a legitimidade da "justiça constitucional. p. 29.

Todavia, tal separação não é absoluta, principalmente quando há omissão estatal capaz de gerar ofensa a direitos fundamentais[21].

Assim, é preciso compreender que apesar de se falar numa função precípua do poder judiciário, não estará se afirmando a velha separação de poderes proposta por Montesquieu, mormente frente ao desafio de implementação de direitos fundamentais de amplo e multifacetado espectro[22].

Como nos lembra Fernando Gomes de Andrade, em que pese o *status* conferido ao princípio da separação de poderes desde a Revolução Francesa de 1789 até os dias atuais como um dogma[23] constitucional, houve uma oscilação sobre o tema havendo uma prevalência e maior destaque atribuído ao Poder Judiciário sob a ótica do neoconstitucionalismo, lastreado pelo pós-positivismo Jurídico, num contexto do Estado Democrático de Direito[24].

No início do constitucionalismo no Brasil, Gisela Maria Bester nos relembra que a separação dos poderes foi a forma encontrada para conter o poder unitário do governante frente aos governados (súditos), esta teorização de divisão de funções, encontrou guarida no Brasil Império, mas com a particularidade de incluir o chamado "poder moderador", por influência do francês Benjamin Constant em seus "Princípios de Política"[25].

Portanto, no início da história constitucional brasileira, observa-se a divisão quadripartite. Ademais, influenciados pela compreensão que vigorava no âmbito da Europa continental, a Constituição de 1824 deixou de prever o controle de constitucionalidade, não sendo concedida a prerrogativa de declarar a inconstitucionalidade de leis ou atos legislativos, o que somente ocorreria posteriormente.

No caso da Inglaterra, por exemplo, ante a ausência de uma constituição formal escrita e a força do direito dos tribunais, coube aos juízes buscar a justa solução dos conflitos, em que pese a possibilidade de revisão que poderia ser feita pelo Legislativo

---

[21] MARTINS, Urá Lobato — A judicialização das políticas públicas e o direito subjetivo individual à saúde, à luz da teoria da justiça distributiva de John Rawls. p. 309-328.

[22] TOVAR, Leonardo Zehuri — **Promessas da modernidade e Ativismo Judicial**. p. 518-536.

[23] Dogma que restou assentado na Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão de 1789 em seu art. 16 da Constituição Francesa e que seria repetido posteriormente quase como um mantra "toda sociedade na qual a garantia dos direitos não estiver assegurada, nem determinada a separação dos poderes, não tem Constituição".

[24] GOMES, Fernando. **Da autolimitação ao ativismo judicial: um estudo acerca da releitura da teoria da separação dos poderes pelo Poder Judiciário brasileiro no Supremo Tribunal Federal**. p. 148.

[25] PÁDUA, Thiago Aguiar — A expressão "ativismo judicial", como um "cliché constitucional", deve ser abandonada: uma análise crítica sobre as ideias do ministro Luís Roberto Barroso. p. 134-168. No mesmo sentido: BESTER, Gisela Maria — Direito constitucional: fundamentos teóricos. p. 299-301.

por meio da Câmara dos Lordes[26].

Assim, alguns autores irão afirmar que a tão aclamada tripartição de poderes preconizada por Montesquieu reverberou de maneira muito distinta entre os sistemas de *common law* e *civil law*. Nesse sentido se, de um lado, houve estrita separação ente legislativo e judiciário *(civil law)*, de outro, o espaço de poder deferido aos juízes confiado ao judiciário foi bem maior *(common law),* sendo certo, ainda, que a superação do jusnaturalismo racionalista pelo positivismo verteria feitos totalmente distintos nos dois sistemas, tendo colaborado para a formação das concepções antagônicas *"de juge bouche de la loi* (juiz boca-de-lei) *e de judge make law* (juiz legislador)*"*[27].

Desta forma, a "verdade é que a separação de poderes já não é mais vista, hoje, na estanque perspectiva apresentada por Montesquieu em sua célebre obra"[28], de fato, sem perder de vista a lição dos clássicos (John Locke no século XVII e Montesquieu século XVIII), é necessário compreender que o século XX acabou por redimensionar a separação de poderes e das atribuições básicas do Estado[29].

Em outras palavras, se trata de fazer outra interpretação desse velho dogma para adaptá-lo ao moderno Estado Constitucional, que mesmo permanecendo liberal, passou também a assumir um aspecto social e democrático, não apenas em razão da ação legislativa dos Parlamentos ou do intervencionismo igualitário do Poder Executivo, mas igualmente por meio da atuação política do Poder Judiciário, especialmente dos modernos Tribunais Constitucionais, como o Tribunal constitucional em Portugal e Supremo Tribunal Federal no Brasil, crescentemente comprometida com a expansão da cidadania e a realização dos direitos fundamentais[30].

Para Bachof (1985), a divisão de poderes não é um conceito estático ou com um único modelo "patenteado", mas sim um instrumento flexível cujo propósito de conter o abuso de poder deve ser moldado pelas particularidades sociais e políticas de cada período[31].

---

[26] BARBOSA, Claudia Maria — **Os novos oráculos da lei: a experiência do modelo misto canadense e a proposta da súmula de efeito vinculante no Brasil**. p. 55.
[27] MARINONI, Luiz Guilherme — Precedentes obrigatórios. p. 51.
[28] XAVIER, Carlos Eduardo Rangel — Reclamação constitucional e precedentes judiciais: contributo a um olhar crítico sobre o Novo Código de Processo Civil (de acordo com a Lei 13.256/2016), p. 123.
[29] PETER, Christine Oliveira — Do ativismo judicial ao ativismo constitucional no Estado de direitos fundamentais. pp. 62-87. Vide também: BRITTO, Carlos Ayres — Separação dos poderes na Constituição brasileira. pp. 115-127.
[30] COELHO, Inocêncio Mártires — Apontamentos para um debate sobre o ativismo judicial. p. 18.
[31] BACHOF, Otto — **Jueces y Constitución**. p. 58.

De fato, considerando que Montesquieu fez um amplo estudo de vários sistemas visando traçar um panorama comum, um liame, ou seja, delimitar o "Espírito das Leis", temos que destacar que sua maior ênfase é no sentido de frear e conter os poderes. Para o autor, não se resguarda a liberdade, fora de um governo moderado (seja monarquia ou república), acrescentando que "ela nem sempre existe nos Estados moderados: só existe nesses últimos quando não se abusa do poder; mas a experiência eterna mostra que todo homem que tem poder é tentado a abusar dele"[32].

No que toca à separação de poderes, fica claro que ela é exercida de modo funcional, institucional e pessoal. Nesse sentido, o grau e a qualidade da separação de poderes em um determinado sistema constitucional só podem ser medidos se for avaliada a extensão em que a separação funcional corresponde à separação institucional, ou seja, se funções diferentes são cumpridas por diferentes instituições e pessoas que não são diretamente dependentes de órgãos de outras instituições.

No constitucionalismo moderno, há uma tendência a considerar a complexidade das inter-relações entre organizações dentro de um poder estatal. Esta tendência leva em consideração a contribuição da distribuição de competências (poderes) dentro de um determinado poder estatal para a qualidade geral da separação de poderes.

Desta forma, o modelo básico de separação aponta para a independência funcional, ou seja, cada órgão soberano deve limitar-se a exercer seus próprios poderes e nenhum outro. Esta é apenas uma independência tendenciosa, pois por meio de alguns mecanismos, os órgãos de soberania desempenham funções típicas de outros.

A nível institucional, a separação de poderes está adstrita à própria ideia de independência (funcional), à necessidade da interdependência institucional estabelecida e alicerçada num complexo sistema de cooperação de poderes.

Na contemporaneidade, o princípio da separação dos poderes deve ser compreendido como fundamento da "organização ótima" das funções estatais, assegurando a distribuição racional e eficiente das competências entre os distintos órgãos do Estado. Todavia, a noção de interdependência entre os poderes evidencia que essa separação não possui caráter absoluto ou estanque. Pelo contrário, o arranjo constitucional vigente admite e incentiva relações colaborativas e mecanismos de controle recíproco entre os poderes, de modo que a divisão de funções não impede, mas

[32] MONTESQUIEU, Charles de Secondat, Baron de — **Do Espírito das Leis**. p. 134.

antes favorece, a cooperação institucional e o equilíbrio funcional necessário ao funcionamento pleno do Estado democrático de direito.

Assim, para evitar os abusos deveria haver limites definidos pela "Lei", ficando também os indivíduos submetidos aos ditos limites. Mas a questão é que essa exigência de abstenção prevista em políticas públicas focadas na liberdade e livre iniciativa, submetido que estava à não ação por conta de lei, será posta à prova frente às novas exigências trazidas, inclusive, pelas constituições, de Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 no Brasil e a Constituição da República Portuguesa de 1976 em Portugal. Ou seja, passa a existir essa demanda por uma postura ativa para implementação de direitos sociais e resguardo dos direitos fundamentais que, em não sendo cumpridos pelo Legislativo e Executivo, acabará sendo posto sob análise do Poder Judiciário, como veremos adiante.

1.1 A evolução do conceito de Separação de Poderes e os contornos atuais do papel do Poder Judiciário no Controlo de Constitucionalidade.

Conforme visto acima, houve uma gradativa alteração do papel atribuído ao Poder Judiciário ao longo dos anos, mormente quanto ao controle de constitucionalidade das leis, pois a ênfase a uma versão estrita da teoria de separação de poderes "não teve força suficiente para impedir que o poder judicial frutificasse de modo a frear os eventuais descontroles do Legislativo", como nos lembra Sarlet, Marinoni e Mitidiero[33].

Desta forma e afastado o ar mítico da tão aclamada "tripartição de poderes", temos de considerar que o papel atribuído ao Poder Judiciário passou por um nítido redimensionamento, sendo importante compreender a construção e alargamento do controle de constitucionalidade ao longo da história. Como nos lembra Pedro Trovão do Rosário, "entre os vários poderes constitucionalmente estabelecidos pelo Estado moderno, o poder judicial foi aquele que mais claramente sofreu uma grande transformação do seu papel nos sistemas políticos ocidentais"[34].

Neste sentido e fazendo breve retrospecto histórico das alterações sofridas,

[33] SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel Francisco — **Curso de direito constitucional**. p. 1226.

[34] "[...] *entre los varios poderes constitucionalmente establecidos por el Estado moderno, el poder judicial fue aquel que más claramente sufrió una mayor transformación de su papel en el ámbito de los sistemas políticos occidentales".* TROVÃO, Pedro Rosário — Tribunal Constitucional ¿Un Legislador Negativo o Positivo? *Op. cit*., 2015 p. 714.

mais particularmente no controlo de constitucionalidade, um primeiro precedente digno de nota é o caso *"Bonham",* que para alguns seria o germe do controle da constitucionalidade das leis. Nesse sentido, Sarlet, Marinoni e Mitidiero concordam, ao afirmar que o "poder judicial, no *common law* primitivo, era exercido mediante uma lógica semelhante à que dirige a atuação do juiz submetido à Constituição e aos direitos fundamentais"[35].

Note-se que para Cappelletti essa teoria seria abandonada na Inglaterra após a Revolução de 1688, haja vista a introdução da ideia de supremacia do parlamento, restando ainda seus frutos pela influência nos Estados Unidos com o *judicial review* e *supremacy of the judiciary*[36]*,* também neste sentido, Zaffaroni, para quem em que pese o prestígio de Coke, a tese teria sido observada até a revolução de 1688, a partir da qual, "ao menos teoricamente, regressou-se à onipotência parlamentar" [37].

Divergindo em parte do pensamento à cima, Marinoni afirma que de fato não teria havido um abandono da teoria, pois o princípio da *supremacy of the English parliament*, estaria muito mais ligado à ideia de supremacia do Direito sobre o monarca do que à pretensão de "onipotência da lei ou absolutismo do parlamento"[38]. E, seguindo nesta linha crítica, acabará por refutar outra ideia trazida por Cappelletti no sentido de que a supremacia do parlamento inglês teria influído, nos Estados Unidos, para uma *"supremacy of the Judiciary"*[39].

Para Capppelletti, de forma paradoxal, a "supremacia do Parlamento" na Inglaterra favoreceu o nascimento da denominada "supremacia dos juízes" nos Estados Unidos da América![40]. Contudo, para Sarlet, Marinoni e Mitidiero: "é indiscutível que o Judiciário, sob a luz do princípio da *supremacy of the English parliament*, não se transformou em órgão sujeito à vontade do legislador, à semelhança do que ocorreu na França" e arremata ao dizer que é "contestável a relação de contrariedade que Cappelletti pretendeu estabelecer entre o princípio da *supremacy of the English parliament* e o

[35] SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel Francisco — **Curso de direito constitucional**. *Op. Cit,.* p. 1226
[36] CAPPELLETTI, Mauro. Francisco — **O controle judicial de constitucionalidade das leis no direito comparado.** *Op. cit*., p. 38 – 57 – 58 – 63?
[37] ZAFFARONI, Eugenio Raul. **Poder judiciário: crises, acertos e desacertos.** *Op. cit*. p. 46
[38] SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel Francisco — **Curso de direito constitucional**. *Op. cit.* p. 1226.
[39] CAPPELLETTI, Mauro. Francisco — **O controle judicial de constitucionalidade das leis no direito comparado.** *Op. cit*., p. 57.
[40] *Idem*, p. 58.

princípio da *supremacy of the Judiciary* estadunidense"[41].

Feitas estas considerações, não podemos olvidar que o grande marco do controle de constitucionalidade está certamente atrelado ao caso *Marbury v. Madison*, quando em 1803 o *Chief Justice John Marshall*, pela primeira vez, afirmou a possibilidade de a Suprema Corte controlar a constitucionalidade das leis, instituindo o controle difuso de constitucionalidade, com a intervenção de um poder institucionalizado em outro para a proteção da Constituição.

Quanto à decisão prolatada, Cappelletti, assenta que: "Se esta corajosa, decidida afirmação de John Marshall efetivamente iniciou, na América e no mundo, algo de novo e de importante, ela foi, porém, ao mesmo tempo, como já me parece ter exaustivamente demonstrado, não um gesto de improvisação, mas, antes, um ato amadurecido através de séculos de história: história não apenas americana, mas universal"[42].

Em que pese a opinião do jurista no sentido de que a decisão tenha sido "corajosa" e um ato "amadurecido através de séculos de história", temos apenas que pontuar o contexto político da decisão, pois a nomeação dos chamados "juízes da meia noite" acabou gerando um verdadeiro imbróglio, que também influiria na decisão prolatada. De fato, ao enfrentar o tema, John Marshall responderia a três questões por ele mesmo propostas numa ordem pouco usual, enfrentando o "mérito" primeiro, para depois apontar o impeditivo do deferimento do pedido haja vista obstáculo de cunho procedimental frente à competência para análise do caso[43].

Assim, muito embora o presidente da Suprema Corte reconheça que para cada direito deve haver a garantia correspondente, e que há razão quanto ao mérito de reconhecer a William Marbury a nomeação como juiz de paz do Condado de Washington que havia sido assinada por John Adams, então presidente dos Estados Unidos, acaba por indeferir o pedido. Isso porque, haveria uma incompatibilidade entre a Lei invocada por Marbury para impetração do *writs of mandamus* e a Constituição dos Estados Unidos que previa as hipóteses da competência originária daquela Suprema Corte e não abarcava o

---

[41] SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel Francisco — **Curso de direito constitucional**. *Op. cit.,* p. 1226.

[42] CAPPELLETTI, Mauro — Repudiando Montesquieu? A expansão e a legitimidade da "justiça constitucional. *Op. cit*., p. 63.

[43] *"In the order in which the Court has viewed this subject, the following questions have been considered and decided.1. Has the applicant a right to the commission he demands? 2. If he has a right, and that right has been violated, do the laws of his country afford him a remedy? 3. If they do afford him a remedy, is it a mandamus issuing from this court?* U.S. SUPREME COURT. (1803) Marbury v. Madison, 5 U.S. 137.

caso de Marbury. Portanto, a competência originária prevista na Constituição não poderia ser alterada por meio de Lei e, sendo a lei invocada contária à Constituição não poderia embasar o pedido que acabou sendo indeferido[44].

Vale ainda pontuar que a decisão ocorreu no meio de uma acirrada luta de poder, pois o partido federalista acabava de perder o governo, portanto vê-se que a história da Suprema Corte dos Estados Unidos não é tão idílica, pois a famosa sentença foi prolatada em momento em que o partido federalista, centralizador e autoritário dominava, em oposição às pretensões do presidente Jefferson, sendo que as ideias mercantilistas de Hamilton influenciavam a corte[45].

Assim, a astúcia de John Marshall (presidente da Suprema Corte entre o período de 1755-1835)[46] asseguraria que ele, de um lado, deixasse de confrontar o então presidente eleito (Thomas Jefferson) e, de outro, gerasse o precedente que influenciaria o controle de constitucionalidade das leis não apenas nos EUA, como também em diversos países, inclusive Brasil e Portugal.

De toda forma, o que restou ao mundo foi a ideia do controle difuso de constitucionalidade, sendo ainda importante destacar que os EUA diferentemente da França com aplicação mais nítida e radical quanto à teoria da separação de poderes, seguiria no sentido da regra dos *checks and balances*, com os contornos dados por Hamilton, Madison e Jay na célebre obra "O federalista"[47].

---

[44] *"Neste sentido, voto de Marshal, ao afirmar que: In the distribution of this power. it is declared that: "The Supreme Court shall have original jurisdiction in all cases affecting ambassadors, other public ministers and consuls, and those in which a state shall be a party. In all other cases, the Supreme Court shall have appellate jurisdiction." (...) If it had been intended to leave it in the discretion of the Legislature to apportion the judicial power between the Supreme and inferior courts according to the will of that body, it would certainly have been useless to have proceeded further than to have defined the judicial power and the tribunals in which it should be vested. The subsequent part of the section is mere surplusage -- is entirely without meaning -- if such is to be the construction. If Congress remains at liberty to give this court appellate jurisdiction where the Constitution has declared their jurisdiction shall be original, and original jurisdiction where the Constitution has declared it shall be appellate, the distribution of jurisdiction made in the Constitution, is form without substance".* U.S. SUPEREME COURT. (1803) Marbury v. Madison, 5 U.S. 137. *Op. Cit.*

[45] ZAFFARONI, Eugenio Raul — **Poder judiciário: crises, acertos e desacertos.** *Op. Cit.* p. 48.

[46] Neste sentido, as considerações trazidas por Shane Mountjoy em Marbury v. Madison*: establishing supreme court power/ Shane Mountjoy.p. cm. — (Great Supreme Court decisions) "He explained that Marbury had a legal right to the position to which he had been appointed by the previous president of the United States, John Adams. Next, Marshall gave reasons why the Supreme Court could not and would not issue a court order to force Madison to deliver the commission that would complete Marbury's appointment as a justice of the peace. The verdict startled those who supported and those who opposed the attempt by Jefferson and Madison to derail Marbury's appointment. The decision was unexpected, and it offered both sides a partial victory. Although both sides saw some of what They hoped for, each was also a little disturbed at the lack of decisiveness. The decision exposed many of the issues that faced Marshall and his colleagues on the Court.,*

[47] HAMILTON, Alexander; MADISON, James; JAY, Jonh — **O federalista.** *Op. cit.* p. 305.

Sendo certo que, para alguns, estaria por "detrás do movimento da independência estadunidense, a matriz jusnaturalista da Constituição"[48]. Nesta linha, ainda, Zaffaroni, para quem, em relação a esse sistema, a Constituição norte-americana, em certo sentido, positivou – assim dizendo – os princípios do "direito natural"[49]. Esta forma de fiscalização seria, ainda, "a um poder essencial, no confronto com os demais poderes do Estado, que aproxima os tribunais do fenômeno da atuação dos princípios políticos"[50].

Na Europa, a seu turno, houve um lapso temporal de mais de um século até a introdução do controle de constitucionalidade que, ademais, seria reservado a uma Corte Constitucional. Nesse contexto, autores como Mauro Cappelletti, Konrad Hesse, Hans Kelsen e Luís Roberto Barroso destacam que, além da ausência, na Europa continental, do princípio do *stare decisis* próprio do direito estadunidense, o descrédito em relação aos juízes e a predominância da "vontade geral" rousseauniana no parlamento constituíram fatores determinantes para retardar a implementação do controle de constitucionalidade, o que acabou por justificar sua atribuição a um órgão jurisdicional especialmente concebido para essa finalidade[51].

Assim é que, em 1920, o chamado modelo concentrado de constitucionalidade, com suporte no esquema concebido por Hans Kelsen, seria adotado na Áustria, sendo originalmente concebido exclusivamente para análise de questões em abstrato e com efeitos não retroativos. Assim, a Corte Constitucional, ao decidir pela inconstitucionalidade da Lei, retiraria do ordenamento jurídico a norma, atuando como um "legislador negativo"[52]. Com a reforma constitucional austríaca de 1929 seria, ainda, ampliada a legitimidade outorgada aos tribunais superiores das Justiças comum e administrativa na Áustria, permitindo-se a análise da constitucionalidade da lei por ocasião dos casos concretos[53].

---

[48] HAMILTON, Alexander; MADISON, James; JAY, Jonh — **O federalista.** *Op. cit.* p. 1240.

[49] ZAFFARONI, Eugenio Raul — **Poder judiciário: crises, acertos e desacertos.** *Op. Cit.* p. 46.

[50] *"a un poder esencial, en la confrontación con los demás poderes del Estado, que aproxima los tribunales al fenómeno de la actuación de los princípios políticos"* TROVÃO, Pedro Rosário — *Op. Cit*. p. 718.

[51] CAPPELLETTI, Mauro — Repudiando Montesquieu? A expansão e a legitimidade da "justiça constitucional" *Op. Cit.*; HESSE, Konrad — **A força normativa da Constituição**; KELSEN, Hans - **Teoria geral do direito e do Estado**.; BARROSO, Luís Roberto – **Direito Constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção de um novo modelo**.

[52] "(…) a diferença entre função jurisdicional e função legislativa consiste antes de mais nada em que esta cria normas gerais, enquanto aquela cria unicamente normas individuais. Ora, anular uma lei é estabelecer uma norma geral, porque a anulação de uma lei tem o mesmo caráter de generalidade que sua elaboração, nada mais sendo, por assim dizer, que a elaboração com sinal negativo e, portanto, ela própria uma função legislativa". KELSEN, Hans — Jurisdição constitucional. pp. 151-152.

[53] *Idem*, p. 125.

De fato, poderíamos verificar uma "primeira onda" de criação dos tribunais constitucionais, destacando-se "A Checoslováquia já havia consagrado um modelo de controle da constitucionalidade em 1918, a Áustria havia criado um Tribunal Constitucional em 1920 através da Lei Constitucional Federal, em qualquer lugar constituído como Estado Federal e na Espanha havia criado um Tribunal de Garantias Constitucionais na Constituição da II República Espanhola (1931-1939)".[54]

Após a 2ª Guerra Mundial, países como Alemanha e Itália adotariam o controle concentrado, embora mais influenciados pela ideia de rigidez constitucional. Ocorre que, diferentemente do modelo austríaco, em que apenas as Cortes Suprema e Administrativa estariam legitimadas a questionar a constitucionalidade, os sistemas italiano e alemão possibilitariam ao juiz deixar de aplicar lei reputada inconstitucional, devendo aguardar, todavia, manifestação da corte constitucional sobre o tema.

Nesse sentido, e dentro de uma "segunda onda", diante do fato que os tribunais superiores não foram capazes de assegurar os direitos fundamentais, foram: "aprovadas após o final da II Guerra Mundial: (...) a Lei Constitucional Austríaca de 12 de outubro de 1945 reinstalou o Tribunal Constitucional, a Constituição Italiana de 27 de dezembro de 1947 criou um Tribunal Constitucional que começou a funcionar em 1955, e após a queda do III Reich, se aprovou a Lei Fundamental Alemã de 23 de maio de 1949, sendo também criados os tribunais constitucionais dos «*LÄNDER*», antes do Tribunal Constitucional de Karlsruhe, em 1951*"*[55].

E, no que se poderia considerar uma "terceira onda" de institucionalização dos tribunais constitucionais, mormente no sul da Europa, rumo à democracia, ainda seriam criadas: "a Constituição Grega de 11 de junho de 1975 institucionalizou, desde então, um Tribunal Constitucional; a Constituição Portuguesa de 25 de Abril de 1976 criou uma Comissão Constitucional que se transformará em Tribunal Constitucional em 1982; a Constituição Espanhola de 27 de dezembro de 1978 criou, desde então, um Tribunal

---

[54]"*Checoslovaquia ya había consagrado un modelo de control de la constitucionalidad en 1918, Austria había creado un Tribunal Constitucional en 1920 através de la Ley Constitucional Federal, en la cual se constituye como Estado Federal y en España se había creado un Tribunal de Garantías Constitucionales en la Constitución de la II República Española"* (1931-1939). TROVÃO, Pedro Rosário — Tribunal Constitucional ¿Un Legislador Negativo o Positivo? *Op. cit.* p. 714.

[55] "*aprobadas después del final de la II Guerra Mundial: (...) la Ley Constitucional Austríaca de 12 de Octubre de 1945 reinstala el Tribunal Constitucional, la Constitución Italiana de 27 de Diciembre de 1947 crea un Tribunal Constitucional que comenzó a funcionar en 1955, y después de la caída del III Reich, se aprueba la Ley Fundamental Alemana de 23 de Mayo de 1949, siendo así creados los tribunales constitucionales de los «LÄNDER», antes del Tribunal Constitucional de Karlsruhe, en 1951".* TROVÃO, Pedro Rosário — Tribunal Constitucional ¿Un Legislador Negativo o Positivo? *Op. cit.* p. 714.

Constitucional"[56].

Ainda, são criados tribunais constitucionais na Bélgica (Tribunal Arbitral), Holanda, Suécia, Noruega, Dinamarca e Suíça. O traço marcante entre eles é a inspiração no modelo austríaco proposto por Hans Kelsen[57].

Tentando verificar as mudanças ocorridas desde então, haja vista que caminhamos a passos largos para ampliação da atuação do Poder Judiciário com a inclusão gradativa do controle de constitucionalidade, seja no modelo difuso ou concentrado, alguns autores destacaram a evolução do papel atribuído ao judiciário.

Adeodato, por exemplo, propõe que o processo de superação da separação de poderes, tal como idealizada por Montesquieu, pode ser compreendido a partir de três perspectivas centrais: a generalidade da lei, a criação do direito pelo Judiciário e o distanciamento entre o texto legal e a norma efetivamente aplicada. No primeiro momento, enfatiza-se que a generalidade era vista como característica essencial da norma jurídica, relegando ao juiz o papel de mero intérprete da lei (*bouche de la loi*), o que justificava a centralidade do Poder Legislativo[58].

Com o advento de sociedades cada vez mais complexas, emerge um novo questionamento em torno da relação entre a criação (tanto pelo Legislativo quanto, em crescente grau, pelo Executivo) e a aplicação do direito, geralmente atribuída ao Judiciário. Nesta nova configuração, torna-se evidente que o Judiciário não apenas aplica, mas também participa ativamente da criação do direito, rompendo, assim, os limites tradicionais entre as funções legislativa e jurisdicional.

Em um terceiro plano, sob viés sociológico, observa-se que o aumento da complexidade social aprofunda a distância entre o texto da lei e a norma concretamente aplicada. Isso gera maior incerteza acerca da forma como as instâncias decisórias — executiva, legislativa ou judiciária — irão interpretar e aplicar o direito, tornando a atividade jurisdicional menos previsível.

---

[56] "la Constitución Griega del 11 de Junio de 1975 institucionalizó, desde luego, un Tribunal Constitucional; la Constitución Portuguesa del 25 de Abril de 1976 creó una Comisión Constitucional que se transformará en Tribunal Constitucional en 1982; la Constitución Española del 27 de Diciembre de 1978 creó, desde luego, un Tribunal Constitucional". TROVÃO, Pedro Rosário — Tribunal Constitucional ¿Un Legislador Negativo o Positivo? *Op. cit.* p. 714.

[57] *"son creados tribunales constitucionales en Bélgica (Tribunal Arbitral), Holanda, Suecia, Noruega, Dinamarca y Suiza"* TROVÃO, Pedro Rosário — Tribunal Constitucional ¿Un Legislador Negativo o Positivo? *Op. cit.* p. 718.

[58] ADEODATO, João Maurício. **Separação de poderes: tópicos para uma teoria e um conceito**.

Dentro dessa trajetória, Adeodato relembra que as correntes teóricas acerca da separação de poderes evoluíram significativamente[59]. Inicialmente, sob influência de Montesquieu, prevalecia a crença na possibilidade de uma única decisão correta, em que o juiz se limitava a aplicar a lei ao caso, equiparando norma jurídica e lei. Posteriormente, com as teorias da moldura, inspiradas por Hans Kelsen, admite-se a existência de diferentes soluções possíveis para um mesmo caso concreto, sendo a lei compreendida como um quadro limitado de alternativas. Já nas teorias realistas, observa-se o abandono de qualquer certeza quanto a um conhecimento objetivo dos fatos e normas, transformando a separação de poderes e o princípio da maioria em fórmulas retóricas e imprecisas, mais voltadas à legitimação discursiva do que ao estabelecimento de critérios claros e rígidos. Essa trajetória acaba por reduzir a segurança jurídica antes presumida e marcar o afastamento do modelo clássico da separação dos poderes.[60].

Por óbvio, conforme acima verificamos, o contexto histórico associado às mudanças ocorridas no pensamento filosófico e, via de consequência, na própria forma como enxergamos o direito, irão transformar o papel do Poder Judiciário.

Quanto à ampliação do âmbito de atuação do judiciário, para alguns, poderia atuar como legislador positivo atípico: "a partir do momento em que as declarações dos direitos fundamentais deixaram de fazer parte apenas do plano filosófico e passaram também ao de atuação dos tribunais, o fenômeno do ´terceiro gigante´ teve um grande desenvolvimento, aumentando o alcance do direito judiciário e, concomitantemente, a criatividade dos juízes[61]".

Ainda neste sentido, como fruto de um movimento natural, o protagonismo não se configuraria tanto como um objetivo deliberado desse Poder, mas antes como um efeito não esperado do processo de transição democrática, inserido em um contexto mais amplo — não restrito ao caso brasileiro — de reestruturação das relações entre o Estado e a sociedade[62].

Para outros, a ampliação do papel atribuído ao Poder Judiciário estaria correta, na linha defendida em "Os Federalistas", tendo em vista que hoje, como ontem, o Judiciário continuaria a ser o mais "neutro" dos Poderes, e os juízes, os "menos

[59] ADEODATO, João Maurício. **Separação de poderes: tópicos para uma teoria e um conceito**. *Op. Cit*.
[60] *Idem*.
[61] DUARTE, Dayne; DE FARIAS, Karla Barros; DIAS JUNIOR, José Armando Ponte — O Poder Judiciário como legislador positivo atípico. p. 131.
[62] BARBOSA, Cláudia Maria — O Processo de Legitimação do Poder Judiciário Brasileiro. *Op. Cit.*

perigosos" dos agentes políticos, porque não dispõem nem da bolsa nem da espada para ameaçar a liberdade dos cidadãos[63].

Mas a questão não é tão simples, pois a alteração do papel que se atribua ao Poder Judiciário, mormente no controle de constitucionalidade, implica diretamente no tema do equilíbrio entre poderes, mesmo com as ressalvas anteriormente feitas e já considerando um redimensionamento no conceito de tripartição de poderes, ou funções.

1.2. A força normativa da Constituição, papel contra majoritário e o resguardo aos direitos fundamentais.

Considerando que Poder Judiciário passou por grandes transformações ao longo do tempo, é fundamental compreender em que medida ocorreu essa ampliação de suas competências e qual o papel do controle de constitucionalidade nesse contexto. Além disso, é imprescindível delimitar os limites desse controle.

Um ponto inicial a ser destacado refere-se à força normativa da Constituição. No tocante a esse tema, é relevante rememorar a célebre palestra proferida na Prússia, em 1862, pelo jurista Ferdinand Lassalle, na qual ele procurou responder às perguntas sobre o que é a Constituição e qual é a sua essência. Décadas depois, em 1959, Konrad Hesse contrapôs-se aos argumentos de Lassalle, formulando um conceito que seria de extrema relevância para a interpretação das normas constitucionais, conferindo-lhes sentido e importância próprios.[64].

Se para a teoria de Lassalle seriam os "fatores reais de poder" a origem e essência da Constituição, trazendo consigo a ideia de que a Constituição Jurídica sucumbe à Constituição Real, no sentido de que a norma é fundamentalmente estática e racional ao passo que a realidade é fluida e irracional.[65] Em oposição a esse entendimento, Hesse sustenta que a negação do direito constitucional implica a negação de seu valor enquanto ciência jurídica, defendendo, assim, a autonomia e a força normativa da Constituição. [66].

Portanto, a ideia de que a força normativa da Constituição depende não apenas de sua vontade de poder (Wille zur Macht), mas também da vontade de Constituição (Wille zur Verfassung), expressa o entendimento de que a efetividade

[63] COELHO, Inocêncio Mártires — Apontamentos para um debate sobre o ativismo judicial. *Op. Cit*., p. 19. No mesmo sentido: SANCHÍS, Luis Prieto — Neoconstitucionalismo y ponderación judicial. p. 125.
[64] LASSALLE, Ferdinand — **A essência da Constituição**. p. 23.
[65] HESSE, Konrad — **A força normativa da Constituição**. *Op. Cit.* p. 9.
[66] *Idem*, p. 3.

constitucional está ligada à sintonia entre o texto constitucional e a singularidade do momento histórico e social. Nesse sentido, percebe-se a aproximação com o conceito de Volksgeist (espírito do povo), já que, segundo o autor, a constituição será mais robusta e eficaz na medida em que seu conteúdo refletir a natureza singular do presente — ou seja, os valores, tradições e aspirações predominantes na sociedade em determinado contexto. Assim, pode-se afirmar que a força normativa da Constituição resulta da correspondência entre a norma e o espírito coletivo de seu povo, que se expressa tanto no conteúdo do texto constitucional quanto em sua práxis e, sobretudo, na interpretação conferida aos seus dispositivos, a qual desempenha papel decisivo na consolidação e preservação da força normativa constitucional[67].

Também abordando a relação entre Constituição e sociedade, mas por diferente prisma hermenêutico e teórico, Peter Häberle entende que a Constituição está "potencialmente vinculada a todos os órgãos estatais, todas as potências públicas, todos os cidadãos e grupos, não sendo possível estabelecer-se um elenco cerrado ou fixado com *numerus clausus* de intérpretes da Constituição"[68].

Neste sentido, a "inserção do programático na lei fundamental, com o consequente desafio da dinâmica social e política, coloca a norma básica perante os seus próprios limites funcionais a referência necessária à realidade e a mediação executiva ou concretizadora tornam patente que a vontade de constituição dos órgãos especialmente encarregados do programa constitucional é, ao lado da realidade constitucional, um elemento decisivamente condicionante da motorização programático-constitucional e da própria força normativa da constituição."[69].

A preservação da força normativa da Constituição exige a adaptação de suas normas para a preservação de sua identidade constitucional. No entanto, é necessário impor limites a qualquer modificação que ponha "em causa" a força normativa constitucional. Isto é, mesmo que o intérprete tente atribuir um sentido conforme a realidade social, econômica e política da sociedade, o texto normativo constitucional atua como limite fundante das possibilidades decisórias.

Konrad Hesse, que é contrário à existência de ruptura entre o ordenamento jurídico e a realidade fática, aduz que é necessário definir um equilíbrio entre as normas

---

[67] HESSE, Konrad — **A força normativa da Constituição**. *Op. Cit.* p. 12.

[68] HÄBERLE, Peter - **Hermenêutica Constitucional. A sociedade aberta dos intérpretes da constituição: contribuição para a interpretação pluralista e "procedimental" da Constituição**. p. 13.

[69] HESSE, Konrad – **A Força Normativa da Constituição**. *Op. Cit.* p. 16.

e o contexto histórico no qual elas estão inseridas. Mesmo assim não caberá ao intérprete do texto constitucional, nem sob o exercício do papel de "guardião da Constituição", alterar drasticamente o sentido definido anteriormente pelo poder Constituinte originário.

Portanto, e considerando também as ressalvas quanto à necessidade e importância da contenção do poder feitas por Montesquieu[70] (que somente vislumbrava liberdade em governos moderados, seja monarquia ou república), bem como as feitas por Hamilton ao nos lembrar da importância de freios e contrapesos, afinal, os homens estão longe de serem anjos[71], temos de considerar se e quais seriam os limites a ser atribuídos às Cortes Constitucionais quando efetuam o controlo de constitucionalidade.

Observa-se que a interação entre os Poderes — ou funções estatais — deve ocorrer de maneira concertada e harmônica. Entretanto, cada sociedade, e até mesmo uma mesma sociedade em diferentes momentos históricos, compõe sua própria "orquestra", demandando arranjos institucionais específicos. Ainda assim, é indispensável que os "maestros" — aqui entendidos como os atores responsáveis pela condução dos Poderes — assegurem o adequado alinhamento e a justa coordenação entre todos os "instrumentos", evitando usurpações ou sobreposições de funções. Caso contrário, em vez da harmonia institucional propiciada pela separação equilibrada de Poderes, corre-se o risco de produzir apenas ruídos e conflitos, ao invés da "música" que se espera do funcionamento democrático e cooperativo do Estado.

Dentro deste contexto, importante verificar qual é a intensidade dessa vontade de constituição, pois quanto "mais intensa é à 'vontade para a Constituição', tanto mais longe ele é capaz de ampliar os limites da possibilidade de realização da Constituição"[72].

Assim, é importante verificar se órgãos envolvidos tem "vontade de constituição", com o devido resguardo aos direitos fundamentais, e, ainda que a formulação seja aparentemente simplificadora, a questão de fundo consiste em determinar se "os direitos fundamentais valem apenas no âmbito das leis ou se as leis valem apenas no âmbito dos direitos fundamentais"[73].

---

[70] Para formar um governo moderado, é mister combinar os poderes, regulamentá-los, moderá-los e fazê-los agir; oferecer, por assim dizer, um lastro a um para colocá-lo em condição de resistir a outro; é uma obra-prima de legislação que o acaso raramente produz e que também raramente deixa-se à prudência fazer. MONTESQUIEU, Charles de Secondat, Baron de — **Do Espírito das Leis**. p. 22.

[71] "Se os homens fossem anjos, não haveria necessidade de governo; e se anjos governassem os homens, não haveria necessidade de meio algum externo ou interno para regular a marcha do governo: mas, quando o governo é feito por homens e administrado por homens, o primeiro problema é pôr o governo em estado de poder dirigir o procedimento dos governados e o segundo obrigá-lo a cumprir as suas obrigações". HAMILTON, Alexander; MADISON, James; JAY, Jonh — **O federalista**. *Op. Cit.* p. 351.

[72] HESSE, Konrad — **A força normativa da Constituição.** *Op. cit.* p. 34.

[73] ZAFFARONI, Eugenio Raul — **Poder judiciário: crises, acertos e desacertos.** *Op. cit*. p. 49.

Cappelletti também nos lembra deste importante papel contramajoritário dos direitos fundamentais: "Incluíram direitos fundamentais na Constituição, estendendo, assim, a proteção constitucional aos indivíduos em face do poder governamental; e *last but not least*, reforçaram a atuação da Constituição e de seus direitos fundamentais, em relação a novos ou reestruturados tribunais judiciais, dotados de importantes garantias de independência face a órgãos políticos"[74].

O mencionado autor ainda nos lembra que até o período da II Guerra Mundial ainda havia uma tendência de se atribuir um papel de meras declarações político-filosóficas, sem atos legalmente obrigatórios que somente foram vislumbrados em raras exceções, haja vista a ausência de órgão independente com a prerrogativa de supervisionar suas reais aplicações. Para concluir que "nenhum sistema efetivo de controle judicial é compatível ou tolerado por regimes antilibertários e autocráticos, quer se coloquem à esquerda ou à direita dum espectro político"[75].

Assim, a compreensão da força normativa da constituição, com o necessário resguardo do papel contra majoritário com vistas a efetivação dos direitos fundamentais é pressuposto democrático, pois esses imperativos não se sustentam em um ambiente antilibertário e autocrático, daí a importância da delimitação dos limites de um sistema efetivo de controle Judicial.

[74] ZAFFARONI, Eugenio Raul — **Poder judiciário: crises, acertos e desacertos.** *Op. cit*. p. 49.
[75] *Idem.*

2. O CONTROLO DE CONSTITUCIONALIDADE DAS LEIS ATRIBUÍDO AOS TRIBUNAIS CONSTITUCIONAIS

Embora possa se verificar certa semelhança quanto aos modelos adotados em Brasil e Portugal, ambos rotulados como modelos "híbridos", as opções que foram sendo adotadas no decurso da história redundou em um concatenamento bastante distinto das engrenagens e, portanto, no próprio funcionamento dos respectivos sistemas.

De se registrar, outrossim, que a própria interação entre dois sistemas, *de per si*, não deixa de causar certa estranheza, ao menos *prima facie*, ou seja, nos países com sistema difuso há certa desconfiança quanto à concentração das questões constitucionais, de outro lado, em países que adotam controle concentrado, o aumento do poder dado aos juízes para verificar a conformidade das leis à Constituição faz ressurgir o mito do "governo dos juízes"[76].

Para compreensão desta interação, necessária uma análise em três planos, quais sejam, das respectivas configurações nas constituições e nas leis, das posições teóricas adotadas e, por fim, do próprio funcionamento (a *praxis*) dos sistemas em Brasil e Portugal. Para tanto, visando delimitar as principais deficiências, com os respecitvos pontos de afastamento e aproximação dos sistemas, se utiliza de alguns elementos auxiliares, a saber: "(i) os sistemas de fiscalização, (ii) o perfil do Tribunal Constitucional português e o do Supremo Tribunal Federal; (ii) os déficits, (iii) as disfunções" [77].

[76] LOBATO, Anderson Cavalcante — Para uma nova compreensão do sistema misto de controle de constitucionalidade: a aceitação do controle preventivo. p. 24.

[77] SACRAMENTO, Bruno — Déficits e Disfunções no Controle de Constitucionalidade em Portugal e no Brasil. p. 305.

2.1. Experiências dos Tribunais Constitucionais no Brasil e em Portugal: Breves considerações e as raízes das semelhanças e distinções.

Como referido, as experiências constitucionais analisadas revelam simultaneamente semelhanças e distinções nos ordenamentos jurídicos brasileiro e português[78].

As semelhanças decorrem, em grande medida, das influências lusitanas na formação histórica do cenário brasileiro, uma vez que até a edição da Constituição no período da Monarquia Portuguesa e durante o Império brasileiro, ambos os sistemas caminharam paralelamente[79]. Neste período, não se verificava a previsão de mecanismos de fiscalização da constitucionalidade das leis[80].

As Constituições republicanas de ambos os países – a de 1911, em Portugal e a de1891 no Brasil - também apresentam aproximações relevantes, especialmente no que se refere à introdução de sistemas de fiscalização da constitucionalidade das leis[81].

Sob influência direta do sistema estadunidense, o Brasil adotou inicialmente o controle difuso de constitucionalidade, o que veio a ser igualmente incorporado, alguns anos mais tarde, na primeira Constituição republicana portuguesa[82]. Para além do controle difuso inspirado no sistema norte-americano, ambos os sistemas passaram a adotar o modelo de controle concentrado, de matriz austríaca.

No caso brasileiro, por exemplo, a Constituição de 1946, no contexto da restauração do regime democrático, foi modificada pela emenda constitucional nº. 16, que introduziu a inconstitucionalidade genérica, isto é, a fiscalização abstrata de constitucionalidade, originada no Supremo Tribunal Federal, reforçando a fiscalização

---

[78] ALEXANDRINO, J. M — Linhas do constitucionalismo português e do constitucionalismo brasileiro. p. 89.

[79] MIRANDA, Jorge — **Curso de Direito Constitucional**. p. 232.

[80] Sobre esse tema, a explicação da teoria de CLÉVE aduz que: "Não foi apenas o dogma da soberania do Parlamento que impediu a emergência da fiscalização jurisdicional da constitucionalidade no período monárquico. O Imperador, enquanto detentor do Poder Moderador, exercia uma função de coordenação; por isso competia a ele (art. 98) manter a 'independência, o equilíbrio e a harmonia entre os demais poderes'. Ora, o papel constitucional atribuído ao Poder Moderador, 'chave de toda a organização política' nos termos da Constituição, praticamente inviabilizava o exercício da função de fiscalização constitucional pelo Judiciário. Sim, porque, nos termos da Constituição de 1824, ao Imperador cumpria resolver os conflitos envolvendo Poderes, e não ao Judiciário". CLÉVE, Clémerson Merlin — **A fiscalização abstrata de constitucionalidade no direito brasileiro**. p. 81.

[81] MORAIS, Carlos Blanco de — Justiça Constitucional: O Direito do Contencioso Constitucional, p. 595 e MARTINS, Ives Gandra da Silva; MENDES, Gilmar Ferreira — Controle Concentrado de Constitucionalidade: Comentários à Lei n. 9.868, de 10-11- 1999. p. 223.

[82] Sobre a fiscalização da constitucionalidade ser uma realidade ainda muito pouco utilizada na Constituição de 1911, vide: MEDEIROS, Rui; MIRANDA, Jorge — Constituição Portuguesa Anotada, p. 50.

concentrada das leis e, por consequência, consolidou a adoção de um modelo híbrido de controle de constitucionalidade no Brasil.[83].

Sobre esse tema, merece destaque a posição do constitucionalista brasileiro Clémerson Merlin, ao afirmar que:

> 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, apenas a violação 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 a garantir a observância de todos os dispositivos da Constituição. A representação interventiva implica uma fiscalização concreta de constitucionalidade, embora realizada em sede de ação direta; presta-se exatamente para a solução de um conflito federativo. Com a representação genérica, ao contrário, manifesta-se modo de fiscalização abstrata da constitucionalidade, já porque em semelhante situação estará em jogo a compatibilidade, em abstrato (em tese), de um dispositivo normativo infraconstitucional contrastado com a Lei Fundamental da República[84].

Na Constituição atualmente vigente, o Brasil optou por um fortalecimento da fiscalização concentrada[85] no âmbito do sistema misto de controle de constitucionalidade, que combina a fiscalização concreta e difusa além da fiscalização abstrata e concentrada, esta última exercida por meio da ação direta, inspirada no modelo austríaco.

Em Portugal, por sua vez, ainda sob a égide da Constituição de 1933, a Revisão Constitucional de 1971 atribuiu à Assembleia Nacional a competência para a fiscalização abstrata sucessiva. Apenas com a Constituição de 1976, é que a competência para o controle concentrado foi conferida ao Conselho da Revolução, modelo que viria a ser alterado em 1982, com a criação do Tribunal Constitucional. A partir de então, em Portugal, o sistema concentrado ganhou relevo, sendo adotado um modelo híbrido de fiscalização da constitucionalidade[86].

---

[83] Art. 101. Ao Supremo Tribunal Federal compete: I – processar e julgar originariamente: (…) k) *a representação contra inconstitucionalidade de lei ou ato de natureza normativa, federal ou estadual, encaminhada pelo Procurador-Geral da República*; Art. 124 (sobre a Justiça estadual) (…) XIII – a lei poderá estabelecer processo, de competência originária do Tribunal de Justiça, *para declaração de inconstitucionalidade de lei ou ato do Município, em conflito com a Constituição do Estado*. (Grifo nosso). BRASIL — *Constituição da República Federativa de 1946*. EC n. 16, 26 de novembro de 1965.

[84] CLÉVE, Clémerson Merlin — — **A fiscalização abstrata de constitucionalidade no direito brasileiro**. *Op. cit*. p. 88-89.

[85] Exemplo desse fortalecimento foi a introdução na Constituição Brasileira de 1988 da: 1. ampliação dos legitimados para a propositura da ação direta de inconstitucionalidade, que antes era restrita ao Procurador-Geral da República, (art. 103, inciso I a IX); 2. criação da ação direta de inconstitucionalidade por omissão (art. 103, § 2º) e do mandado de injunção (art. 5º, LXXI); 3. criação da arguição de descumprimento de preceito fundamental decorrente da Constituição (art. 102, parágrafo único, CF e Lei 9.882/99).

[86] ALEXANDRINO, J. M. — Lições de Direito Constitucional. p. 275.

Não obstante as semelhanças decorrentes da afirmação histórico-constitucional de Portugal e do Brasil - que fazem com que as Constituições atualmente vigentes apresentem convergências, inclusive quanto à adoção de um modelo híbrido de controle de constitucionalidade —, importa assinalar que, ao longo desse processo evolutivo, e em razão das especificidades institucionais e políticas de cada país, as opções adotadas para a concretização da constitucionalidade produziram significativos afastamentos na forma de operacionalização do sistema[87].

Em outras palavras, embora a aproximação entre os modelos de controle de constitucionalidade nos dois países se revele expressivamente na evolução histórica, ela se distancia de forma relevante no modo como tais sistemas se materializam na prática jurídica de cada ordenamento [88].

2.2 O papel do Tribunal Constitucional em Portugal no Controlo de Constitucionalidade após a Constituição de 1976.

No que se refere à caracterização do sistema português de fiscalização de constitucionalidade, é importante assinalar que esta é muito complexa e ultrapassa o fato de o sistema ser considerado híbrido, decorrente no âmbito da Constituição, da coexistência de mecanismos de controle difuso e de controle concentrado[89].

Historicamente, a justiça constitucional em Portugal firmou-se na primeira revisão constitucional de 1982 e tem como núcleo principal o controle da constitucionalidade que se consubstancia em um modelo único (sem paralelo em outros países). Antes, o 25 de Abril não representou imediatamente uma mudança grandiosa na capacidade e produtividade do controle de constitucionalidade.

A esta altura, o que havia era um sistema puro de fiscalização da constitucionalidade na sua modalidade difusa que não tinha uma adesão significativa, de forma que o controle de constitucionalidade só começa a "impregnar a prática jurídica" quando passa a ser difundido a partir do topo por órgãos delineados para o efeito de defesa

[87] SACRAMENTO, Bruno — Déficits e Disfunções no Controle de Constitucionalidade em Portugal e no Brasil. *Op. Cit*. p. 305.
[88] *Idem*, p. 306.
[89] CANOTILHO, J.J. Gomes; MOREIRA, Vital — **Fundamentos da Constituição**. p. 238-240

da Constituição, com a criação primeiro da Comissão Constitucional e depois do próprio Tribunal Constitucional[90] .

O Conselho da Revolução estabeleceu à época, como dito anteriormente, uma Comissão Constitucional que tinha como competências: "dar parecer sobre a constitucionalidade de diplomas sujeitos a fiscalização preventiva; dar parecer sobre eventuais inconstitucionalidades por omissão; dirigir os processos de fiscalização concreta perante o CR, submetendo-lhe os projectos de acórdão"[91].

A Comissão Constitucional "imitava" à época o que seria um projeto de órgão jurisdicional, de modo que poderia emitir pareceres na fiscalização preventiva, abstrata sucessiva e por omissão. Era a Comissão que poderia decidir, em última instância, recursos e outras decisões que envolvessem a inconstitucionalidade da norma. Ao mesmo tempo que era órgão de consulta, também era este um órgão jurisdicional, mas não era considerada verdadeiramente um tribunal constitucional, mas sim uma "prefiguração de um tribunal constitucional"[92].

De modo geral, na Comissão Constitucional houve uma grande preponderância técnico-jurídica das decisões frente ao predomínio político do Conselho da Revolução, não havendo grande conflito entre os dois, o que significou desde aí o surgimento da "cultura constitucional" de pouca interferência que se seguiria com a instituição, em 1982, do Tribunal Constitucional.

Isto definiu desde então uma atitude discreta da Comissão Constitucional e que caracterizaria posteriormente a atuação do Tribunal Constitucional[93]. Por estes motivos, poder-se-á afirmar que a experiência da Comissão Constitucional foi importante para o desenvolvimento e criação da justiça constitucional em Portugal.

---

[90] LOBATO, Anderson Cavalcante — Para uma nova compreensão do sistema misto de controle de constitucionalidade: a aceitação do controle preventivo. *Op. Cit*. p. 34.

[91] ARAÚJO, António de - **A construção da justiça constitucional portuguesa: o nascimento do Tribunal Constitucional**. p. 908.

[92] ARAÚJO, António de - A construção da justiça constitucional portuguesa: o nascimento do Tribunal Constitucional. *Op. Cit.* p. 913.

[93] Para além do plano formal das leis, também na prática do TC é possível reconhecer diversas marcas da Comissão. Foi ela, na verdade, que desbravou terrenos praticamente desconhecidos na jurisprudência nacional: interpretação e concretização de normas sobre direitos fundamentais, garantias constitucionais de processo penal, sentido e limites das autonomias regionais, compatibilização entre diferentes sectores da economia, reserva da função jurisdicional, distribuição de competências entre o parlamento e o governo, etc. Ao desempenhar essa tarefa, a CC revelou um enorme esforço de autocontenção119, adoptando uma postura de judicial self-restraint que é tanto mais meritória quanto se vivia então um período de grande conflitualidade política. De igual modo, a CC revelou uma grande auto-exigência no plano da fundamentação das suas decisões (que são, de um modo geral, de elevada qualidade). Não admira, por isso, que ainda hoje seja frequente o TC citar na sua jurisprudência pareceres e acórdãos da Comissão Constitucional. *Idem*, p. 916.

O que aconteceu é que apenas em 1982 o país experimentou a criação do Tribunal Constitucional, seis anos após a promulgação da Constituição da República. A partir de então, o Tribunal Constitucional assume um papel ainda mais relevante e forte no que diz respeito à fiscalização da constitucionalidade em todas as suas dimensões.

Após a ditadura, o Tribunal Constitucional surgia como o próximo passo do Conselho da Revolução. Desse modo, era complicado afastar o surgimento de um órgão que "pela sua natureza, surgia revestido de uma aura quase mítica no que respeita à defesa dos direitos fundamentais, ao controlo do poder político e à realização do Estado democrático de direito"[94].

Por fim, o Tribunal Constitucional seria solução possível de abranger a concordância de todos os partidos, adquirindo o consenso para que atingisse uma maioria de revisão constitucional. Era necessário, porém, que nenhum partido se apoderasse do Tribunal Constitucional. A criação do Tribunal Constitucional era um ponto a ser resolvido pelo novo regime e foi abordado pelas forças partidárias no momento em que se deu a revisão constitucional de 1982, que instituiu o sistema de fiscalização da constitucionalidade hoje conhecido no país.

Desde então, o Tribunal Constitucional assumiu o papel de protetor (preventivo e sucessivo) da Constitucionalidade das normas existentes no ordenamento jurídico português na sua comumente conhecida função de guardião da Constituição. A função, de modo amplo, foi de assumir uma postura passiva de controlar a constitucionalidade sem se colocar no lugar do legislador ativo. A atividade do Tribunal Constitucional é vinculada desde então àquilo que se convencionou denominar "padrão de controlo".

Sobre o tema, colacionam-se os ensinamentos de Catarina Santos Botelho ao afirmar que:

> Na nossa opinião, importa distinguir entre a natureza e o objeto da fiscalização da constitucionalidade. Por um lado, é de sublinhar que a função política que acaba por recair sobre as jurisdições constitucionais não possui uma "natureza política". Por outro lado, o objeto da fiscalização da constitucionalidade é a compatibilização dos atos jurídico-públicos com a Constituição. Não podemos perder de vista a magnitude da tarefa que é pedida aos tribunais constitucionais, mormente em sede de fiscalização abstrata preventiva e sucessiva: diagnosticar se as políticas públicas vertidas em normas respeitam ou não a Constituição. Há muito que se ultrapassou o paradigma do juiz como mera "*bouche qui prononce les paroles de la loi*". O exercício do poder judicial não implica somente uma lógica subjuntiva ou uma mera aplicação mecânica de disposições normativas, mas acaba por envolver, como não poderia deixar de

[94] ARAÚJO, António de - A construção da justiça constitucional portuguesa: o nascimento do Tribunal Constitucional. *Op. Cit.* p. 916.

> ser, uma certa componente criadora. De uma visão do juiz-funcionário, cuja atividade assentava em silogismos jurídicos, transitou-se para uma perspectiva da função judicial como instrumento ativo do processo político, que influencia a própria realidade social[95].

No sistema português de justiça constitucional coexistem elementos de controlo concentrados e difusos de constitucionalidade. Nesse contexto, a jurisdição constitucional pode ser objeto de críticas sob duas perspectivas: o ativismo judicial e o ativismo legislativo.

O amplo conjunto de competências atribuído à jurisdição constitucional acaba por influenciar e condicionar o desenvolvimento do processo político, especialmente no âmbito da fiscalização abstrata preventiva (artigos 278.º e 279.º da CRP) da fiscalização abstrata sucessiva da constitucionalidade (artigos 281.º e 282.º da CRP), e da verificação da inconstitucionalidade por omissão (artigo 283.º da CRP).

As crises económicas e financeiras que atingiram diversos Estados europeus reacenderam o debate acerca da adequação da autocontenção judicial como critério interpretativo das normas constitucionais de maior abstração, como as normas-princípio e os preceitos relativos a direitos fundamentais.

A produção legislativa em desconformidade à Constituição pode ser apreciada tanto pelos tribunais comuns quanto pelo Tribunal Constitucional. Entretanto, considerando que as decisões da jurisdição constitucional não são passíveis de recurso, o único mecanismo de controlo de sua atuação é a própria autocontenção judicial.

No contexto de austeridade vivido em Portugal, em decorrência da intervenção da denominada "Troika" – composta pelo Fundo Monetário Internacional, pela Comissão Europeia e pelo Banco Central europeu -, difundiu-se a expectativa de que a jurisdição constitucional adotaria uma postura deferente em relação às medidas governamentais, em razão do caráter político do processo de nomeação dos juízes do Tribunal Constitucional. A realidade demonstrou-se diversa, evidenciando que o argumento da conotação político-partidária dos magistrados, frequentemente invocado, já se apresenta como um verdadeiro cliché.

A atuação do Tribunal Constitucional português durante a crise económico-financeira suscitou uma atenção inédita por parte de atores internacionais e da opinião pública, gerando tanto manifestações de crítica quanto de apoio. No plano interno, o

[95] BOTELHO, Catarina Santos — O Lugar do tribunal constitucional no século XXI: os limites funcionais da justiça constitucional na relação com os demais tribunais e com o legislador. p. 111-126.

debate em torno do constitucionalismo em tempos de crise assumiu contornos fortemente polarizados.

Diante do acentuado protagonismo do Tribunal Constitucional, algumas posições mais críticas chegaram a defender a aplicação de sanções aos magistrados que se afastassem da orientação do partido que os indicou, ou até a dissolução do Tribunal Constitucional, com a consequente transferência das suas competências para uma secção do Supremo Tribunal de Justiça.

Vale ainda registrar que o sistema de controle de constitucionalidade português é híbrido, já que o Tribunal Constitucional possui traços do modelo austríaco de controle concentrado das normas, e, ao mesmo tempo, aproxima-se do modelo estadunidense, ao permitir o controle difuso.

Desta feita, enquanto a fiscalização abstrata concentra-se no Tribunal Constitucional, a fiscalização concreta fica a cargo de todos os tribunais, de modo que as questões só chegam ao Tribunal Constitucional se houver recursos. Portanto, diz-se que na fiscalização abstrata, o modelo que inspirou o Tribunal Constitucional português foi o da *Verfassunsgerichtsbarkeit*[96].

Já a fiscalização concreta foi inspirada por um modelo "misto", que é difuso na sua origem e concentrado na parte mais "alta" do controle de constitucionalidade. Diz-se que é difuso no início porque o modelo difuso autoriza os juízes portugueses a fiscalizarem as normas e a sua constitucionalidade. É concentrado na parte mais alta porque a última palavra sobre matéria de constitucionalidade cabe ao Tribunal Constitucional, "o tribunal ao qual compete especificamente administrar a justiça em matérias de natureza jurídico-constitucional" (CRP, artigo 223º).

Outras características do sistema de controle de constitucionalidade português incluem que a legalidade dos atos legislativos seja avaliada, além do controle principal de atos normativos, ter o Tribunal Constitucional como elemento central do sistema e a inclusão, no âmbito da fiscalização abstrata, a modalidade preventiva, sucessiva e por omissão[97]. De toda forma, sua função no ordenamento jurídico português é posta de forma a definir um sistema de proteção e segurança jurídica das normas constitucionais de forma abrangente.

---

[96] ARAÚJO, António de — **A construção da justiça constitucional portuguesa: o nascimento do Tribunal Constitucional**. *Op. Cit.* p. 884.
[97] CANOTILHO, J. J. Gomes — **Direito constitucional e teoria da constituição.** *Op.Cit*. p. 917.

Assim, o Tribunal Constitucional Português não atua como mero legislador negativo ou "consultor de normas".

2.3 O papel do Supremo Tribunal Federal no Brasil no Controle de Constitucionalidade após a Constituição de 1988.

Note-se, primeiramente, que a configuração do papel atribuído ao Supremo Tribunal Federal ao longo da história, não foi fruto apenas de propostas teóricas, senão resultado de longos e tortuosos processos históricos, que se estendem, interminavelmente, pelo percurso traçado pela própria humanidade[98]. De fato, como analisado em momento antecedente, a própria construção do papel atribuído ao Poder Judiciário sofreu uma série de influências ao longo do tempo, culminando numa formatação distinta nos diversos países do mundo. Nesse sentido, a Constituição de 1988 detém um papel muito particular no sistema brasileiro.

Um primeiro ponto digno de nota é que nas Constituições anteriores à de 1988 poderia ser objeto de recurso extraordinário tanto questões constitucionais, quanto questões de direito federal que violassem lei federal ou a Constituição o que restou alterado com a criação do Superior Tribunal de Justiça (STJ) que passou a ser responsável pela solução do recurso especial (REsp) nas causas que envolvessem apenas questões de direito federal.

Interessante notar que alguns autores, como José Afonso da Silva, acreditavam que a criação deste novo tribunal superior traria o "alívio" institucional necessário ao Supremo Tribunal Federal, conferindo a ele menor sobrecarga. Para o mencionado autor: "solucionará, indubitavelmente, a crise do Supremo, porque, no mínimo, sessenta ou setenta por cento dos feitos, em Recurso Extraordinários, são-lhe tirados da competência e distribuídos"[99]. Contudo, este otimismo não se confirmou nos anos vindouros e o "congestionamento" apontado como passivo de processos não julgados pelo STF, permaneceria uma constante também após a CR/88[100].

No que se refere ao controle difuso, diversas críticas foram dirigidas ao sistema brasileiro, sobretudo no que diz respeito à observância das decisões dos tribunais

[98] MUZZI, Carlos Victor Filho; MURTA, Antônio Carlos Diniz — O Controle de Constitucionalidade no Brasil: Dilemas Históricos do Supremo Tribunal Federal e as Reformas do Século XXI. p. 315-334.
[99] SILVA, José Afonso da — Do recurso extraordinário no direito processual brasileiro. p. 45
[100] Informações estatísticas sobre o número e o tipo de processos e recursos distribuídos no Supremo Tribunal Federal estão disponíveis no *"site"* do próprio tribunal. Disponível em: http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=estatistica&pagina=REAIProcessoDistribuido.

superiores, tendo em vista que o modelo nacional se mostra bastante distinto do modelo estadunidense[101]. Isso implica que o Supremo Tribunal Federal pode ser reiteradamente instado a apreciar casos semelhantes, o que, além do congestionamento ainda possibilita a prolação de decisões conflitantes.

Neste sentido, o artigo 97 da Constituição Federal de 1988 reiterou previsões constitucionais anteriores ao consagrar a denominada cláusula de reserva do plenário, estabelecendo 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"[102].

Ademais, a Súmula Vinculante nº 10 do Supremo Tribunal Federal delimitou de forma mais precisa o alcance do referido dispositivo constitucional, afastando interpretações segundo as quais a cláusula de reserva de plenário não precisaria ser observada nas hipóteses em que o tribunal, embora não declarasse formalmente a inconstitucionalidade da norma, apenas afastasse sua aplicação no caso concreto [103].

Acontece que mesmo diante das barreiras institucionais impostas e da considerável redução de matérias passíveis de Recurso Extraordinário, não se verificou a diminuição do número de recursos submetidos à apreciação do Supremo Tribunal Federal[104]. Entre as possíveis razões para tal, Oscar Vilhena Vieira aponta que "a Constituição transcendeu os temas propriamente constitucionais e regulamentou pormenorizada e obsessivamente um amplo campo das relações sociais, econômicas e públicas, numa espécie de compromisso maximizador[105]. De outro lado, cumpre destacar a ampliação do modelo concentrado de constitucionalidade das leis e atos normativos cujo marco decisivo também se encontra na Constituição de 1988.

---

[101] CAPPELLETTI, Mauro — **O controle judicial de constitucionalidade das leis no direito comparado**. *Op. Cit.* p. 185.

[102] Vide art. 97 da CR/88.

[103] MUZZI, Carlos Victor Filho; MURTA, Antônio Carlos Diniz — O Controle de Constitucionalidade no Brasil: Dilemas Históricos do Supremo Tribunal Federal e as Reformas do Século XXI. *Op. Cit.* p. 320.

[104] Exemplificando: No ano de 1990 e em 1991, foram distribuídos pouco mais de 10.000 (dez mil) recursos extraordinários em cada ano. Já em 1997, o número de recursos extraordinários chegou a quase 15.000 (quinze mil), ultrapassando a casa dos 44.000 (quarenta e quatro mil) recursos extraordinários em 2003 e alcançando a inacreditável marca de 54.575 (cinquenta e quatro mil, quinhentos e setenta e cinco) recursos extraordinários em 2006. Informações estatísticas sobre o número e o tipo de processos e recursos distribuídos no Supremo Tribunal Federal estão disponíveis no *"site"* do próprio tribunal, no endereço eletrônico http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=estatistica&pagina=REAIProcessoDistribuido. As informações aqui utilizadas foram retiradas dos quadros disponíveis para consulta pública.

[105] VIEIRA, Oscar Vilhena — **Supremocracia**. p. 48.

Embora, para alguns seja possível identificar que o controle concentrado tenha sua primeira manifestação na Constituição da República de 1934, com a criação da denominada ação direta interventiva e, reconheçam o seu posterior desenvolvimento com a Emenda Constitucional nº 16, de 26 de novembro de 1965 – que atribuiu competência originária do STF para processar e julgar a representação de inconstitucionalidade – é certo que, nesse período, a legitimação ativa permanecia restrita ao Procurador-Geral da República, o que limitava significativamente o acesso à jurisdição constitucional.

Neste sentido, a Constituição Federal de 1988 desempenhou papel central ao ampliar de forma expressiva a legitimidade para a propositura da ação direta de inconstitucionalidade (ADI), não mais restrita ao Procurador-Geral da República[106].

O Artigo 103 da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, especialmente após a redação conferida pela Emenda Constitucional 45, estabeleceu um rol bem mais amplo de legitimados ativos, o que também repercutiu diretamente na intensificação da atuação do Supremo Tribunal Federal[107], o que permitiu a consolidação e otimização de um complexo sistema de fiscalização abstrata de constitucionalidade[108]. De acordo com Bruno Sacramento, teria havido "uma verdadeira guinada ao sistema austríaco"[109].

---

[106] MENDES, Gilmar Ferreira — **Jurisdição constitucional**. p. 64-68.

[107] Art. 103. Podem propor a ação direta de inconstitucionalidade e a ação declaratória de constitucionalidade:
I - o Presidente da República;
II - a Mesa do Senado Federal;
III - a Mesa da Câmara dos Deputados;
IV - a Mesa de Assembleia Legislativa;
IV - a Mesa de Assembleia Legislativa ou da Câmara Legislativa do Distrito Federal;
V - o Governador de Estado;
V - o Governador de Estado ou do Distrito Federal;
VI - o Procurador-Geral da República;
VII - o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil;
VIII - partido político com representação no Congresso Nacional;
IX - Confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional.
§ 1º O Procurador-Geral da República deverá ser previamente ouvido nas ações de inconstitucionalidade e em todos os processos de competência do Supremo Tribunal Federal.
§ 2º Declarada a inconstitucionalidade por omissão de medida para tornar efetiva norma constitucional, será dada ciência ao Poder competente para a adoção das providências necessárias e, em se tratando de órgão administrativo, para fazê-lo em trinta dias.
§ 3º Quando o Supremo Tribunal Federal apreciar a inconstitucionalidade, em tese, de norma legal ou ato normativo, citará, previamente, o Advogado-Geral da União, que defenderá o ato ou texto impugnado.
§ 4.º 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.

[108] BERNARDES, Juliano Taveira — **Controle Abstrato de Constitucionalidade: elementos materiais e princípios processuais**, p. 175.

[109] SACRAMENTO, Bruno — Déficits e Disfunções no Controle de Constitucionalidade em Portugal e no Brasil. *Op. Cit*. p. 324.

Assim, observa-se que, por um lado, a CR/88 promoveu uma ampliação significativa tanto da gama quanto da complexidade de temas trazidos por ela. Nesse contexto, uma inovação relevante reside no fato de que, diferentemente das Constituições anteriores – que contemplavam predominantemente uma dimensão subjetiva dos direitos fundamentais —, a CR/88 passou a conferir-lhes uma qualificação material, "configurando uma verdadeira ordem objetiva de valores", ou seja, "toda a ordem jurídica deve voltar-se para as bases principiológicas da Constituição, os direitos nela contemplados passam a ter efeito sobre todas as esferas do direito"[110].

Sob outro prisma, embora já previsto em outros diplomas constitucionais anteriores, o controle concentrado de constitucionalidade adquiriu especial relevância prática. Desse modo, verifica-se uma expansão concomitante tanto do número de recursos extraordinários submetidos à apreciação da Suprema Corte quanto das ações ajuizadas no âmbito do controle concentrado.

Disso decorre que, a partir da vigência da Constituição Federal de 1988 verificou-se uma alteração na *"praxis"* constitucional brasileira, marcada pela ampliação do controle concentrado de constitucionalidade e pelo especial relevo assumido pela ADI (Ação Declaratória de Inconstitucionalidade), que conduziriam a "novo cenário, em que se pode afirmar o surgimento de um peculiar modelo de controle de constitucionalidade brasileiro", resultante do amálgama do modelo concentrado com o modelo difuso[111], caracterizando assim, um sistema "híbrido"[112-113].

Como já mencionado, a CR/88 também introduziu outros instrumentos relevantes para o controle de constitucionalidade das leis com a ADC (ação declaratória de constitucionalidade), criada pela Emenda Constitucional nº 3, de 17 de março de 1993, a ADO (ação direta de inconstitucionalidade por omissão), bem como a arguição de descumprimento de preceito fundamental (ADPF), prevista no texto original, mas efetivamente implementada a partir da edição da Lei nº 9.882, de 3 dezembro de 1999[114].

Ainda no esforço de reduzir o grande volume de demandas submetidas à apreciação do STF, buscou-se atribuir maior relevo às competências monocráticas dos

---

[110] LIMA, Sabrina Santos; LEAL, Mônica Clarissa Hennig — **O controle de constitucionalidade e a atuação do Supremo Tribunal Federal na proteção das minorias: análise crítica da ADC nº 41 (cotas raciais em concursos públicos).0** p. 514.

[111] MUZZI, Carlos Victor Filho; MURTA, Antônio Carlos Diniz — *Op. Cit.* p. 315.

[112] VELOSO, Zeno — Controle Jurisdicional de Constitucionalidade. p. 91.

[113] BONIZZI, Marcelo José Magalhães; FERREIRA, Olavo Augusto Vianna Alves — Declaração de Inconstitucionalidade pelo árbitro: vedação ou dever. p. 543 – 578.

[114] MUZZI, Carlos Victor Filho; MURTA, Antônio Carlos Diniz — O Controle de Constitucionalidade no Brasil: Dilemas Históricos do Supremo Tribunal Federal e as Reformas do Século XXI. *Op. cit.* p. 315.

ministros relatores nos processos em trâmite na Corte. Esta estratégia foi alvo de críticas pois, para parte da doutrina, não apenas deixou de solucionar o problema da sobrecarga, como acabou por agravá-lo, ao gerar, como efeito colateral, uma possível perda de qualidade decisória em razão da excessiva pulverização das decisões[115-116].

Outras medidas foram adotadas para mitigar a sobrecarga, tais como a exigência de repercussão geral da questão constitucional, a instituição de ritos processuais específicos para os recursos repetitivos e a criação da súmula vinculante. Tais características são tão marcantes que levaram José dos Santos Carvalho Filho a afirmar que "não se trata de um modelo dual, mas do sistema brasileiro eclético de jurisdição constitucional"[117]. Trata-se de um esforço de racionalização da prestação jurisdicional, por meio do qual o Supremo Tribunal Federal passou a julgar "apenas o processo-paradigma de cada tema, no qual firma a tese que orienta a resolução de todos os casos com idêntica controvérsia".

No plano infraconstitucional, o Código de Processo Civil de 2015 reforçou essa lógica ao padronizar a resolução das questões constitucionais por meio do recurso extraordinário e das questões de direito federal veiculadas no recurso especial repetitivo, regulando, assim, "mais uma técnica destinada a viabilizar a criação de precedentes vinculantes (...) quando do exame de casos nos quais se discutam as mesmas questões de direito".

Ainda assim o dilema permanece. Embora haja relativo consenso sobre a sobrecarga, a utilização do controlo difuso de constitucionalidade mantém acentuada relevância, conforme observa José Afonso da Silva, uma vez que apenas o controle concentrado *"*não seria suficiente para a organização de um sistema eficaz de proteção aos direitos humanos, pois tal competência[...]"[118]. Nesse sentido, ambos os modelos de controle integram a essência deste sistema "hibrido", desenvolvido de forma gradual no ordenamento jurídico brasileiro.

---

[115] Na década de 1940 os acórdãos – decisões colegiadas – correspondiam a 'uma média de 83,88%' dos casos julgados pelo STF, esta média foi reduzida para '11,80%, relativa aos sete primeiros anos da década de 2000. *Idem.* p. 330.

[116] Oscar Vilhena Vieira adverte que 'o Supremo poderia melhorar a qualidade de seu processo deliberativo. Em primeiríssimo lugar deveriam ser restringidas, ao máximo, as competências de natureza monocráticas'. VIEIRA, Oscar Vilhena — **Supremocracia**. p. 48.

[117] CARVALHO FILHO, José dos Santos — **Manual de Direito Administrativo**. p. 92-93.

[118] SILVA, José Afonso da — Proteção Constitucional dos Direitos Humanos no Brasil: evolução histórica e direito atual. p. 173.

Para alguns autores esta "última grande tentativa de transformar o Supremo em uma corte constitucional minimamente viável, a EC 45, até agora falhou"[119], pois, em seu ponto de vista, o grande problema é que, na prática é "como três cortes distintas, com três personas fundidas em apenas uma instituição", e concluem que, no plano estritamente jurisdicional - para além das suas funções administrativas-, o STF exerce múltiplas funções, atuando como: a) tribunal constitucional, no exercício do controle concentrado de constitucionalidade); b) tribunal recursal, por meio do julgamento de recursos extraordinários e ordinários; e c) tribunal de única instância, no âmbito de suas competências originárias. Em consonância com essa compreensão, Alexandre de Moraes destaca que o Supremo Tribunal Federal brasileiro detém atribuições jurisdicionais múltiplas, que extrapolam as competências tradicionalmente conferidas aos tribunais constitucionais segundo o modelo europeu clássico[120].

Dessa forma, o Supremo Tribunal Federal acaba por transbordar as funções típicas da jurisdição constitucional — usualmente associadas à resolução de conflitos federativos, ao controle de constitucionalidade de atos normativos e à tutela dos direitos fundamentais —, passando também a exercer, originariamente, competências relativas ao julgamento de infrações penais comuns supostamente praticadas por altas autoridades, aos pedidos de extradição formulados por Estados estrangeiros, à solução de conflitos de competência entre tribunais superiores e demais órgãos jurisdicionais, bem como ao processamento e julgamento de mandados de segurança, *habeas corpus* e *habeas data* impetrados contra atos de órgãos de cúpula do Poder ou de altas autoridades, entre outras espécies de litígio[121].

Tal circunstância revela-se particularmente relevante, na medida em que o julgamento de altas autoridades por infrações penais comuns tem sido uma das principais fontes de críticas dirigidas ao Supremo Tribunal Federal, sobretudo sob o argumento de eventual afronta ao princípio da separação de poderes. Como exemplo ilustrativo, pode-se mencionar o recente episódio envolvendo a condenação de parlamentar brasileiro,

---

[119] Joaquim Falcão e Ivar Hartmann ainda apuraram o aumento do número de agravo em recurso extraordinário (ARE), recurso cabível quando os recursos extraordinários não são admitidos pelos tribunais de origem (tribunais recorridos). Embora essa questão extrapole o objetivo deste trabalho, tem-se ainda mais um efeito indesejado da reforma pensada para resolver a crise do STF, afirmando os autores citados que "a principal conquista da EC 45 para o Supremo está gravemente ameaçada", em razão do "crescimento do número de AREs autuados". FALCÃO, Joaquim; HARTMANN, Ivar A— Relatório Supremo em Números: o Supremo e o tempo. p. 488.

[120] MORAES, Alexandre de — Jurisdição constitucional e tribunais constitucionais*:* garantia suprema da constituição, p. 210-214.

[121] SACCHETTO, Thiago Coelho — As Transmissões Midiáticas das Sessões de Julgamento do Supremo Tribunal Federal. p. 214.

seguida da concessão imediata de indulto pelo Presidente da República, que reacendeu o debate acerca dos limites da atuação do Tribunal[122].

Dito isto, resta importante realçar, por meio de alguns dos precedentes firmados pelo Supremo Tribunal Federal brasileiro, os avanços e/ou retrocessos verificados após a CR/88.

Por intermédio da ADI 239-7/600, o STF considerou a Medida Provisória nº 190 inconstitucional, o que implica em dizer que houve ali uma decisão que limitou a discricionariedade do Poder Executivo quanto às Medidas Provisórias o que, posteriormente, também restaria delimitado pela Emenda Constitucional n.º 32[123].

No que diz respeito à análise dos Planos Econômicos brasileiros, o STF demonstrou alguma lentidão. De um lado, observa-se que, na maioria das vezes, as controvérsias relativas aos chamados resíduos inflacionários foram apreciadas pelo Supremo Tribunal Federal exclusivamente por meio de recursos extraordinários, isto é, pela via incidental do controle de constitucionalidade. Quando tais matérias foram submetidas ao exame da Corte por intermédio da ação direta de constitucionalidade — como ocorreu no contexto do Plano Collor —, foi negada a concessão de medida liminar, não obstante a Justiça ordinária já apontasse, de forma praticamente uníssona, a manifesta inconstitucionalidade das normas impugnadas[124].

No que concerne aos Mandados de Injunção submetidos à apreciação do Supremo Tribunal Federal após a promulgação da Constituição de 1988, destaca-se o Mandado de Injunção 107, no reconheceu-se a autoaplicabilidade do instituto, mas limitou-se a eficácia da decisão à mera comunicação ao poder, órgão ou autoridade responsável pela prática do ato, sem a imposição de providências concretas. Já no MI 419-9 não houve sequer a fixação de prazo para o suprimento da omissão legislativa e, muito embora o MI 283 tenha estabelecido prazo para promulgação e sanção da norma destinada a suprir a omissão, previu-se que, em caso de descumprimento pelo legislador, a decisão se converteria em direito líquido e certo à propositura de ação de perdas e danos, o que levou parte da doutrina a qualificar tal solução como uma verdadeira "monetização

[122] Após a condenação proferida pelo STF frente ao Parlamentar, Daniel Silveira, houve a concessão de indulto por parte do Presidente da República o que acabaria por repercutir na interposição da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 965, ajuizada pelo Partido Democrático Trabalhista - PDT, objetivando a declaração de inconstitucionalidade do Decreto Presidencial de 21.04.2022, que concedeu indulto individual ("graça") ao Deputado Federal Daniel Lucio de Silveira, condenado. pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento da Ação Penal n° 1.044.

[123] CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza — **Jurisdição constitucional democrática**. p. 313.

[124] *Idem*, p. 315.

da violação, pelo Estado, de direitos fundamentais assegurados e positivados na Constituição". Ademais, no MI nº 232, afastou-se expressamente a possibilidade de efetivação de direitos individuais por meio do mandado de injunção[125].

No âmbito do processo legislativo e do exercício do poder constituinte derivado reformador, a interpretação conferida ao alcance e aos limites da revisão constitucional prevista no art. 3º dos Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, acabou por privilegiar os interesses do Governo Federal, viabilizando a aprovação de 6 (seis) emendas constitucionais. Tal entendimento prevaleceu apesar da existência de relevante corrente doutrinária em sentido contrário, segundo a qual somente a eventual aprovação, por plebiscito, da monarquia constitucional ou do parlamentarismo legitimaria a realização de alterações constitucionais por meio do mecanismo da revisão, sendo, nos demais casos, aplicáveis apenas as demais vias formais de reforma constitucional previstas no texto constitucional[126].

Não obstante o precedente histórico do Mandado de Segurança 22.503-3/DF, no qual se reconheceu a "legitimidade aos parlamentares ao devido processo de elaboração legislativa, desde que ligados à previsão de procedimento insculpido no texto constitucional", o Supremo Tribunal Federal tem adotado, de modo geral, uma postura marcadamente formalista em relação aos atos *interna corporis.* Nessa linha, tais atos vem sendo considerados imunes ao controle prévio da constitucionalidade em sede de mandado de segurança quando fundados exclusivamente na interpretação do regimento interno das Casas Legislativas, sendo excluídos, por conseguinte, do denominado bloco de constitucionalidade, e desconsiderados, inclusive, eventuais vícios materiais de constitucionalidade[127].

Essa postura de autocontenção - por vezes influenciada pela pressão da opinião pública e da midia – mostrou-se evidente no caso do julgamento relativo ao processo de *impeachment* do ex-presidente Fernando Collor Melo, em especial no que se refere à análise da pena de inabilitação para o exercício de funções públicas, considerada acessória à perda do mandato. Na ocasião, o julgamento resultou em um "constrangedor empate de 4 (quatro) a favor e outros 4 (quatro) votos contra a concessão da segurança",

[125] CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza — **Jurisdição constitucional democrática**. p. 315-316.
[126] *Idem*, p. 320-321.
[127] *Idem*, p. 323-324.

revelando um Tribunal situado em delicado equilíbrio "entre o jurídico e a pressão política das ruas"[128].

Cumpre mencionar, nesse contexto, as observações feitas por Thiago Coelho Sacchetto, sobre a ampla exposição pública das sessões de julgamento do Supremo Tribunal Federal. Segundo o autor, tal exposição assegura a observância dos princípios da publicidade e transparência da atividade estatal, bem como concretiza o direito fundamental a informação. Isso porque os procedimentos deliberativos por meio dos quais os tribunais constitucionais constroem suas decisões devem ser acessíveis à sociedade, mediante veículos de comunicação dotados de significativa capacidade de difusão, aptos a revelar a natureza — jurídica ou política — dos julgamentos proferidos por esses órgãos da justiça constitucional. Nessa perspectiva, sustenta o autor que "otimizar a possibilidade de exposição e controle do discurso utilizado pelos juízes constitucionais tem notável relevância jus política para o Estado Democrático de Direito"[129].

De fato, ao longo dos últimos anos, foram implementados diversos instrumentos voltados à ampliação da participação, da publicidade e da transparência no funcionamento do Supremo Tribunal Federal. Atualmente, são públicos todos os seus julgamentos[130], e transmitidos em tempo real pela TV Justiça[131], Rádio Justiça[132] e no canal oficial do Supremo Tribunal Federal na plataforma do *YouTube*[133]. Além disso, os acórdãos e decisões são publicados no Diário da Justiça, em versões impressa e eletrônica, bem como disponibilizados na internet, contendo o inteiro teor dos votos e a transcrição dos eventuais debates orais. Cumpre registrar, contudo, que essa intensa exposição midiática está longe de ser consensualmente aceita no Brasil, constituindo, como se verá adiante, um dos principais pontos de inflexão no debate acerca da eventual intromissão

---

[128] CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza — **Jurisdição constitucional democrática**. p. 323-324.

[129] SACCHETTO, Thiago Coelho — As Transmissões Midiáticas das Sessões de Julgamento do Supremo Tribunal Federal. *Op. cit*.

[130] A Constituição brasileira privilegia o direito à informação, impondo que todos os julgamentos do Poder Judiciário sejam públicos, podendo a lei, no entanto, restringir a presença, em determinados atos, às partes e advogados, ou a somente estes, nos casos em que a intimidade do interessado no sigilo não prejudique o interesse público à informação. Cf. artigo 93º, inciso IX.

[131] A "TV JUSTIÇA" é um canal de televisão público criado pela Lei 10.461/2002 e coordenado pelo Supremo Tribunal Federal. Passou, de modo pioneiro, a transmitir as sessões de julgamento *ao vivo* a partir de agosto de 2002.

[132] A primeira transmissão ocorreu em maio de 2004.

[133] O canal oficial do Supremo Tribunal Federal possui, em agosto de 2017, mais de 162 mil inscritos, com mais de 35 milhões de visualizações. Entre os canais de comunicação com a sociedade, possui ainda a Central do Cidadão, para comunicação por e-mail, carta e telefone, e a sua conta oficial no Twitter – com informações sobre pauta e julgamentos -, possuindo, em agosto de 2017, mais de 1,5 milhão de seguidores.

indesejável do Poder Judiciário em questões de natureza política, especialmente quando tal atuação se manifesta por meio de decisões monocráticas.

Para além da discussão dos efeitos das pressões populares e midiáticas, bem como do eventual aprimoramento democrático decorrente da transmissão das sessões de julgamento do Supremo Tribunal Federal, o que se extraui dos precedentes acima é que a pretensão de o Supremo Tribunal Federal atuar como guardião único dos valores constitucionais — tal como sustentado por determinadas vertentes comunitaristas e positivistas no contexto brasileiro — mostra-se frustrada. Isso se evidencia pela insuficiência e pela incapacidade verificadas ao longo de mais de 110 anos de história constitucional brasileira para o exercício isolado dessa função de tutela da Constituição[134].

Álvaro Souza Cruz destaca que, em países em desenvolvimento, entre os quais o Brasil está incluído, parece ter havido uma projeção pouco crítica quanto à criação dos Tribunais Constitucionais quase como se estes configurassem uma "exigência da modernidade". Nessa perspectiva, tais órgãos seriam capazes de resgatar a "credibilidade da Justiça por meio de decisões gerais e vinculativas, sob o argumento de que tal mudança permitiria uma prestação jurisdicional mais ágil, célere é equânime"[135]. Neste ponto, a construção histórica que conduziu à criação do Tribunal Constitucional em Portugal revela-se significativamente mais cuidadosa e institucionalmente salutar.

No caso brasileiro, em parte em razão do pensamento positivista arraigado em sua cultura jurídica, frequentemente se pressupõe que os Ministros do Supremo Tribunal Federal estariam plenamente aptos a enfrentar as complexidades inerentes ao exercício da Jurisdição Constitucional, sobretudo aquelas relacionadas à influência da política governamental, inclusive em momentos de ameaça ao regime democrático. A partir dessa concepção, delinear-se-ia uma verdadeira Corte Constitucional, caracterizada, entre outros aspectos, pela prolação de sentenças normativas de conteúdo aditivo ou substitutivo, pela declaração de inconstitucionalidade sem pronúncia de nulidade e pelas chamadas sentenças transitivas, todas ancoradas em um constitucionalismo moldado pelo paradigma do Estado Social de Direito.

Ocorre, contudo, que tal tendência "verticalizante" não se revela a mais recomendável. Na verdade, mostra-se necessário moldar a via concentrada de controle de constitucionalidade à luz da Teoria Discursiva de Jürgen Habermas, de modo a assegurar

[134] CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza — **Jurisdição constitucional democrática.** *Op. cit*. p. 324.
[135] CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza — *Op. cit*.

a legitimidade democrática da jurisdição constitucional. Conclui-se então, que o STF não é o guardião exclusivo da Constituição, mas apenas um dentre eles, sendo "preciso lembrar que o efeito vinculante de uma decisão só é legítimo quando feito pela persuasão do melhor e mais adequado argumento!"[136]. Tal constatação assume especial relevância diante do crescimento expressivo do número de decisões monocráticas proferidas no âmbito do STF, muitas vezes com reduzido alinhamento argumentativo em relação ao entendimento do Plenário, conforme será analisado adiante.

Assim, identificam-se aspectos particularmente relevantes na evolução do papel atribuído ao Supremo Tribunal no Brasil. De um lado, tanto no âmbito do controle difuso quanto do controle concentrado observa-se a adoção reiterada de mecanismos voltados à redução da sobrecarga processual imposta à Corte, frequentemente sem resultados satisfatórios. Entre as razões para esse cenário, destacam-se a ampliação e a complexidade dos temas trazidos pela CR/88, bem como a expansão do rol de legitimados ativos no controle concentrado. De outro lado, ao se analisarem precedentes significativos do STF, ainda se percebe uma postura por vezes titubeante diante de questões de natureza política, aliada a uma inclinação crescente à centralidade do controle concentrado, em consonância com tendências observadas em outros países da América Latina. Tal dinâmica decorre, em parte, de uma compreensão imprecisa do papel do Supremo Tribunal Federal como "o" guardião da Constituição, capaz de proferir decisões gerais e vinculantes aptas a assegurar uma prestação jurisdicional mais célere e equânime — promessa que, como demonstrado, não tem se confirmado na prática.

2.4. As implicações da composição do Supremo Tribunal Federal e do Tribunal Constitucional.

Conforme tivemos oportunidade de verificar, existe uma tendência de verticalização do Controle de Constitucionalidade de leis no Brasil, sendo que desde a CR/88 houve uma ampliação nítida do papel do STF enquanto Tribunal Constitucional. Todavia, ao contrário de diversos países europeus, o que também inclui Portugal, não houve mudança na sua forma de indicação e composição. Assim, a constituição brasileira, continuou a repetir a fórmula que o Brasil importou desde de inclusão originária do

[136] CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza — *Op. cit*. p. 324.

modelo difuso estadunidense (indicação pelo Presidente da República e aprovação pelo Senado Federal).

Entretanto: "houve uma gradual incorporação do modelo concentrado de controle de constitucionalidade (cariz europeu) o qual enseja a apreciação da constitucionalidade de leis em caráter abstrato, com efeitos *erga omnes*. Em que pese esta aproximação, não houve nenhuma alteração em relação às típicas formas de investidura e duração de mandatos"[137].

Disso decorre que o Brasil, diferentemente do que ocorre em Portugal, sofre críticas mais pesadas neste quesito, não sendo de se estranhar, como veremos abaixo, alguns projetos de emenda constitucional neste sentido.

Dentre as propostas que visam reestruturação da forma de composição do Supremo Tribunal Federal destaque-se aquela que, de forma alternada, atribuiria ao Presidente da República e ao Congresso Nacional a indicação dos Ministros (alternando-se a indicação a ser pela Câmara dos Deputados e pelo Senado Federal), além de determinar o tempo de vigência do mandato dos Ministros do Supremo Tribunal Federal em sete anos, sem possibilidade de recondução. Autores brasileiros, da lavra de Dalmo Dallari, Paulo Bonavides, José Afonso da Silva, Fábio Konder Comparato, Cezar Britto Gustavo Binenbojm defendem a vitaliciedade até os setenta anos, mas com mandato determinado que, varia na teoria de cada um, entre 8 e 12 anos"[138]. Note-se, que em alguma medida, as sugestões acabam por adequar a composição do STF às novas atribuições que foram conferidas às Tribunais Constitucionais.

Vale por fim destacar uma interessante análise feita quanto à forma de indicação/composição das Tribunais Constitucionais e a "regra de absorção". Ou seja, o pressuposto é de que a forma de nomeação dos juízes de cortes constitucionais, responsáveis pela solução dos conflitos abstratos sobre a validade de norma legislativa, aproximará as preferências da maioria parlamentar (coalizão de governo) das posições da maioria da corte constitucional (regra da absorção). Desta forma, seria baixa a expectativa de a "corte vetar (tornar nula) uma norma (lei, lei orgânica, decreto-lei, etc.) aprovada pela maioria". Já no caso do Brasil a "elevada absorção do Supremo Tribunal Federal brasileiro dá-se por somente o Presidente da República poder indicar seus membros, e o

[137] GOMES, Fernando — **Da autolimitação ao ativismo judicial: um estudo acerca da releitura da teoria da separação dos poderes pelo poder judiciário brasileiro no Supremo Tribunal Federal**. p. 242.
[138] GOMES, Fernando — *Op. cit*. p. 243.

Senado Federal confirmá-lo por maioria simples". Assim seria difícil que "a minoria parlamentar impossibilite a investidura de jurista próximo do Executivo Federal e da coalização majoritária do Senado"[139].

Pelo exposto, nota-se que tanto a forma de indicação quanto composição são em muito distintas e, como veremos, irão repercutir sobremaneira na sua atuação no controlo de constitucionalidade das leis.

2.4.1. A Composição do Supremo Tribunal Federal no Brasil

Quanto à composição do Supremo Tribunal Federal no Brasil, é importante destacar que sua composição, historicamente, esteve atrelada a indicação de cunho político, pelo Poder Executivo, conforme se verifica desde a Constituição Imperial de 1824, no art. 102, III, onde a nomeação de magistrados era feita pelo Imperador Dom Pedro I, o que foi mantido no art. 48 da Constituição Republicana de 1891, restando ao Presidente da República nomear os magistrados federais, membros do Supremo Tribunal Federal e os Ministros diplomáticos.

Também nesse mesmo sentido, a Constituição da República de 1934, em seu art.74, manteve a nomeação política para os membros do Supremo Tribunal Federal, contudo, ressalvou em seu art.68 a possibilidade de o Poder Judiciário conhecer de questões exclusivamente políticas, o que também constou de forma expressa no art.94 da Constituição da República de 1937.

E, nas Constituições seguintes, Constituição da República e 1946 e 1967, manteve-se a nomeação pelo Presidente da República, sendo que a Constituição de 1988, ainda iria impor uma faixa etária entre cidadãos com mais de trinta e cinco e menos de sessenta e cinco anos de idade para o cidadão de notável saber jurídico e reputação ilibada para passar a compor o Tribunal de 11 (onze) membros[140].

Note-se, portanto, que o Brasil possui longa tradição nesta forma de indicação pelo chefe do Poder Executivo quanto aos Ministros que irão compor o Supremo Tribunal Federal, no que fomos influenciados pelo constitucionalismo norte-americano, onde os 9

[139] DE LIMAS TOMIO, F.; ROBL FILHO, I. — Controle abstrato e concentrado de constitucionalidade comparado (Brasil, Portugal e Angola) e seus efeitos nas instituições sociais e jurídicas. p. 181-197.
[140] GOMES, Fernando — *Op. cit*. p. 146.

(nove) Ministros da Suprema Corte, e não 11 (onze) como no Brasil, também passam por sabatina do Senado Federal, após indicação do presidente.

Contudo, para alguns autores, embora o Brasil tenha alguma proximidade com a formatação que é adotada nos Estados Unidos da América quanto à escolha dos membros que irão compor a Suprema Corte daquele país, o processo de escolha no Brasil se dá de maneira diversa, haja vista uma quase completa omissão do Senado e a ausência de participação da sociedade civil, transformando a escolha dos membros um ato quase que pessoal do chefe do Poder Executivo.

Em outras palavras, o processo de escolha padece de um crivo mais acurado por parte do legislativo, razão pela qual um processo de indicação mais democrático, uma outra composição com indicação dos demais poderes e participação da sociedade civil, processos mais efetivos de filtragem constitucional, mandato sem recondução para a Corte, entre outras, são possibilidades que merecem ser analisadas e estão sendo testadas em outros países[141].

Pela disposição atual da Constituição brasileira de 1988, poderão ser nomeados Ministros do Supremo Tribunal Federal os cidadãos que preencham as seguintes condições, a saber: ser brasileiro nato (art.12, § 3º, IV); estar no gozo dos direitos políticos (art. 14, § 1º, I); ter mais de trinta e cinco anos e menos de sessenta e cinco anos de idade; ilibada reputação e notável saber jurídico (art. 101), sendo a escolha feita pelo Presidente da República, após aprovada a escolha pela maioria absoluta do Senado Federal (CF, art. 101, parágrafo único).

Quanto à sabatina no Senado Federal brasileiro, conforme acima exposto, alguns apontam as fortes diferenças frente ao modelo norte-americano, pois diferentemente de lá, onde há rigorosa sabatina, a aprovação pelo Senado, no Brasil, teria se caracterizado ao longo dos anos como mero cumprimento de requisito formal[142], configurando uma histórica inércia do Senado ao agir de maneira meramente protocolar aprovando de modo automático o nome submetido pelo Presidente[143].

Esse argumento parece corroborado com a "História Oral do Supremo Tribunal Federal", pois neste estudo feito pela Fundação Getúlio Vargas, em que foram

[141] RODRIGUES, Amanda Carolina Buttendorff; BARBOSA, Claudia Maria — Cortes constitucionais – um estudo comparado. *Op. cit*. p. 523.
[142] CHAVES, A. P. — Análise comparativa dos sistemas judiciários brasileiro e norte-americano. p. 65-68.
[143] TAVARES FILHO, Newton — Democratização do processo de nomeação dos ministros do Supremo Tribunal Federal.

ouvidos vários Ministros do Supremo Tribunal Federal, há relatos de um processo não-conflitivo de indicação e sabatina entre o "candidato" indicado e os senadores[144].

Em que pese as opiniões apontadas, temos apenas de consignar que a recente escolha feita pelo então Presidente da República Federativa do Brasil, Jair Messias Bolsonaro, ao indicar um nome de alguém apresentado como "terrivelmente evangélico", passou por uma sabatina mais rigorosa e apertada que o usual, foram 79 senadores presentes na 164ª Sessão Ordinária Deliberativa do Senado Federal, contado com 47 votos favoráveis e 32 votos contrários à indicação de André Luiz de Almeida Mendonça[145]. Anote-se que houve, ainda, uma delonga para a marcação da própria sabatina por parte do presidente do Senado à época, Davi Alcolumbre, o que gerou uma série de manchetes sobre as razões políticas possivelmente envolvidas[146]. Todavia, conforme acima exposto, de maneira geral, a sabatina pelo Senado Federal vinha, historicamente, se mantendo como mero cumprimento de requisito formal.

Ocorre, como visto, que muito embora a formatação e mecanismos de indicação para a composição do Supremo Tribunal Federal tenha se alterado pouco no Brasil ao longo dos anos, não fugiu às críticas, pois para muitos, esta escolha feita por livre indicação presidencial, asseguraria um mecanismo de possível ingerência dos Poderes Executivo e Legislativo sobre a mais alta instância do Poder Judiciário[147].

Note-se, ademais, que a composição destas 11 (onze) cadeiras passaram por significativa mudança desde o período da redemocratização no Brasil quando, gradativamente, o Supremo Tribunal Federal foi ganhando nova feição, seja pela indicação feita em 1989 pelo presidente José Sarney, (três Ministros: Paulo Brossard; Sepúlveda Pertence e Celso de Mello) e, na sequência, outras 4 nomeações feitas por Fernando Collor de Mello (Ministros: Marco Aurélio Mello, que é primo de Collor, além de Carlos Velloso, Ilmar Galvão, Francisco Rezek). Assim, após as mudanças acima apontadas, apenas o Ministro Moreira Alves (ingressou em 1975) e o Ministro Sidney Sanches (ingressou em 1984), ainda remanesceram do período ditatorial, permanecendo no tribunal até o ano de 2003.

---

[144] VIEIRA, Jose Ribas, *et al.* — O processo de escolha de ministros para o Supremo Tribunal Federal e possibilidades de democratização do poder judiciário. p. 1.

[145] SENADO FEDERAL — Votações da matéria MSF 36/2021.

[146] Veja-se, por exemplo, matéria da Folha de São Paulo, destacando a inércia de mais de 4 meses. MACHADO, Renato; RESENDE, Thiago —Alcolumbre marca sabatina de André Mendonça, indicado por Bolsonaro ao STF.

[147] JALORETTO, Maria Fernanda; MUELLER, Bernardo Pinheiro Machado — O Procedimento de escolha dos ministros do Supremo Tribunal Federal - Uma análise empírica. p. 170.

Nos anos que se seguiram, passaram a compor o Tribunal ainda, o Ministro Maurício Corrêa pela nomeação em 1994 feita pelo então Presidente Itamar Franco, sendo ainda feitas 3 indicações por Fernando Henrique Cardoso: em 1997 com o Ministro Nelson Jobim, ano 2000 a Ministra Ellen Gracie (primeira mulher a compor o tribunal) e, por fim, no ano de 2002 viria a nomeação do Ministro Gilmar Mendes [148].

E, após um período de certa estabilidade no tribunal, o Supremo Tribunal Federal, ainda passaria, a partir de 2003, por uma nova leva de mudanças haja vista a eleição e reeleição do presidente Luiz Inácio Lula da Silva que deu oportunidade para que fizesse 6 (seis) nomeações, a saber: o Ministro Cezar Peluso (magistratura), Ministro Carlos Ayres Britto (advogado), Ministro Joaquim Barbosa (Procurador da República), Ministro Eros Grau (advogado) e o Ministro Enrique Lewandowski (Advogado e magistrado) e, por fim, foi nomeada a Ministra Carmen Lúcia Antunes Rocha (Advogada e Procuradora do Estado de Minas Gerais).

Assim, e após ser formada esta configuração, algumas curiosidades são dignas de nota: grande número deles são professores ou ex-professores de Direito Constitucional; do ponto de vista geográfico, três Ministros são nascidos na cidade do Rio de Janeiro, três no interior do Estado de Minas Gerais, dois nascidos no interior do Estado de São Paulo, um do Mato Grosso, um de Sergipe e um gaúcho; nenhum deles teve experiência como titular de cargo eletivo, seja no Poder Legislativo, seja no Executivo[149].

E algumas questões se nos apresentam, pois, a presença ou não de Ministros no STF que já tenham tido mandato eletivo, seja no Poder Legislativo ou no Poder Executivo traria alguma contribuição benéfica ou maléfica? A indicação feita pelo chefe do executivo com sabatina formal do Senado, garantiria o contrapeso e imparcialidade necessários? A questão da possibilidade de reeleição no Brasil poderia proporcionar, em tese, um maior número de indicações por um mesmo partido? E isso desconfigura a imparcialidade do Supremo Tribunal Federal frente às questões políticas?

Quanto à participação integrada do Poder Executivo e do Legislativo adotada pelo sistema brasileiro já há muito tempo, conforme anteriormente descrevemos, há muita controvérsia.

Para alguns, os critérios indicados na Constituição Federal de 1988 conteriam alto grau de subjetividade, o que repercutiria diretamente na possibilidade de se mensurar

[148] GOMES, Fernando — *Op. Cit*. p. 146.
[149] GOMES, Fernando — *Op. Cit*. p. 210.

a capacidade técnica, além de não se assegurar a imparcialidade[150]. De fato, o termo "notável saber jurídico" que já é bastante vago, na Constituição de 1891, por exemplo, era ainda mais lacunoso, pois não acrescia o predicado "jurídico", dando margem, à época, para que o então presidente Marechal Floriano Peixoto chegasse ao cúmulo de indicar um pediatra e dois militares para o cargo de Ministro da mais alta corte do país[151].

No emblemático caso da nomeação do médico clínico Cândido Barata Ribeiro, ele chegou a permanecer na função por quase um ano (25-11-1893 a 29-9-1894) até ter seu nome rejeitado pelo Senado, o que, segundo Alexandre de Moraes, demonstraria, a pouca importância institucional dada à época ao Tribunal[152].

No que tange à possibilidade de haver reeleição no Brasil, nas últimas décadas vivenciamos algumas situações bastante particulares quanto à composição do STF, pois dos 11 (onze) Ministros que atualmente se encontram no supremo Tribunal Federal, 7 (sete) foram indicados pelo Partido dos Trabalhadores (PT) haja vista a eleição e reeleição de Luiz Inácio Lula da Silva e Dilma Rousseff, respectivamente.

Quanto à alteração substancial promovida na composição do Supremo Tribunal Federal com a indicação de 7 (sete) Ministros pelo Partido dos Trabalhados, um estudo feito quanto às decisões que ocorreram durante o período trazem alguns dados bastante interessantes.

O primeiro diz respeito a uma alteração pouco significativa quanto à quantidade de resultados das ações durante os períodos em os ministros, gradativamente, foram indicados para compor o STF, contudo, foi possível verificar um acréscimo nas divergências suscitadas no Tribunal havendo um posterior equilíbrio quando se tornaram maioria[153]. A conclusão dos autores foi no sentido de que "não há evidência empírica significativa suficiente de que o método de escolha dos ministros do STF constitui fator de influência nas decisões da Corte" [154].

Outro ponto de discussão quanto à composição do STF é ausência de período de mandato para o cargo, o que faz como alguns Ministros se perpetuem na cadeira, como foi o caso do Ministro Marco Aurélio Mello, que permaneceu por 31 anos no STF (1990 a 2021).

---

[150] BADAWI, Karina Bonetti — **Separação dos poderes no Brasil e a teoria de Bruce**. p. 83.
[151] TAVARES FILHO, Newton — **Democratização do processo de nomeação dos ministros do Supremo Tribunal Federal**. p. 105.
[152] MORAES, Alexandre de — **Direito constitucional**. *Op. Cit.* p. 1044.
[153] JALORETTO, Maria Fernanda; MUELLER, Bernardo Pinheiro Machado — O Procedimento de escolha dos ministros do Supremo Tribunal Federal - Uma análise empírica. *Op. Cit.* p. 10.
[154] *Idem*, p. 14.

Ou seja, na atual composição do Supremo Tribunal Federal no Brasil vislumbra-se a esdrúxula situação de mais de 60% dos Ministros terem sido indicados por um só partido, unilateralmente. Ademais, um de seus membros, o Ministro Marco Aurélio de Mello, permaneceu por 30 anos à frente de seu mister no Supremo Tribunal Federal e, particularmente, teve indicação para compor a mais alta instância Judicial por seu primo, o então presidente Fernando Affonso Collor de Mello que, posteriormente, viria a sofrer Impeachment e renunciar em 29 de dezembro de 1992, ou seja, menos de 2 anos após a indicação feita.

Quanto à esta perpetuação no tempo, vale registrar a fala do então Ministro Eugênio Raul Zaffaroni de que a Corte Constitucional Argentina não era uma monarquia medieval para ser ocupada vitaliciamente[155]. Não se pode negar, outrossim, que um dos traços característicos da república é justamente a possibilidade de "mandatos renováveis periodicamente"[156].

Seguindo esta linha, pela possibilidade do aprimoramento do modelo adotado no Brasil, destaque-se o posicionamento do atual Ministro do STF, Alexandre de Moraes, entendendo as alterações na forma de investidura dos membros do Supremo Tribunal Federal como pontos importantes para que sua legitimidade fosse preservada e a ampliação de sua independência e imparcialidade[157]. Contudo, também pondera sobre a histórica composição do STF com 11 ministros, não vislumbrando possibilidade de alteração do número de integrantes, lembrando a célebre investida contra a Suprema Corte Norte Americana pelo então presidente Roosevelt que ficou conhecida como *the switch in time that saved nine* (a mudança em tempo de salvar nove)[158].

O Ministro ainda sugere que, entre as modificações que seriam bem-vindas estaria a substituição da exigência do "notável saber jurídico" por requisitos capacitários que poderiam se relacionar à qualificação profissional como um mínimo de dez anos de atividade profissional como advogado aos bacharéis de Direito, membro do Ministério Público, magistrado, ou à qualificação de jurista, comprovada pelo título de doutor em Direito, devidamente reconhecido pelo Poder Público, por exemplo[159].

---

[155] VIEIRA, Jose Ribas, et al — O processo de escolha de ministros para o Supremo Tribunal Federal e possibilidades de democratização do poder judiciário. *Op. cit*. p. 3.
[156] LEWANDOWSKI, E. R. — Reflexões em torno do princípio republicano. p. 189-200.
[157] MORAES, Alexandre de — Direito constitucional, *Op. cit.*p. 1045.
[158] MORAES, Alexandre de — Direito constitucional, *Op. cit.* p.1082.
[159] *Idem*, p. 1082.

As críticas acima destacadas ganham particular relevância no tema que aqui abordamos, ou seja, se há um papel proativo do Supremo Tribunal Federal, em detrimento das esferas de competência dos Poderes Legislativo e Executivo. Ademais, compreender os reflexos da composição do STF torna-se sobremaneira importante quando constatamos que vivemos um momento de aumento exponencial da judicialização, além da colocação em pauta de temas muito sensíveis à sociedade.

São muitas e acaloradas as discussões acerca da composição do Supremo Tribunal Federal no Brasil, não por outra razão tramitam perante a Câmara dos Deputados inúmeras propostas de Emenda à Constituição que buscam alterar e melhorar os mecanismos de sua composição, de modo a lhe aumentar a legitimidade democrática.

Disso são exemplos as PECs nº 95, de 2015; nº 90/2015; nº 55, de 2015; nº 342, de 2009; e 393, de 2009. Outras proposições procuram submeter o Supremo Tribunal a um controle legislativo a posteriori, de forte matiz conservadora, suspendendo os efeitos de suas decisões e súmulas vinculantes. Destacam-se como exemplos, aqui, o PDC nº 853, de 2008, buscando sustar a aplicação da Súmula Vinculante nº 11 (que limita o uso de algemas); o PDC nº 565 de 2012, sustando a aplicação da decisão do STF na ADPF nº 54, que permite o aborto de fetos anencefálicos; e o PDC nº 637, de 2012, sustando os efeitos da ADI nº 4277 e da ADPF nº 132, que reconhecem a união civil entre pessoas do mesmo sexo.

Por falta de expressa previsão constitucional, esses projetos de decreto legislativo não deverão prosperar. As propostas de Emenda à Constituição, entretanto, são admissíveis e poderão ser examinadas pela Câmara dos Deputados e pelo Senado Federal. Caberá então ao Congresso Nacional decidir o destino do Supremo Tribunal Federal, exercendo sua competência de Poder Constituinte derivado[160].

Uma ressalva que ainda é feita diz respeito ao STF ser considerado órgão de cúpula do Poder Judiciário e não como Tribunal Constitucional, como acontece em alguns países em que esta é composta por representantes dos três Poderes[161].

Aliás, vale trazer à tona a alteração legislativa contida na Emenda Constitucional nº 88 que mudou a idade máxima de permanência dos Ministros em nosso Supremo Tribunal Federal passando de 70 (setenta) para 75 (setenta e cinco) anos. A dita

[160] DA COSTA, Pedro D'Angelo, *et al*. — **O processo de escolha de ministros para o Supremo Tribunal Federal e possibilidades de democratização do Poder Judiciário**. p. 23.
[161] JALORETTO, Maria Fernanda; MUELLER, Bernardo Pinheiro Machado — O Procedimento de escolha dos ministros do Supremo Tribunal Federal - Uma análise empírica. *Op. cit.* p. 10.

emenda, conhecida jocosamente como “PEC da bengala”, ocorreu de maneira um tanto casuística e, para muitos, seria uma tentativa de impedir a então Presidente da República, Dilma Rousseff, de indicar os nomes que substituiriam a aposentadoria compulsória, respectivamente, do Ministro Celso de Mello (iria se aposentar em 2015, mas permaneceu até 2020) e do Ministro Marco Aurélio Mello (iria se aposentar em 2016, mas permaneceu até o ano de 2021). Lado outro, uma polêmica envolveu parte do dispositivo da Emenda Constitucional ao prever que esta permanência após os 70 anos de idade se daria nas condições do art. 52 da Constituição Federal[162], pois alguns argumentavam pela possibilidade de nova sabatina perante o Senado Federal, como se observou, inclusive, nas notas taquigráficas colhidas durante o debate para aprovação da EC88[163]. Contudo, a questão foi enfrentada por meio da ADI 5316, tendo o STF deferido medida cautelar para suspender a aplicação da expressão acima, “por vulnerar as condições materiais necessárias ao exercício imparcial e independente da função jurisdicional, ultrajando a separação dos Poderes, cláusula pétrea inscrita no art. 60, § 4º, III, da CRFB.” [164]

Vale registrar, outrossim, dentro da discussão acerca das tentativas de manipulação da composição do Supremo Tribunal Federal a busca em se revogar a Emenda Constitucional 88. Na oportunidade, a bancada do PSL votou em peso a favor da proposta, com apoio de sete deputados bolsonaristas, dentre eles a autora do Projeto de Emenda à Constituição (PEC) 159/19, deputada Bia Kicis (PSL-DF)[165].

O sistema de escolha e nomeação de juízes para os órgãos superiores não obedece necessariamente a nenhum critério meritório. O processo existente hoje é altamente autoritário e excludente, e afasta os próprios membros do Poder Judiciário, beneficiando apenas os integrantes de sua cúpula. Mais grave é o mecanismo de escolha dos membros do Supremo Tribunal Federal[166].

Alguns autores fazem apontamentos quanto à composição, diz-se que esses “laços podem ser reforçados pela maneira como são nomeados os membros do judiciário, quer neste país, quer na Europa, pela permanência dos juízes em seus cargos que, sem dúvida, deve

[162] A dicção do art. 100 do ADCT passou a vigorar com a seguinte redação: "Art. 100. Até que entre em vigor a lei complementar de que trata o inciso II do § 1º do art. 40 da Constituição Federal, os Ministros do Supremo Tribunal Federal, dos Tribunais Superiores e do Tribunal de Contas da União aposentar-se-ão, compulsoriamente, aos 75 (setenta e cinco) anos de idade, nas condições do art. 52 da Constituição Federal."
[163] FERNANDES, Bernardo Gonçalves — **Curso de Direito Constitucional**. p. 1665.
[164] BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL — ADI 5316.
[165] VALADARES, Pablo — PEC retoma idade de 70 anos para aposentadoria de ministros de tribunais superiores.
[166] *Idem*, p. 45.

ser longa o suficiente para lhes dar autonomia e segurança, estando, em regra, limitada a um certo número de anos, sem possibilidade de extensão"[167].

Para Zaffaroni "a dispersão do poder de nomeação desses tribunais constitucionais provém de outras experiências e corresponde a um cálculo meditado e de maior grau de prudência e bom critério político"[168], esclarecendo que pós segunda guerra mundial e a emergência de vários tribunais constitucionais, houve um movimento mais ou menos comum no sentido de atribuir uma composição heterogênea o que ele vê com bons olhos. Diferença feita ao modelo norte-americano que, contudo, efetua controle difuso e possui um panorama bastante distinto, além do que acima já apontamos quanta à sabatina ocorrida após indicação do presidente.

Por fim, não poderíamos deixar de consignar um dado bastante relevante e que revela o quanto o Brasil precisa evoluir visando a composição mais heterogênea, pois de um total de 292 ministros que até os dias de atuais compuseram o STF (168), apenas três mulheres foram nomeadas como juízas para compor o referido tribunal. São elas: Ellen Gracie Northfleet em 2000, Carmen Lúcia Antunes Rocha em 2006, e Rosa Maria Pires Weber em 2011[169].

No caso do STF, do ponto de vista de melhoria qualitativa, resta nítido que o número de membros, de per si, não é exatamente o maior problema verificado no Brasil, mas sua forma de composição é um ponto de instabilidade e críticas. O quantitativo somente se mostra relevante por conta de sua utilização, dentro das regras atuais de indicação única por parte do Presidente da República, porquanto repercuta diretamente em uma possível ampliação de esfera de poder. Ademais, a questão da vitaliciedade[170] é objeto de discussão, embora não haja consenso quanto ao prazo de um possível mandato nem pelo modo de se estabelecer critérios de composição que aprimorem democraticamente.

[167] CAPPELLETTI, Mauro — Op. cit., CAPPELLETTI, Mauro — Repudiando Montesquieu? A expansão e a legitimidade da "justiça constitucional. *Op. cit*., p. 43.
[168] ZAFFARONI, Eugenio Raul — **Poder judiciário: crises, acertos e desacertos.** *Op. cit*. p. 66.
[169] LIMA, Jairo, BUENO, Marcella Pradella; STAMILE, Natalina — Supremas Ministras: a inclusão de mulheres na composição do STF à luz da legitimidade das cortes constitucionais. p. 123.
[170] Os ministros estão sujeitos, no entanto, à aposentadoria compulsória aos 75 anos de idade após alteração que, aliás, foi feita dentro de um contexto político, conforme tivemos oportunidade de assinalar.

2.4.2. A composição do Tribunal Constitucional Português

Em 1981, Barbosa de Melo, Cardoso da Costa e Vieira de Andrade publicaram um Estudo com um projeto de revisão da Constituição, no qual propunham, entre outras medidas, a criação de um Tribunal Constitucional composto por nove juízes, escolhidos entre juristas de reconhecido mérito. A designação dar-se-ia de forma tripartida: três juízes nomeados pelo Presidente da República, três eleitos pela Assembleia da República, por maioria absoluta dos Deputados em efetividade de funções, e três designados pelos magistrados dos tribunais superiores, dentre os seus pares[171].

No que se refere à composição do Tribunal, defendia-se um modelo misto, integrando magistrados judiciais e outros juristas. Os primeiros seriam nomeados pelo Conselho Superior da Magistratura enquanto os segundos seriam indicados, em partes iguais, pelo Presidente da República e pela Assembleia da República, mediante maioria qualificada. No tocante às competências, Messias Bento sustentava: (a) a manutenção do sistema de fiscalização concretade constitucionalidade, em moldes semelhantes aos anteriormente exercidos pela Comissão Constitucional; (b) a possibilidade de recurso direto para o Tribunal das decisões que aplicassem normas arguidas inconstitucionais ou por violação dos direitos, liberdades e garantias; (c) a manutenção do controlo abstrato *a posteriori*, herdando o Tribunal as competências do Conselho da Revolução; (d) eventualmente, a atribuição ao Tribunal de competências no âmbito do contencioso eleitoral e do controlo da legalidade de diplomas regionais. Por fim, Messias Bento considerava "pouco desejável" a manutenção da fiscalização preventiva e "de todo em todo indesejável" a fiscalização da inconstitucionalidade por omissão[172].

Havia, então, diversas concepções acerca da configuração de um futuro Tribunal Constitucional, especialmente no que dizia respeito às suas competências e à sua composição. No plano partidário, à exceção do Partido Comunista Português, que defendia a manutenção do Conselho da Revolução, os diversos projectos de revisão constitucional acompanhavam, em linhas gerais, as propostas então formuladas quanto à criação do Tribunal Constitucional.

Como assinalado por Jorge Miranda, cinco grandes questões dividiram os partidos nesse processo: (a) a manutenção ou não da fiscalização preventiva da

[171] PORTUGAL. TRIBUNAL CONSTITUCIONAL — **O Tribunal Constitucional como órgão constitucional**.
[172] *Idem*.

constitucionalidade, cuja eliminação era defendida pelo projeto da Aliança Democrática; (b) a manutenção ou não da fiscalização da inconstitucionalidade por omissão, igualmente rejeitada por esse projeto; (c) caso se mantivesse essa modalidade de fiscalização, a definição do órgão competente — se um Conselho da República, após audição do Tribunal Constitucional, conforme proposto pela Frente Republicana e Socialista, ou o próprio Tribunal Constitucional; (d) , sendo que a Frente Republicana e Socialista propunha a subida ao Tribunal de qualquer questão de inconstitucionalidade não manifestamente infundada e relevante para a causa, enquanto os demais projetos defendiam a manutenção, ainda que com ajustes, do regime de recursos previsto na Constituição de 1976; e (e) a composição do Tribunal Constitucional, relativamente à qual havia consenso quanto à diversidade da origem dos juízes, mas divergências quanto à sua concretização. A Frente Republicana e Socialista propunha um Tribunal composto por quinze juízes — cinco designados pelo Presidente da República, cinco pela Assembleia da República e cinco pelo Conselho Superior da Magistratura — ao passo que a Aliança Democrática defendia um modelo com nove juízes, com participação direta do Supremo Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal Administrativo na designação de parte dos membros[173].

De uma cimeira interpartidária entre representantes da Aliança Democrática e do Partido Socialista emergiu a solução que viria a prevalecer: o Tribunal Constitucional seria composto por treze juízes, dos quais dez eleitos pela Assembleia da República e três cooptados por estes. O Presidente da República ficaria assim, definitivamente afastado do processo de designação dos juízes constitucionais. Tal solução foi fortemente contestada em sede parlamentar por deputados como Jorge Miranda e Vital Moreira, enquanto Almeida Santos e Francisco Sousa Tavares destacaram os seus méritos institucionais.

Nos termos do artigo 222º da Constituição da República Portuguesa, o Tribunal Constitucional passou a ser composto por treze juízes, sendo dez eleitos pela Assembleia da República, por maioria qualificada de dois terços dos Deputados presentes, desde que superior à maioria absoluta dos Deputados em efetividade de funções [artigo 163º, alínea h, da Constituição], e três cooptados pelos juízes eleitos, também por maioria qualificada (artigo 19º da da Lei do Tribunal Constitucional LTC)[174].

---

[173] PORTUGAL. TRIBUNAL CONSTITUCIONAL — **O Tribunal Constitucional como órgão constitucional**. *Op. Cit.*

[174] BLANCO DE MORAIS, Carlos — **Justiça Constitucional**. Tomo I. p. 103.

Do total de juízes, pelo menos seis devem ser escolhidos de entre magistrados dos demais tribunais, sendo os restantes de entre juristas com formação académica em Direito, nos termos do n.º 2 do artigo 222.º da Constituição e artigo 13.º da LTC. O mandato dos juízes constitucionais tem a duração de nove anos, não sendo renovável (artigo 21º da LTC). O Presidente e o Vice-Presidente do Tribunal exercem funções por metade desse período (quatro anos e meio), sendo a recondução possível (n.º 3 do artigo 222.º da Constituição e artigo 37º, nº 1, da LTC). O mandato dos juízes inicia-se com a tomada de posse e cess com a posse do juiz designado para ocupar o respectivo lugar.

O poder disciplinar sobre os juízes do Tribunal Constitucional é exercido pelo Presidente do Tribunal, com recurso para o próprio Tribunal (artigo 25º da LTC). O estatuto dos juízes constitucionais equipara-se ao dos juízes do Supremo Tribunal de Justiça no que diz respeito a honras, direitos, categorias, tratamento (têm o tratamento tradicional de Juiz-Conselheiro), vencimentos, regalias e regime de responsabilidade civil e criminal (artigos 26º e 30º da LTC). No exercício das suas funções, usam beca e colar, sendo-lhes também permitido o uso de capa sobre a beca (artigo 30º-A da LTC).

À semelhança dos demais magistrados, os juízes do Tribunal Constitucional são independentes e inamovíveis, não podendo cessar as suas funções antes do termo do mandato, salvo nos casos expressamente previstos na lei, como morte ou impossibilidade física permanente, renúncia, incompatibilidade legal ou sanção disciplinar (artigo 23º da LTC). Não respondem pelas suas decisões, salvo nos termos aplicáveis aos juízes dos tribunais judiciais (artigos 22.º e 24.º da LTC), beneficiando-se ainda de um regime especial de imunidades previsto no artigo 26.º da LTC.[175].

Em matéria de incompatibilidades, é-lhes vedado o exercício de funções em outros órgãos de soberania, nas regiões autónomas ou no poder local, bem como o desempenho de qualquer cargo ou função pública ou privada, com exceção de atividades docentes ou de investigação científica de natureza jurídica, as quais não podem ser remuneradas (artigo 27º da LTC). Os juízes constitucionais estão igualmente obrigados à apresentação de declaração de rendimentos e património no início e no final do mandato nos termos da Lei n.º 4/83, de 2 de abril, na redação da Lei n.º 25/95, de 18 de agosto.

Adicionalmente, é-lhes vedado o exercício de funções em órgãos partidários ou em associações políticas, bem como o desenvolvimento de atividades político-

[175] PORTUGAL. TRIBUNAL CONSTITUCIONAL — **O Tribunal Constitucional como órgão constitucional**. *Op. Cit.*

partidárias de caráter público, suspendendo-se, durante o mandato, o estatuto decorrente da filiação partidária (artigo 28.º da LTC).

A primeira composição do Tribunal Constitucional Português data de 1983, perfazendo atualmente cerca de quatro décadas de funcionamento contínuo. Conforme informações oficiais disponibilizadas pelo próprio Tribunal, a sua história institucional pode ser analisada em ciclos. No primeiro ciclo (1983–1989), do ponto de vista legislativo, destaca-se a aprovação da Lei n.º 143/85, de 25 de novembro, que alterou a lei eleitoral para a Presidência da República, com impacto direto nas atribuições do Tribunal. Nesse período, foram igualmente aprovados os primeiros diplomas relativos à organização e funcionamento dos serviços do Tribunal, com especial relevo para o Decreto-Lei n.º 149-A/83, de 5 de abril, bem como os primeiros regulamentos internos, elaborados no exercício da sua competência de autorregulação.

Embora não seja possível abordar exaustivamente a jurisprudência desse primeiro sexênio, importa assinalar que, logo no segundo ano de atividade, o Tribunal foi chamado a pronunciar-se sobre uma das questões mais sensíveis enfrentadas pelas jurisdições constitucionais contemporâneas: a interrupção voluntária da gravidez. A matéria foi inicialmente tratada no Acórdão n.º 25/84, retomada no Acórdão n.º 85/85 e, posteriormente, reapreciada em sede de controlo da constitucionalidade de proposta de referendo, nos Acórdãos n.º 288/98 e n.º 617/06.

No segundo ciclo de funcionamento do Tribunal (1989–1998), observa-se um crescimento expressivo do número de processos submetidos à sua apreciação, período em que, de certo modo, os operadores jurídicos — em especial os advogados — passam a "descobrir" a jurisdição constitucional. Os dados estatísticos são elucidativos: entre 1983 e 1988, o Tribunal proferiu 1.623 acórdãos; apenas no ano de 1992 foram proferidas 870 decisões, e, em 1996, esse número atingiu 1.257 decisões. Não por acaso, é também nesse período que os mais altos responsáveis do sistema judicial, incluindo o próprio Presidente do Tribunal Constitucional, alertam publicamente para os riscos de uma utilização abusiva do recurso de constitucionalidade como estratégia para obstar ao trânsito em julgado de decisões judiciais. O reconhecimento desse problema conduziu, em 1998, a uma profunda reforma da tramitação do processo constitucional, cujos resultados, avaliados retrospectivamente, podem ser considerados globalmente positivos.

Com relação as competências do Tribunal, Alexandrino ressalta que o Tribunal Constitucional tem competência para analisar e julgar a constitucionalidade de leis, decretos-leis, decretos legislativos regionais, resoluções da Assembleia da

República, tratados internacionais e outros atos normativos[176]. Também pode julgar conflitos de competência entre órgãos de soberania. O Tribunal Constitucional pode ser acionado por diferentes entidades, como o Presidente da República, o Primeiro-Ministro, o Provedor de Justiça, os partidos políticos com representação parlamentar, entre outros. Além disso, qualquer cidadão pode apresentar uma questão de constitucionalidade.

As decisões do Tribunal Constitucional são vinculativas e têm força obrigatória para todas as autoridades públicas e para os cidadãos. Se uma norma for declarada inconstitucional, ela deixa de produzir efeitos jurídicos. O Tribunal Constitucional desempenha um papel crucial na proteção dos direitos fundamentais dos cidadãos e na manutenção do Estado de Direito em Portugal. Suas decisões têm um impacto significativo na ordem jurídica do país.

Ainda a respeito da importância do Tribunal constitucional para o poder judiciário Português, Araujo (1995) destaca os seguintes pontos:

> a) Proteção da Constituição: O Tribunal Constitucional é responsável por garantir a supremacia da Constituição Portuguesa. Ele tem o poder de revisar e interpretar as leis em relação aos princípios constitucionais, assegurando que nenhuma lei ou ato normativo infrinja os direitos fundamentais dos cidadãos ou os princípios democráticos estabelecidos na Constituição.
>
> b) Garantia dos Direitos Fundamentais: O Tribunal Constitucional desempenha um papel crucial na proteção dos direitos fundamentais dos cidadãos portugueses. Ele tem o poder de anular leis ou decisões governamentais que violem esses direitos, garantindo que todos os cidadãos sejam tratados de acordo com os princípios democráticos e os padrões estabelecidos na Constituição.
>
> c) Equilíbrio de Poderes: O Tribunal Constitucional atua como um contrapeso aos poderes executivo e legislativo. Ao revisar a constitucionalidade das leis e das ações do governo, ele contribui para manter o equilíbrio entre os diferentes ramos do governo, evitando abusos de poder e assegurando que todas as instituições estejam sujeitas ao império da lei.
>
> d) Resolução de Conflitos Constitucionais: O Tribunal Constitucional é responsável por resolver conflitos de competência

[176] ALEXANDRINO, J. M. **Linhas do constitucionalismo português e do constitucionalismo brasileiro**. *Op.Cit.* p. 32

entre diferentes órgãos do Estado e entre o Estado e as regiões autônomas. Sua intervenção é crucial para garantir a estabilidade institucional e a coesão do Estado português.

e) Guardião da Ordem Jurídica: O Tribunal Constitucional desempenha um papel de guardião da ordem jurídica, assegurando que as leis e os atos normativos estejam em conformidade com os princípios constitucionais. Sua autoridade é essencial para a manutenção da legalidade e da segurança jurídica no país[177].

Observando a atual composição do Tribunal Constitucional Português, podemos identificar que ao menos quanto a composição, o mesmo é bem mais avançado no que compete a questões de gênero, haja visto o número de juizas ser proporcionalmente superior ao Tribunal Federal do Brasil, abaixo apresentamos a atual composição do Tribunal (fonte: site oficial do Tribunal):

1 – José João Abrantes – eleito pela assembleia da república em 2020;

2 – Gonçalo de Almeida Ribeiro - eleito pela assembleia da república em 2016;

3 – Afonso Patrão - eleito pela assembleia da república em 2021;

4 – Antonio José da Ascensão Ramos - eleito pela assembleia da república em 2021;

5 – Carlos Carvalo – designado por cooptação dos juizes do tribunal eleitos pela assembleia da república em 2023;

6 – Dora Lucas Neto - eleita pela assembleia da república em 2023;

7 – Joana Fernandes Costa - eleita pela assembleia da república em 2016;

8 – João Carlos Loureiro - designado por cooptação dos juizes do tribunal eleitos pela assembleia da república em 2023;

9 – José Eduardo Figueiredo Dias - eleito pela assembleia da república em 2021;

10 – José Teles Pereira - eleito pela assembleia da república em 2015;

11 – Maria Benedita Urbano - eleita pela assembleia da república em 2021;

12 – Mariana Canotilho - eleita pela assembleia da república em 2019;

13 – Rui Gerra da Fonseca - designado por cooptação dos juizes do tribunal eleitos pela assembleia da república em 2023;

[177] ARAÚJO, António de — **A construção da justiça constitucional portuguesa: o nascimento do Tribunal Constitucional**. p. 886

Do ponto de vista da sua competência organizativa interna, é da competência do Tribunal Constitucional a eleição do Presidente e do Vice-Presidente, a elaboração dos regulamentos internos necessários ao seu bom funcionamento, a aprovação da proposta de orçamento anual, a fixação, no início de cada ano, do calendário das suas sessões ordinárias e o exercício de outras competências atribuídas por lei (artigo 36º da LTC). O Presidente e Vice-Presidente são eleitos pelos juízes do Tribunal Constitucional por voto secreto, sem discussão ou debate prévios, em sessão presidida, na falta de um e outro, pelo juiz mais idoso e secretariada pelo mais novo. É eleito Presidente o juiz que obtiver o mínimo de 9 votos e Vice-Presidente o que obtiver o mínimo de 8 votos (artigos 37º e 38º da LTC).

Objetivamente, embora o Tribunal Constitucional de Portugal e o Supremo Tribunal Federal do Brasil compartilhem algumas semelhanças em termos de sua função principal de garantir a constitucionalidade das leis, existem algumas diferenças importantes que entendemos ser importante destacar entre eles, desta forma, de forma breve apresentamos abaixo algumas das principais diferenças:

Nomeação e Composição - Tribunal Constitucional Português: Os juízes do Tribunal Constitucional de Portugal são nomeados em parte pela Assembleia da República e em parte pelos próprios juízes. Eles são escolhidos entre juristas de reconhecido mérito e competência, com mandatos de nove anos, sem possibilidade de reeleição. Supremo Tribunal Federal Brasileiro: No Brasil, os ministros do Supremo Tribunal Federal são nomeados pelo Presidente da República e devem ser aprovados pelo Senado Federal. São escolhidos entre juristas com mais de 35 anos de idade e menos de 65 anos, de notável saber jurídico e reputação ilibada, com mandatos vitalícios.

A nosso ver essa difernça na forma composição, garante ao Tribunal Constitucional Portugês, melhores possibilidades de reoxigenação, por assim dizer, vejam a postura politica / ideologica de um juiz/juiza irá com certeza influenciar no seu posicionamento, e tais questões costumam variar a partir da geração em que este juiz se formou enquanto sujeito e profissional, a limitação de idade no Brasil e mandato vitalicio faz com que se crie um certo condicionante de perfil.

Abrangência das Decisões - Tribunal Constitucional Português: As decisões do Tribunal Constitucional de Portugal têm efeito vinculativo e obrigatório para todas as autoridades públicas e cidadãos portugueses, afetando diretamente a aplicação das leis. Supremo Tribunal Federal Brasileiro: As decisões do STF têm jurisprudência vinculante

em relação à interpretação da Constituição Federal, mas não têm a mesma obrigatoriedade direta para todos os casos como no caso português.

Competências e Funções - Tribunal Constitucional Português: O Tribunal Constitucional de Portugal é responsável por garantir a supremacia da Constituição Portuguesa, revisando a constitucionalidade das leis e dos atos normativos. Além disso, também pode resolver conflitos de competência entre diferentes órgãos do Estado. Supremo Tribunal Federal Brasileiro: O STF é o guardião da Constituição Federal no Brasil e possui competência para julgar ações diretas de inconstitucionalidade, ações declaratórias de constitucionalidade, mandados de segurança, *habeas corpus*, entre outros casos.

É importante destacar essa diferença, pois a abrangência das competências e funções do Tribunal Superior Brasileiro, é sem sombra de dúvidas, superior ao Tribunal Constitucional Português.

3. A LEGITIMIDADE DO JUDICIÁRIO NO CONTROLO DE CONSTITUCIONALIDADE DAS LEIS

3.1 Limites e Legitimidade do Poder Judiciário

Diante da constatação que, embora com origem comum, os sistemas adotados em Brasil e Portugal trilharam caminhos bastante distintos, importante verificar a legitimidade das cortes constitucionais e algumas particularidades.

Conforme tivemos oportunidade de destacar anteriormente, o "neoconstitucionalismo", em que pese suas nuances, acaba por trazer para a centralidade do ordenamento jurídico a própria constituição. Diante disto, a jurisdição constitucional ganha um protagonismo sem precedentes e, via de consequência, desencadeia uma série de questionamentos quanto à sua legitimidade, principalmente no tocante à falta de legitimidade eleitoral e representativa.

Para Cappelletti, a própria formulação genérica e em termos programáticos da Constituição seria, na verdade "um convite aos juízes para, legitimamente (através do legislador), colaborarem na evolução do Direito. Essa tarefa, aliás, também é entendida como um dever de democrática prestação de contas por parte do judiciário"[178].

Em relação à legitimidade do STF, existe em seu favor de uma legitimidade intrínseca no texto constitucional da CR/88 que o autoriza a equacionar questões políticas envolvendo direitos fundamentais, portanto, conquanto atue nos limites desta mesma constituição, poderá agir ativamente para garantir máxima efetividade destes direitos, cumprindo papel político nela expresso[179].

Dentro desta legitimidade intrínseca não se fala em representatividade da soberania popular expressa pelo voto, "pois a efetivação dos direitos fundamentais não

[178] CAPPELLETTI, Mauro — **Juízes legisladores?** p. 96.

[179] RUIZ, Marian Ahumada — Hay alternativas a la judicial review? p. 23. HELLER, Hermann — **Teoria del Estado.** p. 292. Neste sentido, PELICIOLI, Angela Cristina — A sentença normativa na jurisdição constitucional. p. 178 leciona que: "A defesa dos direitos fundamentais é fator que determina a legitimidade democrática do Supremo Tribunal Federal, devendo este atuar não só como garante da constitucionalidade das leis e dos atos normativos, mas como legislador positivo, nos limites impostos pela Constituição, sob pena de que a efetividade da ordem constitucional, no que tange aos direitos fundamentais, se transforme em 'folha morta que a corrente transporta'".

deve estar adstrita à vontade da maioria, mas também à garantia das minorias (...) traz consigo uma democracia substancial"[180]. Portanto, a legitimidade de um Poder de Estado "não se vincula apenas à ideia da escolha via escrutínio, mas também decorre de outros elementos, como a função democrática na defesa das minorias e a submissão do juiz aos limites previstos no texto constitucional"[181].

Ocorre que esta legitimidade deve estar "cingida estritamente aos ditames constitucionais, sem converter o STF em um segundo poder constituinte originário"[182], nesse sentido, como "limites e possibilidades na decidibilidade de casos que envolvam questões políticas mesmo aquelas decorrentes de respeito aos direitos fundamentais" , Fernando Gomes de Andrade destaca que o STF não deveria se imiscuir em questão de política "pura" ou "mega-política" [183], submetido que está aos limites da lei e da própria constituição. Portanto, o Supremo Tribunal não pode perder de mira que a liberdade conferida ao legislador "no sentido de decidir politicamente é bem maior", não se confundindo com suas atribuições.

De outro lado, argumenta-se que quando a decisão judicial é pautada e fundamentada na Constituição está a utilizar "o código do sistema jurídico", mesmo com ampliação dos direitos. Todavia, decisão tomada ao arrepio do código caracterizador do direito, implicaria em "imposição da vontade do julgador cuja subjetividade, motivada por elementos extrajurídicos, são desprovidas de legitimidade e maculam o processo democrático". Neste sentido, cita-se a inovação legislativa do mandado de injunção coletivo, não previsto na constituição que neste caso sai do sistema jurídico, e "avoca para si o papel de legislador positivo, mesmo sem anuência expressa da Constituição"[184].

Quanto à legitimação da magistratura, "os grupos sociais têm percebido o Judiciário como um *'locus'* essencial da afirmação desses direitos e superação desse déficit[185].

Especificamente quanto à legitimidade da investidura dos Ministros do Supremo Federal, muito embora não decorra de voto popular, não se pode olvidar que a

---

[180] GOMES, Fernando — *Op. cit*. p. 210.
[181] GOMES, Fernando — *Op. cit*. p. 210.
[182] Fernando Gomes de Andrade faz crítica sobre posições mais radicais que que ampliam esta atuação do STF, como as de Cfr. BONAVIDES, Paulo — Curso de Direito Constitucional. p. 1065 e PELICIOLI, Ângela Cristina. A sentença normativa na jurisdição constitucional. *Op. cit*., p. 178.
[183] Fernando Gomes de Andrade faz crítica sobre posições mais radicais que que ampliam esta atuação do STF, como as de Cfr.: BONAVIDES, Paulo — Curso de Direito Constitucional, 2006. *Op. cit*., p. 1065. GOMES, Fernando — *Op. cit.,* p. 210.
[184] *Idem*.
[185] CAMPILONGO, Celso Fernandes — Os desafios do Judiciário: um enquadramento teórico. p. 32.

composição deste órgão de cúpula decorre de indicação que é feita pelo Presidente da República com posterior aprovação em sabatina no Senado Federal, desta forma não há como negar que passa pelo crivo de dois poderes de representação popular.

A questão que se coloca, principalmente quanto ao Brasil, talvez seja a manutenção de fórmula ultrapassada (indicação exclusiva do chefe do poder executivo associada à vitaliciedade do mandato, conforme tivemos de analisar no capítulo anterior). Assim, neste particular, Portugal conta com uma composição mais plural e mandato fixo o que assegura alguns benefícios institucionais.

3.2. Distinções e traços marcantes da atuação do Supremo Tribunal Federal do Brasil e o Tribunal Constitucional de Portugal: análise do Acórdão 75/2010 e da ADPF 54

Ao analisarmos os traços marcantes da atuação do Supremo Tribunal Federal Brasileiro e o Tribunal Constitucional Português, nota-se, desde logo, que muito embora sejam ambos sistemas considerados mistos ou híbridos, a concatenação dos mecanismos de controlo de constitucionalidade forjou uma atuação bastante distinta.

3.2.1.O Acórdão da ADPF/54

Quanto ao Brasil, vale de antemão destacar que, para além da evolução histórica e das diversas influências teóricas sofridas, também é importante considerar que o país possui uma dimensão continental e "mais de 200 milhões de habitantes, uma Constituição analítica e um amplo sistema de controle de constitucionalidade e de proteção aos direitos fundamentais"[186].

Conforme tivemos oportunidade de observar, o Brasil, assim como Portugal, dispõe tanto de instrumentos de controlo difuso quanto concentrado e, no caso brasileiro, contamos com o particular mecanismo de controlo previsto na Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental que para alguns "supriu as últimas lacunas do sistema concentrado, permitindo o controle de constitucionalidade do direito pré-constitucional e das leis municipais[187].

[186] SACRAMENTO, Bruno — Déficits e Disfunções no Controle de Constitucionalidade em Portugal e no Brasil. *Op. Cit*. p. 305.

Este mecanismo, muito embora previsto desde a redação original dada à CR/88 somente viria a ser regulamentado por meio da Lei n. 9.882/99, conforme se depreende de dois precedentes do Supremo Tribunal Federal, assentado que somente poderia ser apreciada após lei ordinária que lhe desse regulamentação, Petições n. 1.365-2/170-DF e 1.437-5/CE[188].

De antemão, é bom mencionar que, para alguns o julgamento da ADPF 54 marcou um dos momentos mais relevantes da trajetória jurídico-institucional do STF, tendo sido relatado pelo Ministro Marco Aurélio Mello, vencidos os Ministros César Peluso e Ricardo Lewandowski. Ambos os ministros se posicionaram no sentido de que a atuação do STF deveria se limitar ao papel de legislador negativo, "extirpando do ordenamento jurídico as normas constitucionais, e não como legislador positivo, criando uma nova causa de exclusão da ilicitude que não foi prevista pelo Código Penal". Em contraponto, e como principal crítica, constou o caráter contramajoritário da jurisdição constitucional, bem como sua inevitável liberdade interpretativa[189].

O STF, naquela oportunidade, enfrentou a questão específica dos casos de anencefalia clinicamente diagnosticada, não incluindo, portanto, outras más formações congênitas, na seguinte decisão: "ESTADO – LAICIDADE. O Brasil é uma República laica, surgindo absolutamente neutro quanto às religiões. Considerações. FETO ANENCÉFALO – INTERRUPÇÃO DA GRAVIDEZ – MULHER – LIBERDADE SEXUAL E REPRODUTIVA – SAÚDE – FUNDAMENTAIS DIGNIDADE – AUTODETERMINAÇÃO – DIREITOS– CRIME – INEXISTÊNCIA. Mostra-se inconstitucional interpretação de a interrupção da gravidez de feto anencefálico ser conduta tipificada nos artigos 124, 126 e 128, incisos I e II, do Código Penal"[190].

O Relator foi bastante enfático em destacar que somente haveria um conflito aparente de normas, de um lado, "os interesses legítimos da mulher em ver respeitada sua dignidade e, de outro, os interesses de parte da sociedade que deseja proteger todos os que a integram – sejam os que nasceram, sejam os que estejam para nascer – independentemente da condição física ou viabilidade de sobrevivência"[191]. Estariam envolvidos, a "dignidade humana, o usufruto da vida, a liberdade, a autodeterminação, a saúde e o reconhecimento pleno de direitos individuais, especificamente, os direitos

[188] CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza — *Op. cit*., p. 395-396.
[189] BUNCHAFT, Maria Eugenia— O julgamento da ADPF n. 54: uma reflexão à luz de Ronald Dworkin. p. 155-188.
[190]GOMES, Fernando — *Op. cit*. p. 247.
[191] *Idem*.

sexuais e reprodutivos de milhares de mulheres". Assim, o conflito de normas seria apenas aparente na medida em que o relator identifica que, em não havendo sequer potencialidade de vida, o que estaria correndo seria uma "antecipação terapêutica do parto de feto anencefálico".

Outro argumento que restou afastado pelo relator diz respeito à invocação feita em prol da proteção dos fetos anencefálicos, haja vista a possibilidade de doação de seus

órgãos. O relator destacou que isto importaria em "coisificar a mulher e ferir, a mais não poder, a sua dignidade", além de ser do ponto de vista prático, inútil[192].

Quanto à questão da vida, o Relator afirmaria que "Anencefalia e vida são termos antitéticos", porquanto sequer exista potencialidade de vida. Nesse contexto, "a interrupção da gestação de feto anencefálico não configura crime contra a vida – revela-se conduta atípica". E, mesmo se não houvesse entendimento pela atipicidade da conduta, ainda assim, por não haver hierarquia absoluta do direito à vida frente a outros direitos (vide artigo 5º, inciso XLVII, c/c art. artigo 84, inciso XIX, por exemplo), e vislumbrando-se a previsão contida de excludente de ilicitude/antijuridicidade no caso do aborto ético ou humanitário ("direito à vida do feto e os direitos da mulher violentada, o legislador houve por bem priorizar estes em detrimento daquele – e, até aqui, ninguém ousou colocar em dúvida a constitucionalidade da previsão").

Dentre os votos proferidos, o Ministro César Peluso evoca a "retórica emocional e estridente" do ativismo antiaborto como linha argumentativa. E ainda faria a distinção entre as células tronco-embrionárias objeto de outra ação, pois em seu entendimento aquela hipótese seria apenas de embrião excedente que sequer fora implantado. Ademais, em sua percepção não se poderia transformar o feto em um mero objeto de disposição alheia, sendo que a vida humana com sua dignidade não poderia ser relativizada fora das hipóteses legalmente previstas[193].

Em que pese não tenha havido nenhuma fundamentação confessional, sendo apresentadas objeções de cunho jurídico, vale consignar que, no voto do Ministro César Peluso, principalmente quando da análise da suspensão da liminar deferida pelo relator,

[192]BRASIL — Supremo Tribunal Federal. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 54 ajuizada pela Confederação Nacional dos Trabalhadores da Saúde.** Plenário. Relator: Min. Marco Aurélio Mello. Brasília-DF, j.11/04/2012a. Informativo do STF n. 661. p. 20-22.

[193] NAARA, Luna — O direito ao aborto em caso de anencefalia: uma análise antropológica do Julgamento da ADPF 54 pelo Supremo Tribunal Federal, pp. 165-197.

Ministro Marco Aurélio, houve a demonstração de uma correlação com o magistério católico bastante evidente, ao afirmar que "o sofrimento em si não é alguma coisa que degrade a dignidade humana; é elemento inerente à vida humana", algo que se aproxima de uma encíclica editada por João Paulo II[194-195].

Quanto aos votos divergentes apresentados naquela oportunidade, destaque-se as proposições trazidas pelo Ministro Ricardo Lewandowski sobre os limites de atuação do STF apenas enquanto legislador negativo, vedando- se sua atuação como "legislador positivo" que criasse uma causa de exclusão da ilicitude não prevista no Código Penal. Neste ponto, grande parte da crítica ao argumento "repousa no caráter contramajoritário da jurisdição constitucional e sua inevitável liberdade interpretativa"[196].

O ministro Ricardo Lewandowski ainda afastaria o argumento levantado sobre a inexistência de métodos científicos na época da promulgação do Código Penal que pudessem detectar a anencefalia. Em seu voto, destacaria que, acaso desejasse, o Congresso Nacional poderia ter alterado a legislação para incluir esta causa de interrupção de pena, mas sendo a lei clara, não haveria espaço para a interpretação.

De outro lado, os demais Ministros posicionaram-se favoráveis ao pedido, o Ministro Gilmar Mendes no sentido de que, *"*ao julgar o mérito da ADPF 54, o STF admitiu a possibilidade de atuar como legislador positivo, acrescentando um excludente de ilicitude ao crime de aborto". Já o Ministro Celso de Mello argumentaria que o caso não compreenderia a ideia de aborto, mas uma antecipação terapêutica de parto de feto portador de anencefalia, ou seja, a sentença impediria a incriminação da mulher que opta pela interrupção da gestação. Na expressão do ministro Joaquim Barbosa "o feto anencefálico pode ser biologicamente vivo, mas juridicamente morto"[197].

Do ponto de vista antropológico as posições revelariam o que "é sagrado para os ministros que votam: a vida do anencefálico para uns, a vida da mulher e sua dignidade e autonomia para a maioria"[198]. Outra análise que merece destaque é que o julgamento da ADPF 54 acaba por ser um marco bastante relevante na análise de precedentes no Brasil.

---

[194] RONDON, Gabriela — O gênero da dignidade: humanismo secular e proibição de tortura para a questão do aborto na ADPF 54, pp. 1137-1165.

[195] JOÃO PAULO II, Papa — **Carta encíclica "Evangelium Vitae": sobre o valor e a inviolabilidade da vida humana**. p. 5.

[196] BUNCHAFT, Maria Eugenia— O julgamento da ADPF n. 54: uma reflexão à luz de Ronald Dworkin. *Op. cit*., p. 157.

[197] NAARA, Luna — O direito ao aborto em caso de anencefalia: uma análise antropológica do Julgamento da ADPF 54 pelo Supremo Tribunal Federal. *Op. cit.,* p. 28.

[198] *Idem*.

Em que pese as súmulas, súmulas vinculantes, a exigência de repercussão geral para a admissão de recursos já serem apontadas como congêneres à sistemática dos precedentes, a eficácia da transcendência dos motivos determinantes das decisões será destacada neste julgamento[199]. Neste sentido, para alguns estaríamos diante um caso de controle concentrado, onde se atribui eficácia *erga omnes* e obrigatoriedade para além do dispositivo da sentença que analisa a constitucionalidade, ou seja, amplia-se o feito à própria fundamentação visando dar uma maior previsibilidade e coerência ao sistema decisório.

Neste caso, o então Relator, Ministro Marco Aurélio, fundamentou seus argumentos em julgamento anterior ocorrido na ADI n. 3.510, considerando que a CR/88 tutelaria "o indivíduo-pessoa, o que não é o caso do feto; e que, a potencialidade é um argumento suficiente para a tutela de determinado direito, no entanto, no referido caso, não há sequer a potencialidade de vida extrauterina". Assim, muito embora o Brasil não adote o sistema de precedentes nos moldes estadunidense, haveria evidência desta aplicação na decisão da ADPF n. 54. Ocorre, todavia, que apesar deste "*leading case"* a adoção da tese no Supremo Tribunal Federal ainda é considerada matéria controvertida[200].

Os benefícios apontados para a adoção da eficácia vinculante dos motivos determinantes da decisão proferida no controle abstrato de normas, tal como vislumbrado no julgamento da ADPF 54, seriam: "A adequada tutela jurisdicional da Constituição e a Autoridade do Supremo Tribunal Federal (...)" Somente a partir dali, para além de se produzir decisão vinculante e com eficácia *erga omnes*, a decisão passa também "a ter a qualidade de precedente constitucional"[201].

Ao comentar a decisão, o atual Ministro Luís Roberto Barroso afirma que o STF "por maioria, conheceu da ação, reconhecendo tratar-se de uma questão de interpretação constitucional e não de criação de direito novo."[202].Vale ressaltar que foi o próprio escritório de Luís Roberto Barroso, que propôs a referida ação.

Vale registrar, outrossim, que desde a propositura da ADPF 54 no ano de 2004 a Suprema Corte brasileira já divergia quanto à possibilidade ou não da análise do caso, sob argumento de alguns de que esta atuação importaria em agir enquanto legislador

---

[199] MELLO, L. F., & de Queiroz Barboza, E. M. — Paralelo entre os precedentes dos Estados Unidos – Análise Da Decisão Roe Versus Wade e o instituto da eficácia transcendente dos motivos determinantes no Brasil – Análise Da Decisão Proferida Pelo STF na ADPF n. 54 p. 229.

[200] *Idem*, p. 231.

[201] *Idem*, p. 469-470.

[202] BARROSO, Luis Roberto — Gestação de Fetos Anencefálicos e Pesquisascom Células-tronco: dois temas acerca da vida e da dignidade na Constituição, p. 701.

positivo.

Naquela oportunidade, chegou a ser deferida liminar pelo relator, Ministro Marco Aurélio, que seria posteriormente tornada sem efeito pelo Plenário do STF, e, quanto ao próprio cabimento da ADPF n. 54 também não haveria consenso.

Pela possibilidade da propositura, os Ministros Carlos Ayres de Britto, Gilmar Mendes, Sepúlveda Pertence e Nelson Jobim, em sentido inverso, os Ministros Eros Grau, Cesar Peluso e Ellen Gracie, "sob o argumento segundo o qual a mesma ofenderia a separação de poderes, criando uma nova hipótese de exclusão da ilicitude para o aborto"[203].

Vale registrar, outrossim, o voto do Ministro Gilmar Mendes, acompanhado pelo Ministro Celso de Mello que teria, mesmo que implicitamente, trazido a ideia de atribuição de responsabilidade, por meio de algumas sugestões, a saber: a) atestado subscrito por, no mínimo, dois médicos especialistas e segundo técnicas de exames suficientemente seguras; b) observância do período de três dias entre a data do diagnóstico e da intervenção cirúrgica; e; c) disponibilização, por parte do Poder Público, em favor de gestantes de menor poder aquisitivo, de acompanhamento psicológico, tanto antes quanto depois do procedimento cirúrgico[204]. Assim, não pretendeu impor uma concepção majoritária sobre o valor intrínseco da vida e a dignidade do feto anencefálico, mas buscou encorajar as gestantes de fetos anencefálicos a refletirem de forma responsável sobre a continuidade ou não da gravidez[205].

De outro lado, também vale consignar a ideia de integridade constante no voto do Ministro Marco Aurélio, que resgatou a argumentação constante na ADI n. 3.510/DF ajuizada pela Procuradoria Geral da República e julgada em 29 de maio de 2008, em que assentou que inexiste violação na utilização de células tronco embrionárias. Também mencionando o precedente da ADI n. 3.510/DF, temos ainda os votos do Min. Carlos Ayres de Britto e da Ministra Rosa Weber.

Considerando que o direito como integridade, de um lado, nega uma visão de

---

[203] BRASIL — Supremo Tribunal Federal. Anencefalia. *Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 54 ajuizada pela Confederação Nacional dos Trabalhadores da Saúde*. Plenário. Relator: Min. Marco Aurélio Mello. Brasília-DF, j.12/04/2012f. Informativo do STF n. 661. [Em linha]. [Consult. 9 set. 2022]. Disponível em: https://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo661.htm#ADPF%20e%20interrup%C3%A7%C3%A3o%20de%20gravidez%20de%20feto%20anenc%C3%A9falo%20-%2018.

[204] *Idem*.

[205] Dentre as contribuições técnicas trazidas nas audiências públicas, o então Deputado Federal José Aristodemo Pinotti, médico e professor na USP e Unicamp, destacou a questão relativa ao aumento dos riscos para a mulher, sendo verificado que a gravidez de feto anencefálico alcança índices altíssimos a mortalidade materna no país, sendo, por exemplo, trinta vezes maior do que a observada em Portugal.

concepção do fenômeno jurídico como reflexo de práticas convencionais adstritas ao passado e, de outro lado, não se vincula às concepções filosofias pragmatistas que se voltam ao futuro, o julgamento da ADPF 45 acabou trazendo uma contribuição muito importante na medida em que avança na articulação destes elementos, interpretando a moralidade institucional de uma comunidade como um grande romance em cadeia[206].

Esta ideia do "romance em cadeia", desenvolvida por Dworkin[207] na sua conceituação de interpretação, sugere que compete aos operadores do direito encontrarem uma resposta correta mesmo para os casos complexos. Ou seja, refuta-se a teoria da discricionariedade do juiz, devendo haver uma interpretação construtiva, ou seja, um romance em série ou romance em cadeia.

Sob essa ótica, no julgamento da ADPF n. 54, o Plenário do STF partiu de uma leitura moral do ordenamento jurídico e de uma perspectiva reconstrutiva que considera história, tradições e as práticas constitucionais[208]. Há uma ampliação das possibilidades de atuação do poder judicial sem que tal perspectiva implique usurpação dasfunções legislativas[209].

Ainda sobre o voto divergente do Ministro Ricardo Lewandowski, ao negar o pedido feito no bojo da ADPF 54 vale o contraponto com base na diferenciação feita por Dworkin[210], quanto a dois tipos de liberdade: "Preciso de uma estipulação terminológica para explicar a sua ideia. Embora os termos «liberdade» [*liberty*] e «autonomia» [*freedom*] sejam, por vezes, usados de forma permutável, distingo os da seguinte maneira. A autonomia [*freedom*] total de uma pessoa é a sua capacidade de agir como quiser, livre de condicionalismos ou ameaças impostas por outros ou por uma comunidade política. A sua liberdade negativa é a área da sua autonomia que uma comunidade não lhe pode retirar sem a ofender de algum modo especial, comprometendo a sua dignidade, ao negar-lhe a preocupação igual ou uma característica essencial da responsabilidade pela sua própria vida.".

Nesse sentido, e com base na independência ética, "tem-se o direito de não ser negada qualquer liberdade quando a justificativa do governo repousa na popularidade ou em uma suposta superioridade de alguma concepção sobre a melhor maneira de

---

[206] BUNCHAFT, Maria Eugenia— O julgamento da ADPF n. 54: uma reflexão à luz de Ronald Dworkin. *Op. cit*., p. 181.

[207] MELLO, L. F., & de Queiroz Barboza, E. M — Paralelo entre os precedentes dos Estados Unidos – Análise Da Decisão Roe Versus Wade e o instituto da eficácia transcendente dos motivos determinantes no Brasil – Análise Da Decisão Proferida Pelo STF na ADPF n. 54. *Op. cit.,* p. 103; DWORKIN, Ronald — **Justiça para ouriços**. p.272.

[208] BUNCHAFT, Maria Eugenia— O julgamento da ADPF n. 54: uma reflexão à luz de Ronald Dworkin. *Op. cit*., p. 156.

[209] *Idem*, p. 158.

[210] DWORKIN, Ronald — Justiça para ouriços. *Op. cit*., p. 375.

viver"[211].

Outra questão que merece ser mencionada é a admissão de realização de audiências públicas[212] e a intervenção do *amicus curae*, traria um reforço de legitimidade na atuação da justiça constitucional no Brasil. Assim, para além da legitimidade intrínseca, sem extrapolar as margens que lhes são estabelecidas pela moldura dada pelas leis e a própria constituição e, ainda, sem avançar para questões de política pura, haveria um enaltecimento desta legitimidade discursiva.

Ressalva seja feita, contudo, à fluidez deste procedimento sendo que o art.6. do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal dá uma inoportuna discricionariedade do relator do processo para utilizá-lo ou não, bem como decidir pela maneira de o conduzir.

Este caso ainda traria um ponto interessante de debate, pois em alguma medida nota-se um posicionamento omissivo intencional dos Poderes majoritários, ou seja, frente a uma medida que pode ser impopular nas urnas, relega a decisão ao Judiciário. No caso da ADPF 54, conforme destacamos anteriormente, houve um longo lapso temporal de oito anos, ou seja, mesmo depois de duas legislaturas permanecia sem regular a matéria, deixando de editar a norma faltante e pontuar seus argumentos. Neste caso, foi decidido não decidir[213].

Nesse sentido, Fernando Gomes de Andrade traz algumas reflexões interessantes, sobre este "uso dos Tribunais" pelos grupos de interesse e partidos políticos que acabam por transferir para o âmbito judicial questões políticas controvertidas e que não são enfrentadas pelo Executivo e Legislativo, haja vista importar em desgaste político perante a opinião pública. E recorre a formulação trazida por Tate[214] no sentido que as instituições majoritárias acabam por delegar as questões mais impopulares ao judiciário. Para Garapon[215], não se trata de uma transferência de soberania ao juiz, mas uma mudança na própria democracia, com uma relação proporcional entre o descrédito que afeta as instituições clássicas e ampliação do sucesso da justiça.

---

[211] BUNCHAFT, Maria Eugenia— O julgamento da ADPF n. 54: uma reflexão à luz de Ronald Dworkin. *Op. cit*., p. 156.

[212]Naquela oportunidade houve 4 (quatro) audiências públicas com a oitiva das mais variadas entidades religiosas, além de acadêmicos e representante do Conselho Federal de Medicina, mulheres que haviam passado pela situação e até mesmo parlamentares.

[213] Em pesquisa foi verificado que 79% (setenta e nove por cento) dos brasileiros se declaram contrários ao abortamento, conforme notícia disponível em: http://brasil.elpais.com/brasil/2014/09/04/politica/1409867965_896347.html.

[214] TATE VALLINDER, Torbjörn; TATE, C. Neal — The Global Expansion of Judicial Power: The Judicialization of Politics, p. 32

[215] GARAPON, Antoine — O juiz e a democracia – o guardião das promessas. pp. 35-48.

Não é outra a conclusão que se chega ao analisar o Projeto de Lei n.º 236 de 2012 que tramita no Senado Federal, qual seja o anteprojeto do novo código penal. Vale destacar interessante argumento trazido por Fernando Gomes de Andrade[216] ao tratar de algumas situações em que haveriam "diálogos" institucionais entre o Poder Legislativo e Judiciário destacando a ADPF 54, na medida em que abriu caminho para o Legislativo pronunciar-se, então poderia "corrigir" a interpretação judicial "editando uma emenda constitucional proibindo expressamente o abortamento de feto anencefálico, ou mesmo alterando a legislação criminal para determinar também expressamente posição contrária.

Assim, segundo o autor, este "caso exemplifica muito bem o posicionamento omissivo intencional dos Poderes majoritários", ou seja, situação em que dialogam na medida que se abre a oportunidade ao Legislativo, contudo, este se mantém inerte mesmo após oito anos, ou seja, duas legislaturas. Neste caso, como anteriormente mencionado, foi "decidido não decidir", relegar ao Judiciário manifestar-se em tema polêmico que atinge parte do eleitorado com viés religioso[217].

3.2.2. O Acórdão 75/2010 do Tribunal Constitucional

No ano de 2007, 33 deputados do Parlamento fizeram uma requisição do Tribunal Constitucional para declarar a inconstitucionalidade da Lei do Aborto sob o argumento de que a lei do aborto ia de encontro às condições constitucionais que definem a inviolabilidade da vida humana. Isto porque a legislação definia que nas dez semanas iniciais de gravidez, o aborto seria uma possibilidade para a gestante. Outro argumento considerado pelos deputados era o de que a legislação apenas incentivava o aborto, mas não expandia o sentido de proteção do feto com aconselhamento dissuasivo[218].

Diante disso em 2010, o Tribunal Constitucional não aceitou a argumentação e definiu a legislação sobre o aborto como dentro dos ditames constitucionais. Acontece que a decisão causou grande impacto em relação aos limites atribuídos ao Tribunal Constitucional perante o legislador porque considerou além daquilo que o legislador tinha definido, outros direitos presentes como a prevalência do direito à autodeterminação da

---

[216] GOMES, Fernando — *Op. cit*., 2016. p. 347.

[217] Em recente pesquisa foi verificado que 79% (setenta e nove por cento) dos brasileiros se declaram contrários ao abortamento, conforme notícia disponível em: http://brasil.elpais.com/brasil/2014/09/04/politica/1409867965_896347.html.

[218] RUBIO-MARÍN, Ruth — **Aborto em Portugal: novas tendências no constitucionalismo europeu**. p. 356-379.

mulher grávida, reconhecendo igualmente que a vida intrauterina está protegida pelo artigo 24.º da Constituição da República Portuguesa[219].

No acórdão em comento, o Tribunal Constitucional inicia com a análise do dever constitucional de proteção do nascituro que, neste caso, seria um valor que entrava em conflito com o direito de autodeterminação das mulheres. Assim, realizou-se uma verdadeira ponderação dos valores em causa para alcançar o equilíbrio. O Tribunal reconhece que o legislador possui discricionariedade para harmonizar os valores, mas que há limites que devem ser respeitados, dado que pode haver uma restrição indevida e desproporcional de um direito constitucionalmente protegido, por parte do legislador.

Neste sentido, o Acórdão traz a posição do Tribunal no sentido de que o legislador não poderia considerar o direito das mulheres como absoluto e limitar por completo o direito à vida do nascituro, o que determinaria um direito absoluto e incondicional da mulher ao aborto, que não se coaduna com a ordem jurídico-constitucional portuguesa.

A verdade é que o Tribunal fez a ponderação de dois pontos relevantes sobre os deveres positivos que o legislador tinha. O primeiro diz respeito às medidas que asseguram um grau razoável de proteção da vida dentro do útero e o segundo tem a ver com o fato de que o legislador pode ter em consideração o estágio inicial do feto para tomar uma decisão sobre como equilibrar de forma constitucional esses dois valores: vida intrauterina e o direito de autodeterminação da mulher.

O Tribunal Constitucional português fez referência no acórdão sobre a relação entre a mulher gestante com o feto assumindo que fazia parte de "dualidade dentro da unidade". Esta relação tem a ver com a unidade que os dois elementos se formam nas semanas iniciais da gestação de modo que ao longo da gravidez, é possível separar as individualidades criando uma "dualidade". O que o Tribunal Constitucional concluiu com a expressão da dualidade foi que o legislador estava autorizado a considerar o tempo de gestação porque enquanto a gravidez avançasse também avançaria a individualidade do feto e a sua existência.

Ao considerar o tempo, a pergunta que se levantava seria se este critério era capaz de harmonizar os valores de forma proporcional de modo a considerar que o

[219] Nos termos do acórdão diz-se que: "A vida pré-natal é um bem constitucionalmente protegido, enquanto valor objetivo, de imediato acrescentou que a sanção penal deve constituir uma última instância, só justificada quando essa proteção não possa ser garantida de outro modo". PORTUGAL — **Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 75/10, Processo n.ºs 733/07 e 1186/07, em sessão plenária, de 23 de fevereiro de 2010.** Relator: Conselheiro Joaquim de Sousa Ribeiro.

legislador atendeu a noção de assegurar minimamente ao nascituro o direito constitucionalmente protegido à vida, ao mesmo tempo que permitia às mulheres a autodeterminação do seu corpo a partir de uma opção livre e responsável até as dez semanas de gravidez, desde que fosse também garantido um modelo de aconselhamento não dissuasivo.

No Acórdão 75/2010, o Tribunal Constitucional validou a necessidade de aconselhamento obrigatório[220]. No entanto, a maioria no Tribunal considerou que diante do fato de que o aconselhamento não era dissuasivo de forma explícita, mas tão somente com desígnios de informar e não proteger o nascituro. A ideia era a de que o aconselhamento não dissuasivo não era capaz de interferir de forma direta no processo de opção psicológica da mulher no sentido de fazê-la desistir do aborto.

A maioria do Tribunal rebateu a noção de que a existência de aconselhamento revestido de obrigatoriedade apenas teria como consequência apoiar a gestante a se conscientizar do valor da vida que está a gerar e da responsabilidade da sua decisão.

O papel do conselho seria "explicar, em um clima de tranquilidade e total respeito pela autonomia decisória da mulher grávida, a existência de medidas de assistência que possam levar, por sua própria iniciativa, a uma solução alternativa àquela de interromper a gestação"[221]. Ou seja, caso oferecessem medidas alternativas ao aborto e as gestantes conhecessem essas medidas, era expectável que algumas mulheres quisessem optar por este caminho. Desse modo, a nova legislação não poderia ser considerada como uma desistência no âmbito do seu dever de proteção ao nascituro.

Seguindo essa linha, o Tribunal Constitucional interpretava que tratar o tema através de uma legislação suave (não repressiva) seria mais adequado para conscientizar as razões que levam uma gestante a optar pelo aborto, fazendo-a repensar a sua opção naqueles casos menos frequentes em que ela não está totalmente decidida. Assim, a Corte entendeu que o legislador tinha ao seu dispor expressões linguísticas mais fortes para tratar da relevância da proteção da vida, no entanto, não seria isso que daria maior proteção ao nascituro.

---

[220] "O Tribunal considerou que o aconselhamento dissuasivo explícito, tal como exigido pelo Tribunal alemão, era a exceção e não a norma e atribuiu esta situação anômala ao fato de a lei alemã reconhecer o nascituro como detentor de direitos, o que exigia uma proteção maior." RUBIO-MARÍN, Ruth. **Aborto em Portugal: novas tendências no constitucionalismo europeu.** *Op. cit*., pp. 356-379.

[221] RUBIO-MARÍN, Ruth. **Aborto em Portugal: novas tendências no constitucionalismo europeu.** *Op. cit*., pp. 356-379.

Há quem argumente de que não haveria comprovação empírica de que o aconselhamento dissuasivo tenha eficácia. Por isso, já seria de se presumir que no estágio inicial a proteção do nascituro seja realizada por meio da proteção da gestante, confiando na sua capacidade de decidir e se responsabilizar pela decisão tomada, sendo garantido que essa decisão deve ser consciente, informada e desejada pela gestante[222].

O Tribunal considerou neste ponto que o modelo de sistema que compreende a opção da mulher gestante como responsável e cooperante com a obrigação estatal de proteção da vida, conflita com uma ideia de modelo que pressiona a gestante e pretende fazê-la a todo custo mudar de opinião. Isto seria, por outro lado, dotado de ineficácia e desrespeito às mulheres como sujeitas de direito, fazendo a balança dos valores pesar contra a própria autonomia das gestantes.

Neste âmbito específico, é possível defender que o Estado, por meio do legislador, possa entender que a melhor forma de cumprir o seu dever de proteger o nascituro na fase inicial da gravidez é deixar sobre a gestante a responsabilidade de preservar aquela potencialidade de vida do que impor uma sanção penal que não cumpre o seu objetivo, como se pode verificar no Direito comparado alemão e brasileiro.

Por meio de um aconselhamento, a gestante é tida como interlocutora e não inimiga, de modo que a intenção é que haja uma decisão espontânea e consciente da gestante sobre o futuro do nascituro. De modo geral, tem-se que:

> (...) a solução não se apoia tanto numa reponderação dos interesses em conflito, com melhor acolhimento dos titulados pela grávida (muito embora o atendimento desses interesses decorra objetivamente da solução agora consagrada e corresponda a padrões jusculturais sobre a posição da mulher hoje largamente aceites), mas na correta compreensão, e devida valoração, da especificidade desse conflito, muito distinto dos que nascem entre dois sujeitos com vida e personalidades próprias. Foi entendido (e a experiência judiciária confirma-o) que essa especificidade rouba aos instrumentos penais a idoneidade e a eficiência de que geralmente dão mostras, pelo que, levando a sério os critérios da adequação e da necessidade, optou-se por dar preferência, no período inicial da gravidez, a uma solução que, com pleno respeito da sua liberdade decisória, faz apelo ao sentido de responsabilidade da grávida[223].

---

[222] Nestes termos: Aquele diploma operou uma verdadeira mudança do paradigma regulador, na medida em que passou a admitir uma hipótese de exclusão de punição que passa apenas, no plano das condições substantivas, pela vontade da gestante. É esta quem, em último termo, e ainda que tendo que satisfazer requisitos procedimentais, dita a preservação ou não da vida intrauterina, não ficando sujeita a punição na hipótese de se decidir pela interrupção. O juízo definitivamente relevante, a esse respeito, é o juízo subjetivo da própria grávida, não tendo ela que o submeter à apreciação, segundo critérios objetivos, de uma entidade terceira. Ainda que a intervenção desta esteja prevista, como parte num processo comunicacional que inclui uma consulta obrigatória, ela não goza de qualquer poder vinculante, impositivo de uma solução contrária à desejada pela grávida. RUBIO-MARÍN, Ruth. **Aborto em Portugal: novas tendências no constitucionalismo europeu.** *Op. cit*., pp. 356-379.

[223] PORTUGAL — Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 75/10, Processo n.º 733/07 e 1186/07, em sessão plenária, de 23 de fevereiro de 2010. *Op. cit*.

Importa ressaltar, nesse âmbito, que a decisão em análise foi inovadora na jurisprudência por utilizar a dignidade como fundamento, entendendo que a dignidade é detida de igual forma pela mulher e não se expressava apenas na vida intrauterina. A própria dignidade deve, segundo a decisão, moldar também o tipo de aconselhamento, rejeitando-se assim, a visão simplista de que mulheres grávidas que consideram o aborto o faz por razões hedonistas e egoístas. O aconselhamento especializado e individual baseia-se em dados sociológicos.

Apesar da ansiedade que gera, a decisão de abortar, com prévia reflexão e ponderação responsável sobre o valor do nascituro, bem como da possibilidade de evitar outros danos, é genuína.

O Tribunal reconheceu que a obrigação positiva de cuidar de uma pessoa por muitos anos pode sobrecarregar a própria existência de quem não se considera preparado ou apto. A Corte reconheceu que deve ser a maternidade, e não somente a gravidez, o real objeto de análise.

Ao entender-se que é a maternidade que está em questão quando se debate o aborto, o Tribunal afirma que, ao invés criminalizar o aborto e punir as mulheres, a proteção do nascituro deve recair sobre o Estado, que deve agir com vistas a controlar os fatores de risco, por meio da educação e adoção de políticas sociais que favoreçam a concepção responsável e o desejo de prosseguir com a gravidez.

A oferta de serviços de educação sexual e de planejamento familiar, bem como de condições favoráveis de vida e de trabalho, por meio de políticas sociais a favor da maternidade e da vida familiar, são os instrumentos adequados para proteção da vida do feto. Isto, sim, mostra que Estado português não é indiferente a interrupção voluntária da gestação.

Por fim, o argumento da proteção provou ser discursivamente ainda mais valioso. Concordou-se que as mulheres precisam de proteção, não somente para o trabalho da maternidade, mas também contra os danos da interrupção da gestação.

Da mesma forma que ocorreu nos debates sobre a legislação a respeito do tabaco, os autores do processo n° 733/2017 argumentaram que a liberdade das mulheres deveria ser limitada para sua própria proteção. O Tribunal aceitou que “consequências prejudiciais, incluindo aquelas de natureza não transitória, poderiam afetar o bem-estar

psicológico das mulheres em especial, com sentimentos frequentes de perda e culpa após abortos"[224].

O Tribunal, no entanto, afirmou que o legislador já tinha sido sensível ao tema ao exigir a informação para as mulheres, através do aconselhamento, das consequências possíveis, em relação à saúde por conta da interrupção e pela necessidade do procedimento ser feito por um médico em um estabelecimento de saúde que possua autorização legal.

Por fim, as proibições a interrupção voluntária não serviriam para proteger as mulheres. Ao contrário, a provável consequência seria que muitas mulheres recorreriam a abortos inseguros, pondo em risco sua saúde. Na verdade, se o objetivo é verdadeiramente a proteção da saúde das mulheres, o que deveria estar em foco deveria ser as políticas sociais que se ocupassem de tornar a maternidade responsável cada vez mais acessível, uma vez que "a melhor proteção da vida pré-natal é a proteção da vida existente", como bem observou o Tribunal [225].

[224] PORTUGAL — Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 75/10, Processo n.º 733/07 e 1186/07, em sessão plenária, de 23 de fevereiro de 2010. *Op. cit*.
[225] *Idem*.

4. TRIBUNAL CONSTITUCIONAL PORTUGUÊS E SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL BRASILEIRO: LEGISLADORES POSITIVOS?

Conforme já destacado, um dos argumentos utilizados para rechaçar a atuação mais "ativa" do Supremo Tribunal Federal e do Tribunal Constitucional em Portugal diz respeito à afronta ao Princípio da Separação dos Poderes, supondo-se atuar enquanto legislador positivo.

De fato, originalmente, a função precípua conferida às Cortes Constitucionais foi a de atuar enquanto legislador negativo, competindo-lhe apenas a retirada da eficácia jurídica de dispositivos, ou mesmo de expressões e interpretações dos atos normativos impugnados que fossem considerados inconstitucionais, sob pena de usurpar função do Parlamento. Contudo, esta atuação não se mostrou suficiente, principalmente no que concerne às omissões legislativas verificadas.

A configuração histórica, filosófica e jurídica ganhou novo contexto e contornos frente aos desafios trazidos pela contemporaneidade. Dentro desta perspectiva e, partindo-se de uma análise feita sobre aplicabilidade das normas constitucionais[226], alguns irão concluir que a grande diferença entre a concepção clássica de aplicação das normas constitucionais da concepção contemporânea estará justamente na forma de interpretar a efetividade do Direito Constitucional. Nesse viés, o que se convencionou de "Neoconstitucionalismo" seria então o Direito Constitucional "inserido no paradigma do Estado Democrático de Direito, alicerçado no reconhecimento e na defesa da dignidade da pessoa humana, visando à concretização dos direitos fundamentais"[227]. Ou seja, a mudança se daria na própria hermenêutica constitucional.

Enquanto o positivismo sobrelevaria a ideia de uma função meramente descritiva, ou seja, apenas relatando o que é o direito, deixando de prescrever o que é o direito, o que "dever ser", surgiriam ao longo do tempo posições que seriam mais radicais quanto à prescritibilidade do direito. Neste sentido, Luís Roberto Barroso, quanto à efetividade das normas constitucionais, assevera pela "materialização, no mundo dos

[226] SILVA, José Afonso da — **Aplicabilidade das normas constitucionais**., p. 129.
[227] LOBO, Bárbara Natália Lages — Interpretações atuais sobre o adicional de penosidade: o fenômeno da constitucionalização e seus reflexos no direito do trabalho. p. 123.

fatos, dos preceitos legais e simboliza a aproximação, tão íntima quanto possível, entre o dever-se normativo e o ser da realidade social[228].

Da digressão histórica traçada anteriormente quanto ao papel que foi gradativamente atribuído ao Poder Judiciário ao longo dos anos, mormente após a 2ª Guerra Mundial, nota-se que a própria concepção quanto aos seus limites acaba sendo redimensionada. Neste sentido, e já enfrentando uma agenda programática do Estado Social, as Cortes Constitucionais são chamadas a lidar com a omissão legislativa, bem como o enfrentamento da reduzida ou mesmo ausência de eficácia de normas constitucionais.

Sem aprofundar na árdua tarefa de conceituar o polêmico e polissêmico termo "neoconstitucionalismo", que, de fato, foi trazido no plural conforme se verifica na coletânea intitulada Neoconstitucionalismo (s), organizada pelo jurista mexicano Miguel Carbonell, temos que esta ideia reverberou sobremaneira teoria constitucional brasileira nas últimas décadas, principalmente após a publicação da mencionada obra[229]. Neste sentido, e em que pese a dificuldade conceitual, um traço bastante marcante[230] diz respeito à preocupação com a devida concretização dos direitos fundamentais. Assim, atribui-se ao Poder Judiciário outras funções, inclusive efetuar o controlo da inconstitucionalidade por omissão. Em outras palavras, não competiria às cortes constitucionais apenas um controlo constitucional da ação legislativa, do conteúdo de uma lei já editada, mas também fazer valer os direitos fundamentais, conferindo efetividade e concretude mesmo diante da inercia, da inação do Poder Legislativo.

É no bojo desta discussão que surge um outro grande questionamento, qual seja, o papel que deve ser conferido ao julgador, haja vista esta possibilidade de uma postura proativa visando a concretização dos direitos fundamentais que não se limita aos limites da lei.

Como já tivemos oportunidade de abordar anteriormente, e para além de delimitar as razões, o fato é que as Cortes Constitucionais vêm assumindo um espaço de protagonismo ao longo dos últimos anos, por vezes diante da própria inércia do Poder Legislativo. Nesse sentido, o Ministro do STF – Supremo Tribunal Federal brasileiro,

---

[228] LOBO, Bárbara Natália Lages — Interpretações atuais sobre o adicional de penosidade: o fenômeno da constitucionalização e seus reflexos no direito do trabalho. *Op. Cit*., p. 124.

[229] SARMENTO, Daniel — O neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades, pp. 1-39.

[230] Outras características do Neoconstitucionalismo seriam: a) constituição rígida; b) garantia jurisdicional da constituição; c) a força vinculante da Constituição; d) a sobre interpretação da Constituição; e) a aplicação direta das normas constitucionais; e f) a influência da Constituição sobre as relações políticas. GUASTINI, Ricardo — Sovranità popolare, legge, giurisdizione, p. 176.

Luís Roberto Barroso afirma que "O papel do Judiciário e, especialmente, das cortes constitucionais e supremos tribunais deve ser o de resguardar o processo democrático e promover os valores constitucionais, superando o déficit de legitimidade dos demais Poderes"[231]. E, nesta esteira, imaginar que o Legislativo possa agir com irresponsabilidade diante da omissão inconstitucional do dever de legislar, seria danoso ao princípio da eficiência da Administração Pública, além de contrariar os ditamos do paradigma do Estado Democrático de Direito, porquanto impeditivo dos direitos fundamentais[232,233].

Neste ponto, reputa-se importante consignar pesquisa realizada pelo Instituto Brasileiro de Opinião Pública e Estatística (IBOPE), destacando maior índice de confiança no judiciário do que no legislativo e seus respectivos parlamentares brasileiros[234].

Esta mudança paradigmática foi muito bem retratada por Daniel Sarmento ao notar que após a 2ª Guerra Mundial saímos da cultura "legicêntrica"[235] onde os direitos fundamentais somente seriam protegidos se previstos em lei e, não raro, deixavam de proteger contra a maioria disposta no parlamento. Destarte, frente às barbáries perpetradas, houve o gradativo fortalecimento da jurisdição constitucional, com mecanismos mais potentes e, inclusive, possibilidade de atuação em face do próprio legislador. Neste sentido, teria havido uma aproximação entre as constituições na Europa daquela existente nos Estados Unidos que, desde os primórdios do constitucionalismo, acabou por atribuir característica de autêntica norma jurídica, limitando o exercício do Poder Legislativo e justificando a invalidação de leis. Todavia, destaca um ponto

---

[231] BARROSO, Luis Roberto — Neoconstitucionalismo e Constitucionalização do Direito. O triunfo tardio do direito constitucional no Brasil, pp. 1–42.

[232] LOBO, Bárbara Natália Lages — Interpretações atuais sobre o adicional de penosidade: o fenômeno da constitucionalização e seus reflexos no direito do trabalho. *Op. cit.,* p. 127.

[233] Esta inércia fica muito patente no voto do Min. Sepúlveda Pertence no MI nº 283 –DF quando asseverou: "lamento, em casos como este, que o direito positivo – segundo a orientação da Corte, à qual, em termos dogmáticos, me mantenho solidário -, não dê instrumentos mais eficazes, pelo menos, para induzir à urgência no suprimento da omissão inconstitucional do Poder Legislativo, cuja persistência frustra a eficácia da Constituição e pode eventualmente engajar a responsabilidade patrimonial do Estado."

[234] Foram analisados os índices de confiança Social no período de 2009 a 2012 e em relação à confiança nas Instituições trouxe dados interessantes, quais sejam: Na percepção da população brasileira, o Poder Judiciário é mais confiável que o Congresso Nacional e os Partidos Políticos, posto que, em uma escala de 0 a 100 obteve 53 (2009), 53 (2010), 49 (2011) e 53 (2012) frente à 35 (2009), 38 (2010), 35 (2011) e 36 (2012) obtidos pelo Congresso Nacional e 31(2009), 33 (2010), 28 (2011) e 29 (2012) obtidos pelos Partidos Políticos. IBOPE — Confiança nas Instituições

[235] No sentido de que representa "consequência do esgotamento das categorias de interpretação propostas pelo positivismo jurídico, mormente em relação ao seu legicentrismo.". SAMPAIO, José Adércio Leite — **Teoria da Constituição e dos Direitos Fundamentais**, p. 183.

importante, pois a Constituição norte-americana é sobremaneira sintética[236]. De fato, essa última ressalva influi nas conclusões a serem feitas quanto ao papel desenvolvido pelo Tribunal Constitucional Português e, mais especialmente, no que concerne ao Supremo Tribunal Federal no Brasil, conquanto seja nítido o caráter analítico da CR/88.

No caso do Brasil, fica nítido que o STF atua em múltiplas funções, sendo uma delas a de Corte Constitucional, contudo, dentro de um sistema que se mostra bastante complexo e, por vezes, disfuncional. Nesse sentido, resta nítido que existe um sobrecarga, com um volume expressivo de demandas, em parte explicado pelo viés analítico de nossa Constituição, mas também pela ampliação de mecanismos de controlo concentrado, ampliação de seus legitimados ativos, além da possibilidade do controlo pela omissão legislativa e a introdução do novo mecanismo que é a Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental[237]. Para o autor, esta "sistemática de jurisdição constitucional adotada pelo constituinte favoreceu, em larga medida, o processo de judicialização da política".

Vale ainda visualizar a questão sob um duplo viés. De um lado, ao longo da história houve uma ampliação de direitos reconhecidos em lei, visando dar guarida à ideia trazida pelo estado de bem-estar social, portanto, à própria ideia descritiva do direito traçada pelo positivo amplia o rol de direitos plasmados na lei que serão postos em algum momento sob análise do judiciário. De outra banda, há também a introdução de uma postura criativa por parte do próprio poder judiciário, o que se convencionou chamar de "ativismo judicial", que também implica em ampliação do volume.

Dentro destas novas atribuições conferidas ao magistrado, por vezes não lhe compete apenas julgar a causa, mas dar uma resposta proativa, intervencionista e criadora que se aproxime do modo típico de atuação dos representantes políticos. Neste sentido, o sistema brasileiro de controle de constitucionalidade "é um dos mais abrangentes do

---

[236] SARMENTO, Daniel — O neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades. *Op. Cit.* pp. 95-134.

[237] Daniel Sarmento esclarece que a "Assembleia Constituinte de 1987/1988, que coroou o processo de redemocratização do país, quis romper com este estado de coisas, e promulgou uma Constituição contendo um amplo e generoso elenco de direitos fundamentais de diversas dimensões – direitos individuais, políticos, sociais e difusos - aos quais conferiu aplicabilidade imediata (art. 5º, Parágrafo 1º), e protegeu diante do próprio poder de reforma (art. 60, Parágrafo 4º, IV). Além disso, reforçou o papel do Judiciário, consagrando a inafastabilidade da tutela judicial (art. 5º, XXXV), criando diversos novos remédios constitucionais, fortalecendo a independência da instituição, bem como do Ministério Público, e ampliando e robustecendo os mecanismos de controle de constitucionalidade. SARMENTO, Daniel — O neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades. *Op. Cit.*

mundo e, associado ao princípio da inafastabilidade da tutela jurisdicional e a proibição do *non liquet* são apontados como possíveis causas do ativismo judicial"[238].

Portanto, para além das questões mais tradicionais de Direito Público, o Supremo tem se defrontado com novos temas, por vezes fortemente impregnados de conteúdo moral, como a Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54 que tivemos oportunidade de analisar no capítulo antecedente[239]. Dentre as características centrais desse novo paradigma jurídico-constitucional, destaca-se a crescente valorização dos princípios jurídicos, acompanhada da adoção de métodos interpretativos mais abertos e flexíveis no âmbito da hermenêutica jurídica. Nesse contexto, ganha relevo a técnica da ponderação, bem como a ampliação da argumentação jurídica para além da estrita legalidade formal, admitindo-se o diálogo com a moral, sem, contudo, incorrer nas categorias metafísicas próprias do jusnaturalismo clássico. Soma-se a isso o reconhecimento da constitucionalização do Direito como fenômeno estruturante da ordem jurídica, bem como a afirmação de um papel proeminente do Poder Judiciário na concretização e implementação dos valores e objetivos inscritos na Constituição[240].

Por óbvio que nem toda atividade criativa do judiciário será uma afronta entre poderes, pois a própria atividade interpretativa demanda a interação entre a legislação e o julgador, sendo que ainda se somam os próprios efeitos da linguagem. Não seria, portanto, falar em "verdade" na interpretação como se fosse um dado pré-existente à compreensão, mas se trata de uma "verdade" construída dialogicamente pelo intérprete com o texto[241]. Quanto à projeção e protagonismo do Poder Judiciário, tanto em Portugal como no Brasil, afirma-se que são: "o reflexo do processo de democratização de ambos os países, fenômeno que, aliás, se tem verificado em praticamente todos os países ocidentais. A atribuição do controle da constitucionalidade das leis, difuso ou concentrado, reafirma o seu papel político, em igualdade com os demais poderes."[242].

Quanto ao papel desenvolvido enquanto legislador positivo, as opiniões são bastante divergentes. O Ministro Gilmar Mendes, é bastante firme ao afirmar que os números ressaltariam a importância do controle de constitucionalidade no ordenamento jurídico brasileiro, a demonstrar que: "enquanto pretenso 'legislador

---

[238]GOMES, Fernando — *Op. cit*., 2016. p. 245.
[239] SARMENTO, Daniel — O neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades. *Op. Cit.* p. 100.
[240] *Idem*, p. 104.
[241] GADAMER, Hans-Georg — **Verdade e método: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica,** p. 95.
[242] SIFUENTES, Mônica — **Súmula Vinculante: um estudo sobre o poder normativo dos tribunais**, p. 186.

negativo', o Supremo Tribunal Federal – bem como qualquer outra Corte com funções constitucionais – acaba por exercer um papel de 'legislador positivo'. Para ele este "poder de eliminar alternativas normativas contém, igualmente, a faculdade de, por via direta ou transversa, indicar as fórmulas admitidas ou toleradas."[243] .

Para Alexandre de Moraes destacam-se algumas hipóteses em que o Supremo Tribunal Federal atua de forma ativa ao "conceder interpretações conforme a Constituição, declarações de nulidade sem redução de texto, e, ainda, mais recentemente, a partir da edição da Emenda Constitucional nº 45/04, a autorização constitucional para editar, de ofício, Súmulas Vinculantes".

Rosário apud Fernanda Palma, também recorda que: "A única «fórmula» que impede que um juiz constitucional seja um legislador negativo, é que este seja um "intérprete da constituição". Para tal, isto não pode ultrapassar as barreiras e as limitações que lhe são impostas, de forma a não invadir as competências de outro poder do Estado."[244].

Entretanto, José Joaquim Gomes Canotilho faz a advertência de que embora não haja uma separação absoluta de funções, "o princípio da separação exige, a título principal, a correspondência entre o órgão e a função e só admite excepções quando não for sacrificado o seu núcleo essencial"[245].

Para Canotilho, a tarefa de concretizar pertence prioritariamente a outras instâncias que não aquelas entidades que efetuam o controlo de constitucionalidade, contudo, "a força dirigente das normas constitucionais vincula todos os poderes públicos (mesmo os de controlo)", competindo aos tribunais "aplicar e a concretizar essas normas, não obstante a sua eventual abertura ou indeterminabilidade". O mesmo ocorre quanto "aos preceitos consagradores de direitos, liberdades e garantias (art. 18. °/1)"[246].

Quanto às sentenças aditivas, vale ainda registrar o pensamento de F. Rubio, ao afirmar que este tipo de mecanismo acaba por incluir um novo conteúdo normativo àquele preceito legal. Agindo assim, acabaria por atuar como um legislador às cegas, que avançaria para além dos limites de sua competência, ou ao menos fora do modelo

---

[243] MENDES, Gilmar Ferreira. — Teoria da Legislação e Controle de Constitucionalidade: Algumas Notas, pp. 1-8.

[244] *"la única «fórmula» de impedir que un juez constitucional sea un legislador negativo, es que este sea un "intérprete de la constitución». Para tal, este no puede ultrapasar las barreras y las limitaciones que le son impuestas, de forma a no «invadir» las competencias de otro poder del Estado."* TROVÃO, Pedro Rosário — Tribunal Constitucional ¿Un Legislador Negativo o Positivo? *Op. cit*. p.732.

[245] CANOTILHO, J. J. Gomes — **Direito constitucional e teoria da constituição.** Coimbra: Almedina, 2003. *Op.Cit*. p. 917.

[246] *Idem*, p. 897.

originalmente pensado. Desta forma, a sentença aditiva supõe uma extensão daquele preceito normativo e, claramente introduziria uma lei tanto para os juízes, quanto para os Tribunais ordinários. Tudo isso, fora daquilo que teria querido o legislador.[247] Para concluir que "As frases interpretativas e as frases manipulativas, aditivas e substitutivas são bastante mais complexas e implicam uma atuação «criativa dos direitos», deixando de ser meros legisladores negativos e assumindo o papel de legislador positivo"[248].

Contrários à ideia de o STF atuar enquanto legislador positivo, pode-se citar, além dos votos vencidos e já examinados na ADPF 54, a decisão do Ministro Moreira Alves, no julgamento da Representação n. 1451-7, STF. O Ministro Celso de Mello na ADI 1063-8-DF assentaria o posicionamento de que a regra é não "transformar o Supremo Tribunal Federal, indevidamente, em legislador positivo, eis que o poder de inovar o sistema jurídico, em caráter inaugural, constitui função típica da instituição parlamentar.", a não ser "excepcionalmente, quando haja uma violação evidente e arbitrária, pelo legislador, da incumbência constitucional", conforme parece ser o caso da decisão prolatada na ADPF 45 acima descrita.

Dentre as críticas dirigidas ao Brasil, fala-se na ampliação de decisões lastreadas em fórmulas abstratas e princípios constitucionais, bem como utilização das sentenças aditivas (caso da ADPF 54) e os polêmicos casos de mutações constitucionais, (por exemplo, a emblemática análise do art. 52, X da CR/88). Além disto, na ampliação da assunção da responsabilidade pela concretização dos direitos prestacionais em desconsideração ao poder de conformação legislativo sem a devida análise das consequências financeiras (por exemplo, discussões que envolveram direito à saúde) [249].

Conforme mencionado anteriormente, o neoconstitucionalismo rompe com uma leitura clássica do princípio da separação de poderes, afrouxa os rígidos limites impostos à atuação do Poder Judiciário, dando azo a maior atuação judicial para que se defenda e concretize valores constitucionais. Fala-se em teorias de democracia mais substantivas, que endossam e legitimam restrições ao próprio legislador conquanto se

[247] RUBIO, F. — La jurisdicción constitucional, p. 38.

[248] "*las sentencias interpretativas y sentencias manipulativas, aditivas y substitutivas son bastante más complejas e implican una actuación «creativa de los jueces», dejando de ser meros legisladores negativos y asumiendo el papel de legislador positivo".* TROVÃO, Pedro Rosário — Tribunal Constitucional ¿Un Legislador Negativo o Positivo? *Op. cit*. p.734.

[249] SACRAMENTO, Bruno — Déficits e Disfunções no Controle de Constitucionalidade em Portugal e no Brasil. *Op. Cit*. p. 325.

resguarde os direitos fundamentais e proteção das minorias, com esta possibilidade de fiscalização, mesmo por juízes não eleitos[250].

Em que pese as ressalvas feitas quanto à evolução histórica do papel atribuído ao Poder Judiciário, portanto, sendo necessário verificar este contexto para uma mais adequada posição sobre sua substituição ao poder legislativo. E, mesmo considerando as novas concepções trazidas pelo Neoconstitucionalismo frente às omissões legislativas, existem sérios questionamentos sobre os excessos cometidos por alguns tribunais Constitucionais.

Particularmente quanto ao Supremo Tribunal Federal, existe mais ou menos um consenso quanto ao seu excesso de protagonismo ao longo dos últimos anos, o que acaba por tangenciar o "núcleo essencial do princípio da separação de poderes."[251].

Dentre os instrumentos utilizados no Brasil que externam esta postura mais assertiva de protagonismo, destacam-se: a súmula vinculante, o mandado de injunção, individual e coletivo, além de uma verdadeira escalada ativista que encontrariam fundamentação tanto dogmática quanto institucional.

Quanto às justificativas dogmáticas, seriam citados o desenvolvimento do chamado constitucionalismo brasileiro da efetividade visando a aplicação da constituição independente de qualquer intermediação legislativa, tendo como grande mérito, instalar no "senso-comum dos operadores do Direito a ideia de que a Constituição é norma". Ademais, com o dogma do pós-positivismo constitucional que proporcionou a divulgação, no Brasil, das teorias dos princípios de Ronald Dworkin e Robert Alexy, fomentando discussões sobre ponderação de interesses, proporcionalidade e eficácia dos direitos fundamentais. Por fim, ainda haveria uma influência dogmática da obra já mencionada de Carbonell, Neoconstitucionalismo (s), publicada em 2003[252].

É interessante notar a força que as ideias de Ronald Dworkin e Robert Alexy reverberaram no Brasil, em pesquisa efetuada no ano de 2019 pela AMB - Associação dos Magistrados Brasileiros, dentre as obras acadêmicas e filosóficas mais citadas pelos magistrados entrevistados, houve "destaque para obras de Robert Alexy, Hans Kelsen e Dworkin (tabela 63c)"[253].

---

[250] SARMENTO, Daniel — O neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades. *Op. cit*., p. 117.
[251] *Idem*. p. 117.
[252] *Idem*.
[253] AMB – ASSOCIAÇÃO DE MAGISTRADOS BRASILEIROS - **Quem somos. A magistratura que queremos.**

Ainda quanto à escalada da atuação judicial no Brasil, do ponto de vista institucional, Luís Roberto Barroso aponta a crise de representatividade e funcionalidade do próprio Poder Legislativo como uma das razões que fazem com que o Supremo se movesse para fora da regra, que é a autocontenção. E, assevera, ainda, que haveria, por vezes, uma identificação maior com os juízes que os próprios parlamentares.[254] Não é despiciendo mencionar que o parlamento brasileiro não passa exatamente por um de seus melhores momentos do ponto de vista de credibilidade institucional, sendo válido mencionar que um dos temas que tem sobressaído no atual debate político no Brasil diz respeito ao chamado "orçamento secreto" alcunha pejorativa atribuídas às emendas do relator (classificadas pelo indicador RP 9) no âmbito do Congresso Nacional. O dito orçamento, cujo valor vultuoso[255] pode ser utilizado com pouca ou quase nenhuma transparência, gerou uma série de controvérsias que foram, inclusive, objeto da ADPF 854/DF[256].

Dentre os instrumentos que, como dito, tangenciam este núcleo essencial do princípio da separação de poderes, são apontadas as Súmulas Vinculantes previstas na atual redação do artigo 103 da Constituição (regulamentado pela Lei nº 11.417/2016), cuja crítica assenta justamente na imposição de tese com força de lei. Portanto, por força desta abstração e generalidade atribuída às Sumulas Vinculantes, acaba por exercer função que corre em paralelo ao Legislativo (exemplo emblemático é a Súmula Vinculante nº 13 que trata do nepotismo, com base em uma série de princípios constitucionais)[257].

Outro instrumento que merece destaque é o mandado de injunção, mais precisamente a "virada concretista" que ocorreria no STF transpondo entendimento anterior haja vista reiterada inércia do Poder Legislativo brasileiro, mesmo após manifestação do Supremo Tribunal Federal De fato, o então Advogado, Luís Roberto

---

[254] SACRAMENTO, Bruno — Déficits e Disfunções no Controle de Constitucionalidade em Portugal e no Brasil. *Op. Cit*. p. 340.

[255] Para se ter uma dimensão, no ano de 2023 o valor das chamas "Emendas do Relator" poderia ultrapassar os 19 (dezenove) bilhões de reais. SANT´ANA, Jéssica; CASTRO, Ana Paula; MARTELLO, Alexandro. **Orçamento de 2023: governo prevê R$ 38,8 bilhões para emendas parlamentares.** [Em linha] [Consult. 22 set. 2022]. Disponível em: https://g1.globo.com/economia/noticia/2022/08/31/orcamento-de-2023-governo-preve-r-r-388-bilhoes-para-emendas-parlamentares.ghtml.

[256] BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL 854. Relatora: Ministra Rosa Weber: [em linha] [Consult. 22 set. 2022]. Disponível em: https://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADPF854113decisao_monocratica11.pdf

[257] Para Elival da Silva Ramos, uma *atividade normativa atípica*. RAMOS, Elival da Silva — **Controle de constitucionalidade no Brasil: perspectivas de evolução**, p. 318.

Barroso chegou a escrever artigo sobre o "Mandado de Injunção: o que foi sem nunca ter sido – uma proposta de reformulação". Assim, dentro desta nova postura, destaca-se a decisão proferida no MI nº 708[258].

Pela decisão ao direito de greve dos servidores públicos (artigo 37º, VII) seria aplicado como parâmetro provisório a regulamentação contida na Lei n. 7.783/89 relativo à iniciativa privada (Mandados de Injunção n^{os} 670, 708 e 712). Note-se, desta feita que ao Mandado de Injunção, após a regulamentação por meio da Lei 13.300/2016 e o estabelecimento da possibilidade de se atribuir eficácia *erga omnes* à decisão quando "indispensável ao exercício do direito, da liberdade ou da prerrogativa objeto da impetração", previsão §1º do art.9º, teria surgido um poder normativo atípico do Supremo Tribunal Federal[259]. Para alguns, isto teria importado em "ativismo proativo" que fere a necessidade de autocontenção.

Ressalva feita por Manoel Gonçalves Ferreira Filho, justamente quanto à inércia persistente do Legislativo quanto à regulamentação dos parâmetros da greve no serviço pública, sendo "melhor norma provisória que pendencia completa da normatização"[260].

Além dos 3 instrumentos acima destacados que, em certa medida, ampliaram o caráter normatizador do Supremo Tribunal Federal, acresce-se, como dito anteriormente, uma escalada da atuação judicial que pode ser encarada como disfunção do neoconstitucionalismo a depender da forma como encaramos a questão.

Esta ampliação do papel atribuído ao Supremo Tribunal Federal passa, ademais, por questionamentos quanto à superexposição midiática, seja pelas transmissões ao vivo das sessões de julgamento ou manifestações públicas de alguns ministros[261] sobre matérias objeto de julgamento.

Além do protagonismo midiático, fala-se também em protagonismo político, ou seja, não tem evitado postura "ativista", por exemplo ao definir o rito do "*impeachment*, interferiu na tramitação de leis, anulou nomeação de ministros de Estado e afastou o Presidente da Câmara e o do Senado". Ademais, e como já restou consignado anteriormente, também há questionamentos quanto ao volume de liminares e decisões

[258] BRASIL — Supremo Tribunal Federal. MI nº 708. Rel. Min. Gilmar Ferreira Mendes. Pleno. J. 25.10.2007. DJU 31.10.2008. [em linha] [Consult. 22 set. 2022]. Disponível em: https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/stf/14725991

[259] RAMOS, Elival da Silva — **Controle de constitucionalidade no Brasil: perspectivas de evolução.** *Op. cit.,* p. 319.

[260] FERREIRA FILHO, M. G. — Curso de Direito Constitucional. 40ª ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 139.

[261] Estaríamos diante de uma exposição extrajudicial. Idem, p. 140.

monocráticas. Este último dado é, inclusive, apontado como uma das mais graves distorções, haja vista: (i) o excesso de poder individual dos ministros; (ii) a baixa qualidade – ou mesmo ausência – de deliberação e a chamada dispersão de fundamentos[262].

Perde-se em colegialidade e acaba-se dando margem para exercício distorcido de prerrogativas excessivas que podem acabar configurando "apropriação individual de um poder institucional", vez que dentro de uma assoberbada agenda, competirá à presidência a discricionariedade de eleger os processos que serão incluídos na pauta, lado outro, para que possa incluir em pauta haverá necessidade de prévio pedido do relator a quem, compete, nesta medida, deliberar o que será objeto de julgamento. Apenas para ilustrar, no caso da ADPF 54 que tivemos oportunidade de examinar, o Ministro Marco Aurélio, após ver sua liminar ser revogada apenas três meses depois pelo plenário, somente retornaria o processo para pauta no ano de 2012, após ingresso de quatro novos ministros no Tribunal[263, 264].

Fica patente que o poder atribuído individualmente é sobremaneira grande sendo certo que não se está a negar pedido de vista, destaque ou outra medida ao julgador, contudo, Conrado Hübner Mendes nos alerta que estas medidas deveriam ser excepcionais, competindo ao julgador um ônus argumentativo e após esfoço no sentido de deliberações coletivas[265].

Alguns dados sobre a concessão de decisões monocráticas são alarmantes, uma vez que corresponderam a 93% das decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal entre os anos de 1992 e 2013[266], além de dizerem respeito sobre temas de extrema relevância, inclusive de cunho político, ademais, por vezes decisões monocráticas que são

---

[262] SACRAMENTO, Bruno — Déficits e Disfunções no Controle de Constitucionalidade em Portugal e no Brasil. *Op. Cit*. p. 321.

[263] Ainda sobre a atuação estratégica para adiar ou evitar a manifestação do plenário, cf. FALCÃO, J.; ARGUELHES, D. — **Onze supremos: o supremo em 2016**. p. 22.

[264]Ainda podemos citar a ADI 4851 de relatoria do Ministro Dias Toffoli que desde o ano de 2012 tramita no STF, sendo que deixou de colocar em pauta enquanto era o relator, sendo certo que também deixou de incluir em pauta enquanto exerceu a presidência do STF e, ainda, solicitou pedido de destaque dos autos em 11.11.2020, causa novo atrasado no julgamento que ainda encontra-se pendente de decisão quanto à uma série de indivíduos que, por meio de lei estadual, assumiram cartórios no estado da Bahia sem concurso público.

[265] SACRAMENTO, Bruno — Déficits e Disfunções no Controle de Constitucionalidade em Portugal e no Brasil. *Op. Cit*. p. 321.

[266] Conforme o relatório Projeto Supremo em Números (FGV), as decisões monocráticas correspondem a 93% das decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal entre os anos de 1992 e 2013. As duas Turmas são responsáveis por 3% das decisões, cada uma, enquanto que o Plenário alcança apenas 1%. [Em linha] [Consult. em: 29 ago. 2022]. Disponível em: http://www.fgv.br/supremoemnumeros/.

contrárias às próprias decisões antecedentes do pleno, como no emblemático caso da possibilidade de execução provisória da pena após a condenação de segunda instância [267].

Outros pontos de crítica às decisões da Suprema Corte brasileira dizem respeito ao seu caráter agregativo, ou seja, as decisões não decorrem de um consenso obtido por meio de deliberação, mas pela soma de conclusões, valora-se apenas o dispositivo. Isso prejudica e também desvirtua de alguma forma tanto a interpretação quanto aplicação e garantia da própria Constituição[268]. Neste aspecto, guarda grande diferença com o sistema português, vez que não se exige necessária concordância quanto à fundamentação, podendo ocorrer, como dito, a dispersão do fundamento[269]. Desta forma, a decisão perde um traço muito importante que diz respeito à exigência de que a argumentação "recaia em pontos que possam ser racionalmente expostos e que permitam a sua legitimação pelo procedimento que a antecede e pelo seu conteúdo"[270].

Note-se que esta característica pode conduzir à esdrúxula situação de haver um resultado, mas não ser possível aferir o exato entendimento da Suprema Corte brasileira sobre aquela matéria posta sob análise. Portanto, dificulta-se o controle sobre as decisões, diminuindo tanto a legitimidade quanto a capacidade de formação de precedentes[271] .

Além do caráter agregativo, o STF possui um "processo deliberativo externo", ou seja, não há momento em reservado entre os ministros, que vão plenário desconhecendo o voto dos demais[272]. Nesse sentido, e aliado ao problema mediático que já foi destacado anteriormente, por vezes os ministros estão mais preocupados com o próprio voto e desempenho que na qualidade da deliberação[273]. E, especialmente quanto aos casos de maior relevância, por vezes levam votos já prontos o que reduz sobremaneira

[267] FALCÃO, J.; ARGUELHES, D — **Onze supremos: o supremo em 2016**. *Op. cit*., p. 23-24.
[268] SACRAMENTO, Bruno — Déficits e Disfunções no Controle de Constitucionalidade em Portugal e no Brasil. *Op. Cit*.. p. 349.
[269] Essa é a interpretação consolidada do artigo 173º do Regimento Interno do Supremo, cuja redação refere que proclamar-se-á a inconstitucionalidade ou a constitucionalidade do preceito ou do ato impugnados, se num ou noutro sentido se tiverem manifestado seis Ministros.
[270] PERELMAN, Chaïm; OLBRECHTS-TYTECA, Lucie — Tratado da argumentação: a nova retórica, p. 87. No mesmo sentido: ALEXY, Robert. Teoria da argumentação jurídica: a teoria do discurso racional como teoria da justificação jurídica, p. 76.
[271] Sobre esse aspecto, cf. MELLO, Celso de — Precedentes viculantes nos Estados Unidos da América e no direito brasileiro: um estudo comparado. p. 277.
[272] Embora alguns relatores disponibilizem a minuta de voto previamente, esta não é uma praxe, tampouco fazê-lo com certa antecedencia que possibilite uma melhor qualidade de deliberção..
[273] Para Virgílio Afonso da Silva, são características do regime de deliberação externa a desagregação argumentativa e a fragmentação da deliberação. SILVA, Virgílio Afonso da — O STF e o controle de constitucionalidade: deliberação, diálogo, e razão pública, p. 201.

a importância do debate frente ao colegiado e empobrece o debate[274,275]. Neste aspecto, é bastante diferente da prolação das decisões em Portugal.

Veja-se que não se trata de questionar a liberdade interpretativa frente aos "vários sentidos" de uma norma, nem negar esfera de "liberdade" ao interpretar o texto, frente a este poder criativo que hoje se atribui ao intérprete, mas afastar ato de vontade, produto do "poder" atribuído ao julgador. Assim, "na esteira da hermenêutica fenomenológica, o uso da "convicção pessoal do juiz" como fundamento para a prática de arbitrariedades na prolação da decisão deve ser afastado da função jurisdicional[276].

Quanto à enorme diferença entre o número de Ações Declaratórias em Portugal e no Brasil, alguns estudos apontaram que "isso resulta de normas sobre a admissibilidade da proposição de ações de inconstitucionalidade, da quantidade de requerentes legitimados e das restrições que esses atores têm quanto ao escopo de temas jurisdicionáveis ao controle abstrato dos Tribunais Constitucionais. Outro paralelo identificado diz respeito ao acolhimento de algumas demandas. Neste sentido, e a título comparativo, consigne-se que o STF acolheu favoravelmente somente 40% das demandas de legitimados federais contra normas estaduais. Dentre as razões que podem ser trazidas para o índice brasileiro de sucesso de controle de constitucionalidade ser a metade da taxa portuguesa, destaca-se uma particularidade quanto à legitimidade ativa. Assim, a maioria das demandas de ADIs foi proposta por "organizações sociais (confederações e associações nacionais), algo que não existe similar em outros países, e partidos políticos, que conquistam baixas taxas de sucesso"[277]. No caso da ADPF 54, inclusive, houve a interposição por uma confederação.

Não há como terminar este capítulo sem reafirmar que tanto o Tribunal Constitucional Português quanto o Supremo Tribunal Federal Brasileiro não são legisladores positivos, ou seja, não têm o poder de criar leis. Ambas as instituições são órgãos do poder judiciário e desempenham funções interpretativas e de controle da constitucionalidade das leis, mas não têm competência para elaborar legislação.

---

[274] Para Conrado Hübner Mendes, esse procedimento aponta para um *descaso* relativo à opinião dos outros membros. Além disso, alerta o autor, «não se faz sequer um esforço de composição de votos que alcançam um mesmo ponto de chegada», parecendo não haver «consciência do valor da convergência de posições individuais». MENDES, Conrado Hübner — Desempenho deliberativo de cortes constitucionais e o STF, p. 337-361.

[275] SILVA, V. A. — Deciding without deliberating, p. 584.

[276] COSTA, R.O. — Entre o direito e a política: a criatividade e o "fechamento hermenêutico" no exercício da jurisdição constitucional, p. 703.

[277] DE LIMAS TOMIO, F.; ROBL FILHO, I — Controle abstrato e concentrado de constitucionalidade comparado (Brasil, Portugal e Angola) e seus efeitos nas instituições sociais e jurídicas, p. 185.

Entretanto, também não há como se negar que nos últimos anos, de forma mais explicita nos últimos 8 anos, desde o processo de destituição da Presidenta Dilma Roussef há um movimento de judicialização da política no Brasil, processo este atravessado por questões de ordem moral e ideológica, as próprias recentes indicações realizadas pelos presidentes da Republica ao Tribunal, refletem esta tendência, vejamos no caso da indicação realizada pelo então presidente Jair Bolsonaro as principais mídias Brasileiras noticiavam que o presidente indicaria um nome "terrivelmente evangélico" para o STF, e no caso da ainda mais recente indicação desta vez feita pelo presidente Luís Inácio Lula da Silva, as manchetes diziam: Lula indica comunista ao STF.

Ora seria de se esperar, por se tratar do supremo tribunal que não têm por função elaborar a lei, e sim garantir o cumprimento da mesma, que os fatos destacados nos noticiários versassem sobre o mérito profissional dos indicados, seus históricos de atuação e não sobre suas preferências ideológicas.

A judicialização da política refere-se ao fenômeno em que questões políticas são levadas aos tribunais para serem decididas, muitas vezes resultando em decisões judiciais que influenciam diretamente o curso das políticas públicas e das instituições políticas. Inspirados em uma coluna de Mirian Leitão (Jornalista/colunista do Jornal o Globo), ousamos aqui trazer alguns apontamentos, ou melhor, pensamentos, sem qualquer pretensão de apresentar uma verdade absoluta, de prováveis causas/consequências deste processo de Judicialização:

Ativismo Judicial: O Supremo Tribunal Federal (STF) tem sido cada vez mais acionado para decidir sobre questões políticas importantes, como casos de corrupção, impeachment de presidentes, direitos sociais, ambientais e civis. Isso muitas vezes resulta em uma expansão do papel do judiciário na definição de políticas públicas. Exemplo recente temos a tese do Marco Temporal, onde nos pareceu assistir uma disputa entre o legislativo e o judiciário brasileiro;

Vazios Legislativos e Governança Fragmentada: Em muitos casos, a judicialização ocorre devido à ineficácia ou à inação do Poder Legislativo ou do Poder Executivo em resolver questões importantes. Isso cria vazios legislativos que acabam sendo preenchidos por decisões judiciais. Não há como negar a turbulência vivida em nosso país desde 2014, talvez só passível de comparação (períodos democráticos) com os processos que antecederam o impeachment do então presidente Fernando Collor, e em processo de turbulência, a uma significativa insegurança por parte do executivo e do legislativo em atuar de forma mais eficiente, temendo em muitos casos a rebarba desta

turbulência;

Busca por Justiça e Responsabilização: A população frequentemente recorre ao judiciário como uma forma de buscar justiça e responsabilização, especialmente em casos de corrupção e violações de direitos humanos. A percepção de que as instituições políticas tradicionais são ineficazes ou corruptas pode levar as pessoas a depositarem sua confiança no judiciário como uma alternativa. E ao mesmo tempo se a resposta do Judiciário não são as que lhe convém resta culpar o judiciário, o caso emblemático das questões envolvendo a eficiência/segurança das urnas eletrônicas, reflete este processo.

Atuação dos Partidos Políticos: Os partidos políticos também têm utilizado o judiciário como um meio de avançar suas agendas políticas ou de bloquear propostas adversárias, seja através de ações diretas de inconstitucionalidade, ações civis públicas ou outros instrumentos jurídicos. O cenário de disputa que outrora era reservado a câmara de deputados e ao senado federal, ganhou uma extensão, por assim dizer, tenta – se transformar o judiciário no 3º *round* da disputa;

Desafios Democráticos: Embora a judicialização possa ser vista como uma forma de garantir o cumprimento da Constituição e dos direitos fundamentais, também apresenta desafios democráticos, como a concentração de poder nas mãos de uma instituição não eleita e a perda de legitimidade das decisões políticas. E neste caso a própria polarização no Brasil assume um papel de aprofundar ainda mais o desafio democrático, se joga com o imaginário das massas, se criam narrativas inverídicas de processos judiciais, e por fim na mente da população no geral, impera a confusão, sobre a atuação dos poderes.

Em resumo, a judicialização da política no Brasil é um fenômeno complexo e multifacetado que tem impactado significativamente o funcionamento das instituições democráticas e a formulação de políticas públicas no país.

CONCLUSÃO

Ao invés do "ativismo judicial" que, em linhas gerais, adota uma postura mais voltada à autocontenção, o Tribunal não aplica a norma de forma "mecânica e neutral", mas considera as transformações da justiça constitucional. A criação de entendimentos normativos diversos e a suspensão provisória de uma norma do ordenamento jurídico somente resultariam numa atmosfera de incertezas jurídicas e também extrapolaria as funções do Tribunal quando tratassem de matérias sociais e políticas com efeitos diretos aos valores e à sociedade fora daquilo que é normalmente atribuído como competência do Tribunal Constitucional, afrontando a supremacia constitucional e sua unidade.

Independente de Portugal ser um estado unitário descentralizado e o Brasil um modelo federativo, a segurança jurídica, que é base da existência de qualquer estado, se expressa por meio do controle de inconstitucionalidade das leis.

No caso do Brasil verificou-se certos avanços pela ampliação de seus mecanismos de controle e gama de legitimados, contudo também ficou patente as disfunções orgânicas. Nota-se um distanciamento daquilo que se pretende como ideal para o fechamento dos *gaps* que, de fato, são forjados na inércia do legislativo brasileiro. Ademais, a interpretação criativa que se faz necessária dentro de um novo contexto de atribuições que lhe foram conferidas, por vezes é transformada em arbítrio. Isto porque, muitas vezes as decisões proferidas pelo STF estarão lastreadas dentro de uma indeterminação principiológica, arguida por um relator em decisões monocráticas ou decisões não agregativas e externas.

Poderíamos condensar alguns pontos mais críticos verificados na análise da composição e da atuação da Supremo Tribunal brasileiro, quais sejam: o modo de indicação de seus membros e a vitaliciedade deles (ausência de mandato); caráter não agregativo de suas decisões, o que dificulta a própria construção de um raciocínio da instituição colegiada; decisões de cunho externo e/ou influência midiática; decisões que adentram em questões que podem ser consideradas de "política pura"; decisões com tecitura muito aberta/principiológica, déficit de fundamentação (utilização açodada de teorias, a exemplo de Alexy), grande relevo às decisões monocráticas (Regimento

Interno), a competências em matéria penal; a questão da modulação dos efeitos das decisões, verticalização do controle de constitucionalidade, dentre outros aspectos.

Quanto à suposta ausência de legitimidade democrática para essa atuação positiva do Tribunal Constitucional em Portugal ou do Supremo Tribunal Federal no Brasil, entendemos que o argumento é frágil e superável, na medida que decorre do necessário enfrentamento de novos desafios postos, mormente após a 2ª Guerra Mundial. Contudo, devemos estar atentos às balizas constitucionais e à uma moldura de equilíbrio entre os poderes constitucionalmente estabelecidos.

Especificamente quanto ao STF fica assente que foi a própria CR/88 lhe conferiu certas atribuições, sendo certo que aquele postulado estático de "separação de poderes" como dogma insuperável não se sustenta em pleno século XXI, frente às novas condições históricas e institucionais. O estado contemporâneo tem novas e diversas fases e faces, tanto Brasil quanto Portugal.

Note-se, no caso brasileiro, a atuação do STF após substituição de seus membros ainda provenientes do regime militar, quando passou a ter postura mais proativa na análise do mandado de injunção e no controle judicial das medidas provisória.

De outro lado, da análise comparativa feita, fica evidente que a aparente proximidade verificada pela adoção de um sistema "híbrido" ou "misto" não lhes confere identidade de tratamento quanto à sua atuação no controlo de constitucionalidade.

Diante dos novos contornos pela própria ideia de Estado e de suas novas atribuições, principalmente quanto àquelas advindas do chamado *welfare state,* não se pode negar a maior necessidade do pronunciamento por parte do poder judiciário, sendo, ainda, um dos maiores garantidores dos direitos fundamentais.

Hoje, não parece ser possível construir um discurso acerca da justiça constitucional, senão com base na possibilidade de se dar uma maior aplicabilidade e eficácia às normas constitucionalmente estabelecidas na Constituição, pois os juízes não são mera "boca da lei" e o Poder Judiciário não é um mero apêndice dos Poderes Legislativo e Executivo, como originalmente visto do ponto de vista histórico.

Desta forma, para além da atribuição conferida por Kelsen segundo o qual o juiz, mais que um mero guardião da constituição é um legislador negativo, também haveria a possibilidade de sua atuação enquanto legislador positivo, dada esta nova realidade histórica e normativa dos Tribunais Constitucionais. O que não poderá ocorrer é, a pretexto de uma concretização programática, afastar-se de seu "núcleo essencial", apartando-se de suas atribuições precípuas para determinar ou interferir em outra esfera

de Poder.

Outro ponto importante constatado da análise comparativa diz respeito ao "déficit" de legitimidade dos outros poderes relacionar-se com a ampliação dos poderes do judiciário. Neste aspecto, nota-se que houve uma crescente na atuação do Supremo Tribunal Federal que não foi identificada nos mesmos moldes no Tribunal Constitucional Português. Assim, e como consequência lógica, o Brasil vem enfrentando maiores ruídos quanto a um possível desequilíbrio na "Tripartição de Poderes" haja vista em alguns momentos ultrapassar limites que para muitos seriam eminentemente legislativos ou executivos.

Então, não se pode negar a drástica mudança ocorrida ou os novos papeis direcionados ao Poder Judiciário, seja em Portugal ou no Brasil. Contudo, para que sua atuação, enquanto legislador positivo, ou seja, dentro desta nova hermenêutica construtiva e concretizadora que não negligencia com os direitos fundamentais e a dignidade da pessoa frente à inércia legislativa, alguns limites e parâmetros devem ser traçados, sob pena de invasão de função.

Partindo da ampla análise feita quanto à evolução da própria ideia de tripartição de poderes e cientes de que o papel atribuído ao Poder Judiciário não pode ser concebido fora de seu contexto atual, que demanda outra postura, a atuação deve ser cotejada frente a estes novos desafios.

No que concerne aos mecanismos de controle no Brasil, que pode ser preventivo ou repressivo, temos que o primeiro é tradicionalmente não jurisdicional, a exemplo do que ocorre no âmbito da Comissão de Constituição e Justiça que, todavia, não tem se mostrado tão eficaz na análise de medidas provisórias editadas pelo Chefe do Executivo. De outro lado, é de se mencionar a possibilidade do direito de veto do Presidente da República, sob o argumento de inconstitucionalidade da matéria, nos termos do § 1. ° do artigo 66 da atual Constituição brasileira.

Quanto ao controle repressivo, vale frisar que a Constituição de 1988 manteve o controle de constitucionalidade em concreto presente desde 1891, ampliou o controle em abstrato e também consagrou o controle de constitucionalidade por omissão, a exemplo do modelo português.

Desta forma, haveria tanto a possibilidade de se atribuir eficácia *erga omnes* à declaração de inconstitucionalidade pronunciada pelo Supremo Tribunal Federal, como também pelo controle concreto pela chamada via de exceção, neste último caso com

efeitos interpartes, pendente posterior manifestação do Senado Federal quanto à extensão dos efeitos da decisão do Supremo Tribunal.

Ocorre que, diferentemente do sistema português, o controle difuso não estará adstrito apenas à questão constitucional, indo além para decidir a própria causa posta. Em outras palavras, aquela decisão terá efeitos *ex tunc* e *inter partes*, contudo não reverberando em alteração da lei, que será mantida no ordenamento jurídico, competindo ao Senado Federal, nos termos do problemático art. 52, X da CR/88 "suspender a execução do ato normativo quando declarado inconstitucional por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal".

Fazendo outro paralelo, após a análise da Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54 no Brasil e o Acórdão 75/2010 em Portugal, vislumbra-se alguns pontos de diferenciação interessantes.

Quanto aos legitimados, no caso da ADPF nº 54, a Confederação Nacional dos Trabalhadores na Saúde, comprovando pertinência temática com o tema, interpôs ação por afronta a preceito fundamental. Diferentemente ocorreu em Portugal com legitimidade legislativa voltada para os próprios Deputados da Assembleia da República que deu início à questão do aborto no país.

No que concerne ao objeto, abordou-se um ponto bastante específico que diz respeito à tipificação de condutas daqueles que interrompem gravidez de anencefálico. Ou seja, não se tratou diretamente da questão mais ampla da interrupção voluntária da gestação. E, em que pese a discussão formada sobre a utilização do termo "aborto" ou "antecipação humanizada do parto" o que se discutiu foi a imputação de crime à gestante e/ou profissional de saúde que interrompesse a gravidez de mulher que já soubesse da doença no nascituro. O relator, em seu voto entendeu por declarar a inconstitucionalidade da interpretação segundo a qual a interrupção da gravidez de feto anencefálico é conduta tipificada nos artigos 124, 126 e 128, incisos I e II, do Código Penal brasileiro.

Note-se que para o relator seria o caso de atipicidade da conduta, ou seja, da conformação da norma a uma série de princípios que deveriam ser resguardados, não se poderia interpretar pela tipificação da conduta nos casos específicos de anencefalia. Isto porque, não haveria sequer potencialidade de vida neste caso. E, mesmo que houvesse, estaríamos diante de causa excludente de ilicitude/antijuridicidade. Assim, além de evitar incriminação da conduta da mãe, também estariam resguardados profissionais da saúde que viessem a sofrer enquadramento no Código Penal por participar do procedimento de interrupção nos casos de anencefalia. Em que pese o tema também ter

sido abordado no caso do Acordão 75/2010, lá o objeto seria mais amplo, no sentido de integrar a discussão da possibilidade de interrupção da gestação, (em geral) na perspectiva dos direitos fundamentais da mulher na ponderação com a proteção da vida do nascituro.

O debate foi impulsionado por um grupo parlamentar de deputados na Assembleia da República, demonstrando a forte influência dos representantes políticos e, diante disso, o Tribunal Constitucional "inovou" em alguns pontos quanto à interpretação que deveria ser dada à legislação, garantindo a constitucionalidade da interrupção voluntária da gestação.

No caso da ADPF restou nítido para a maior parte dos Ministros que não se poderia deixar de enfrentar a questão ao argumento de que aquele Tribunal atuaria apenas como legislador negativo (vencidos os Ministros: Ricardo Lewandowski e Cezar Peluso), sendo ainda trazida á baile a questão anterior quanto à análise de embriões e células tronco. No caso de Portugal, conquanto tenha feito uma análise de lei já editada e que previu possibilidade de aborto, houve uma análise menos pormenorizada e diferenciada quanto ao "nascituro" e o embrião.

Chama particularmente a atenção quanto à análise feita pelo Tribunal Constitucional quando à ênfase dada aos precedentes anteriores, traçando a linha cronológica que o Tribunal acabou por construir e, muito embora haja voto divergindo neste particular, entendemos que uma série de decisões proferidas (mesmo que não sejam por unanimidade, o que seria até improvável nestes casos) acaba por pavimentar um caminho na construção do raciocínio do próprio Tribunal, trazendo maior segurança jurídica.

Outra questão particular deste julgado frente ao caso brasileiro reside na influência da União Europeia e mesmo da discussão trazida por sua região autônoma, o que não se vislumbra no caso da ADPF 54.

Desta forma, da análise geral feita e também frente aos julgados acima, temos que não há mais como negar a possibilidade de atuação das Cortes Constitucionais enquanto legisladores positivos.

De tudo quanto exposto, fica evidente que um dos traços marcantes do sistema de controlo de constitucionalidade das leis no Brasil é justamente sua amplitude. Ocorre, como também restou nítido anteriormente, que a ampliação das atribuições do Supremo Tribunal Federal e esta visão de ser "o" guardião da constituição vem gerando uma série de disfunções e sobrecargas ainda sem solução aparente. De toda forma, não se vislumbra como não conceber a possibilidade de sua atuação enquanto legislador positivo, sem

tolher a própria atividade hermenêutica, inclusive com aplicação das técnicas de julgamento típicas do controle de constitucionalidade como a "interpretação conforme à Constituição" e a "declaração de nulidade parcial sem redução de texto" (princípio limitando parcialmente a limitação da regra), além da possibilidade aplicação direta de princípios em caso concreto. A questão parece ser melhor encarada no campo das limitações que devem ser impostas e a própria qualidade na fundamentação dos julgados. Mesmo assim, viu-se que estes requisitos restaram cumpridos em ambos os casos, ainda dentro das críticas que lhe foram endereçadas.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ADEODATO, João Maurício. **Separação de poderes: tópicos para uma teoria e um conceito.** São Paulo: Editora Saraiva, 2011.

ALEXANDRINO, J. M. — **Lições de Direito Constitucional**. Vol. II. 2ª ed. Lisboa: AAFDL, 2017. ISBN: 9789726291954.

ALEXANDRINO, J. M. — Linhas do constitucionalismo português e do constitucionalismo brasileiro. **In: Portugal e Brasil: Um Direito Comum no Bicentenário do Reino Unido**. Lisboa: IDB (e-book), 2016, pp. 30-37.

ALEXY, Robert — **Teoria da argumentação jurídica: a teoria do discurso racional como teoria da justificação jurídica.** Trad. Zilda Hutchinson Schild Silva. 2. ed. São Paulo: Landy, 2005. ISBN: 8576290359.

AMB – ASSOCIAÇÃO DE MAGISTRADOS BRASILEIROS - **Quem somos. A magistratura que queremos.** [Em linha] [Consult. Em: 12 mai. 2022]. Disponível em https://www.amb.com.br/wp-content/uploads/2019/02/Pesquisa_completa.pdf..

ARAÚJO, António de — A construção da justiça constitucional portuguesa: o nascimento do Tribunal Constitucional. **Análise Social**, vol. XXX, 1995, pp. 881-946. ISSN: 2182-2999.

ARISTÓTELES — **A política**. Trad. Pietro Nassetti. São Paulo: Martin Claret, 2003. ISBN: 9788572326025.

BACHOF, Otto — **Jueces y Constitución**. Madri: Civitas, 1985. ISBN : 84-7398-368-8.

BADAWI, Karina Bonetti — **Separação dos poderes no Brasil e a teoria de Bruce.** [Tese] Doutorado em Direito Político e Econômico. São Paulo: Universidade Presbiteriana Mackenzie, 2014.

BARBOSA, Claudia Maria — **Os novos oráculos da lei: a experiência do modelo misto canadense e a proposta da súmula de efeito vinculante no brasil.** [Tese]. (Doutoramento) Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2002.

BARBOSA, Cláudia Maria — O Processo de Legitimação do Poder Judiciário Brasileiro. **Publica Direito**. [Em linha]. [Consult. 28 ago. 2022]. Disponível em: http://www.publicadireito.com.br/conpedi/manaus/arquivos/anais/XIVCongresso/080.pdf. ISSN: 2236-1766.

BARROSO, Luís Roberto – **Direito Constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção de um novo modelo**. 9. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

BARROSO, Luís Roberto. **O Novo Direito Constitucional Brasileiro: Contribuições para a construção teórica e prática da jurisdição constitucional no Brasil**. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

BARROSO, Luis Roberto — Gestação de Fetos Anencefálicos e Pesquisascom Células-tronco: dois temas acerca da vida e da dignidade na Constituição. *In*: SARMENTO, Daniel; GALDINO, Flavio (Org.). **Direitos fundamentais: estudos em homenagem ao professor RicardoLobo Torres**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. ISBN: 9788571475700.

BARROSO, Luis Roberto — Neoconstitucionalismo e Constitucionalização do Direito. O triunfo tardio do direito constitucional no Brasil. **Revista De Direito Administrativo**, vol. *240*, 2005, pp. 1–42. https://doi.org/10.12660/rda.v240.2005.43618. ISSN: 2238-5177.

BERNARDES, Juliano Taveira — **Controle Abstrato de Constitucionalidade: elementos materiais e princípios processuais.** São Paulo: Saraiva, 2004. ISBN: 850204916x.

BESTER, Gisela Maria — *Direito constitucional: fundamentos teóricos*. São Paulo: Manole, 2005, pp. 299-301. ISBN: 8520420664.

BLANCO DE MORAIS, Carlos — **Justiça Constitucional**. Tomo I. Coimbra: Coimbra Editora, 2012. ISBN: 9789723214383.

BONAVIDES, Paulo — **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Malheiros, 2006. ISBN: 8574207284.

BONIZZI, Marcelo José Magalhães; FERREIRA, Olavo Augusto Vianna Alves — Declaração de Inconstitucionalidade pelo Árbitro: Vedação ou Dever. **Revista de Processo**, v. 274, dez. 2017, pp. 543 – 578. ISSN: 0100-1981.

BOTELHO, Catarina Santos — O Lugar do tribunal constitucional no século XXI: os limites funcionais da justiça constitucional na relação com os demais tribunais e com o legislador. **Julgar** - n.º 34 – 2018, pp. 111-126. ISSN: 2183-3419.

BRASIL — **Constituição da República Federativa de 1946**. EC n. 16, 26 de novembro de 1965. [Em linha]. [Consult. 14 set. 2022]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao46.htm-

BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Arguição de descumprimento de Preceito Fundamental 854**. Relatora: Ministra Rosa Weber: [em linha] [Consult. 22 set. 2022]. Disponível em: https://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADPF854113decisao_monocratica11.pdf

BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. *ADI 5316*. [Em linha]. [Consult. 12 abr. 2022]. Disponível em: https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4771054.

BRASIL — SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL - MI nº 708. Rel. Min. Gilmar Ferreira Mendes. Pleno. 25.10.2007. DJU 31.10.2008. [Em linha]. [Consult. 10 set. 2022]. Disponível em: https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/stf/14725991

BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL — **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental. Anencefalia. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 54 ajuizada pela Confederação Nacional dos Trabalhadores da Saúde.** Plenário. Relator: Min. Marco Aurélio Mello. Brasília-DF, j.12/04/2012f. Informativo do STF n. 661. [Em linha]. [Consult. 9 set. 2022]. Disponível em: https://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo661.htm#ADPF%20e%20interrup%C3%A7%C3%A3o%20de%20gravidez%20de%20feto%20anenc%C3%A9falo%20-%2018.

BRITTO, Carlos Ayres — Separação dos poderes na Constituição brasileira. **Revista de Direito Público**, v. 14, n. 59-60, (jul./dez. 1981), pp. 115-127. ISSN: 2236-1766.

BUNCHAFT, Maria Eugenia — O julgamento da ADPF n. 54: uma reflexão à luz de Ronald Dworkin. **Sequência**, n. 65, 2012, pp. 155-188. ISSN 2177-7055.

CAMPILONGO, Celso Fernandes. Os desafios do Judiciário: um enquadramento teórico. *In*: FARIA, José Eduardo (Org.). **Direitos humanos, direitos sociais e justiça**. São Paulo: Malheiros, 2002. ISBN: 8574200212.

CANOTILHO, J. J. Gomes — **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7ª ed., 11.ª reimpr. Coimbra: Almedina, 2003. ISBN: 9724021068.

CANOTILHO, J. J. Gomes — **Direito constitucional e teoria da constituição**. Coimbra: Coimbra Editora, 2000. ISBN: 9789724021065.

CANOTILHO, J. J. Gomes; MENDES, Gilmar Ferreira; SARLET, Ingo Wolfgang; STRECK, Lênio Luiz — **Comentários à Constituição do Brasil.** São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013, pp. 316-327. ISBN 978·85·53172-64-1.

CANOTILHO, J.J. Gomes; MOREIRA, Vital — **Fundamentos da Constituição**. Coimbra: Coimbra Editora, 1991. ISBN: 9723204746.

CAPPELLETTI, Mauro — Repudiando Montesquieu? A expansão e a legitimidade da "justiça constitucional". Trad. Fernando Sá. Porto Alegre. **Revista do TRF – 4ª. Região,** ano 12, n.º 40, 1984. pp. 15-49. ISSN: 0103-703X.

CAPPELLETTI, Mauro — **O controle judicial de constitucionalidade das leis no direito comparado.** 2ª ed. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editora, 1999. ISBN: 9788575251409.

CAPPELLETTI, Mauro — **Juízes legisladores?** Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1993. ISBN: 8588278286.

CARVALHO FILHO, José dos Santos — **Manual de Direito Administrativo**. 28ª ed. São Paulo: Atlas, 2015. ISBN 978-85-224-9738-6.

CHAVES, A. P. — Análise comparativa dos sistemas judiciários brasileiro e norte-americano. **Revista do Tribunal Regional Federal da 1ª Região**, v. 21, n. 8, (2009), pp. 65-68. ISSN: 0103-703X.

CLÉVE, Clémerson Merlin — **A fiscalização abstrata de constitucionalidade no direito brasileiro**. 2ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. ISBN: 8520317901.

COELHO, Inocêncio Mártires — Apontamentos para um debate sobre o ativismo judicial. **Revista Brasileira de Políticas Públicas**, v. 5, Número Especial, 2015, pp. 2-22. ISSN: 2179-8338.

COSTA, Pedro D'Angelo da. *et al* — O processo de escolha de ministros para o Supremo Tribunal Federal e possibilidades de democratização do Poder Judiciário. *Revista Quaestio Iuris*, v. 10, n. 1, fev. 2017, pp. 1-23. [Em linha]. [Consult. 10 abr. 2022]. Disponível em: https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/quaestioiuris/article/view/20964/19464. ISSN 1516-0351.

COSTA, R. O. — Entre o direito e a política: a criatividade e o "fechamento hermenêutico" no exercício da jurisdição constitucional. **Pensar – Revista de Ciências Jurídicas**, vol. 21, n. 2, (2016), pp. 692-720. ISSN: 2317-2150.

CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza — **Jurisdição constitucional democrática**. Belo Horizonte: Del Rey, 2014. ISBN: 9788582380628.

DUARTE, Dayne; DE FARIAS, Karla Barros; DIAS JUNIOR, José Armando Ponte — O Poder Judiciário como legislador positivo atípico. **Revista Do Direito Público**, vol. 8., n. 3, (2013), pp. 131-166. ISSN: 2236-1766.

DWORKIN, Ronald — **Justiça para ouriços**. Coimbra: Almedina, 2011. ISBN 978-972-40-4900-7.

FALCÃO, J.; ARGUELHES, D — **Onze supremos: o supremo em 2016**. Belo Horizonte: Letramento, 2017. ISBN: 978-85-9530-007-1.

FALCÃO, Joaquim; HARTMANN, Ivar A. — **Relatório Supremo em Números: o Supremo e o tempo.** Rio de Janeiro: FGV, 2015. ISBN: 978-85-63265-34-0.

FERNANDES, Bernardo Gonçalves — **Curso de Direito Constitucional**. 13ª. ed. Salvador: JusPodivm, 2021. ISBN: 9786556806860.

FERREIRA FILHO, M. G. — Curso de Direito Constitucional. 40ª ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 139.

GADAMER, Hans-Georg — **Verdade e método: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica.** Trad. Flávio Paulo Heurer. 2. ed. Petrópolis: Vozes, 1997. ISBN 85-326-1787-5.

GARAPON, Antoine — **O juiz e a democracia – o guardião das promessas.** Maria Luíza de Carvalho (Trad.). Rio De Janeiro: Revan, 2001. ISBN: 8671061769.

GOMES, Fernando. **Da autolimitação ao ativismo judicial: um estudo acerca da releitura da teoria da separação dos poderes pelo Poder Judiciário brasileiro no Supremo Tribunal Federal**. Curitiba: Juruá, 2016. p. 145

GUASTINI, Ricardo. Sovranità popolare, legge, giurisdizione. *In*: BESSONE, Mario (Org.*)* **Interpretazione e diritto giudiziale: regole, metodi, modelli**. Torino: Giappochelli, 2002. ISBN: 978-8834881781.

HÄBERLE, Peter — **Hermenêutica constitucional: a sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e "procedimental" da constituição**. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Fabris, 1997. ISBN: 9788588278554.

HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia: entre facticidade e validade**. Vol. II. Tradução: Flávio Beno Siebeneichler. 2. ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003.p.280.

HAMILTON, Alexander; MADISON, James; JAY, Jonh — **O federalista**. Trad. Hiltomar Martins Oliveira. Belo Horizonte: Líder, 2003. ISBN: 9788588466326.

HELLER, Hermann — **Teoria del Estado**. México: Fondo de Cultura Económica, 1942. ISBN: 9783166446936.

HESSE, Konrad — **A força normativa da Constituição**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1991. ISBN: 9788588278189.

IBOPE — **Confiança nas Instituições** [Em linha] [Consult. 17 jun. 2022). Disponível em: http://www.ibope.com.br/ptbr/noticias/Documents/ICS_portugues_.pdf.

JALORETTO, Maria Fernanda; MUELLER, Bernardo Pinheiro Machado. O Procedimento de escolha dos ministros do Supremo Tribunal Federal - Uma análise empírica. **Economic Analysis of Law Review***,* vol. 2, n. 1 (2011). ISSN: 2178-0587.

JOÃO PAULO II, Papa — **Carta encíclica "Evangelium Vitae": sobre o valor e a inviolabilidade da vida humana**. São Paulo: Loyola, 1995. ISBN: 978-85-5339-069-4.

KELSEN, Hans — **Jurisdição constitucional**. São Paulo: Martins Fontes, 2003. ISBN: 9788533614734.

KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

KELSEN, Hans. **Teoria geral do direito e do Estado**. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

LASSALLE, Ferdinand — **A essência da Constituição**. 4. ed. Rio de Janeiro: Líber Juris, 1998. ISBN: 9786556751160.

LEWANDOWSKI, E. R. — Reflexões em torno do princípio republicano. **Revista da Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo,** v. 100, 2005, pp. 189-200. ISSN: 0303-9838.

LIMA, Jairo, BUENO, Marcella Pradella; STAMILE, Natalina — Supremas Ministras: a inclusão de mulheres na composição do STF à luz da legitimidade das cortes constitucionais. **Direito Público**, Vol. 18 (98)*,* 2021. ISSN: 2595-7104.

LIMA, Sabrina Santos; LEAL, Mônica Clarissa Hennig — O controle de constitucionalidade e a atuação do Supremo Tribunal Federal na proteção das minorias: análise crítica da ADC nº 41 (cotas raciais em concursos públicos). **Revista de Investigações Constitucionais**, Curitiba, vol. 8, n. 2, p. 507-528, maio/ago. 2021. ISSN: 2359-5639.

LOBATO, Anderson Cavalcante — Para uma nova compreensão do sistema misto de controle de constitucionalidade: a aceitação do controle preventivo. ***Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política***, n. 6, (jan./mar. 1994). ISSN: 1415-630X.

LOBO, Bárbara Natália Lages — Interpretações atuais sobre o adicional de penosidade: o fenômeno da constitucionalização e seus reflexos no direito do trabalho. **Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 3. Região.** v. 59, n. 90, p. 115-135, jul./dez. 2014. ISSN: 0076-8855.

MACHADO, Renato; RESENDE Thiago — **Alcolumbre marca sabatina de André Mendonça, indicado por Bolsonaro ao STF.** [Em linha]. [Consult. 2 mar. 2022]. Disponível em: https://www1.folha.uol.com.br/poder/2021/11/alcolumbre-cede-e-marca-sabatina-de-andre-mendonca-indicado-por-bolsonaro-ao-stf.shtml.

MARINONI, Luiz Guilherme — Precedentes obrigatórios. 3ª. ed. São Paulo: **Revista dos Tribunais**, 2013. ISBN: 9788553218141.

MARTINS, Ives Gandra da Silva; MENDES, Gilmar Ferreira — **Controle concentrado de constitucionalidade: comentários à Lei n. 9.868, de 10-11- 1999**. São Paulo: Saraiva, 2001. ISBN: 8502033077.

MARTINS, Urá Lobato. A judicialização das políticas públicas e o direito subjetivo individual à saúde, à luz da teoria da justiça distributiva de John Rawls. **Revista Brasileira de Políticas Públicas**, v. 5, número Especial, (2015), pp. 309-328. ISSN: 2179-8338.

MEDEIROS, Rui; MIRANDA, Jorge — **Constituição Portuguesa Anotada.** Tomo III. Coimbra: Coimbra Editora, 2007. ISBN: 9789723215410.

MELLO, Celso de — Precedentes viculantes nos Estados Unidos da América e no direito brasileiro: um estudo comparado. **Revista de Direito Internacional**, 13, pp. 263-385, 2016. ISSN: 2236-997X.

MELLO, L. F., & de Queiroz Barboza, E. M — Paralelo entre os precedentes dos Estados Unidos – Análise Da Decisão Roe Versus Wade e o instituto da eficácia transcendente dos motivos determinantes no Brasil – Análise Da Decisão Proferida Pelo STF na ADPF n. 54. **Espaço Jurídico Journal of Law [EJJL],** *16*(1), pp, 221–238. ISSN: 2179-7943.

MENDES, Conrado Hübner — Desempenho deliberativo de cortes constitucionais e o STF. *In*: MACEDO, R.; BARBIERI, C. (Org.) — **Direito e interpretação: racionalidade e instituições.** São Paulo: Saraiva, 2011, pp. 337-361. ISBN: 9788502108035.

MENDES, Gilmar Ferreira — **Jurisdição constitucional.** 5ª edição. São Paulo: Saraiva, 2005. ISBN: 8502050737.

MENDES, Gilmar Ferreira. — Teoria da Legislação e Controle de Constitucionalidade: Algumas Notas. **Revista Jurídica Virtual**. Vol. 1., n. 1, mai. 1999, pp. 1-8. ISSN: 1518-8876.

MIRANDA, Jorge — **Curso de Direito Constitucional.** Estado e Constitucionalismo. Constituição. Direitos Fundamentais. Vol. 1. Lisboa: Universidade Católica Editora, 2016. ISBN: 9789725407028.

MONTESQUIEU, Charles de Secondat, Baron de. **Do Espírito das Leis**. São Paulo: Martin Claret, 2010. ISBN 9788572326445.

MORAES, Alexandre de — **Direito constitucional**. 36ª ed. São Paulo: Atlas, 2020. ISBN: 9788597005691.

MORAES, Alexandre de — **Jurisdição constitucional e tribunais constitucionais: garantia suprema da Constituição**. 3ª Edição. São Paulo: Atlas, 2013. ISBN: 9788522426942.

MORAIS, Carlos Blanco de — **Justiça Constitucional: O Direito do Contencioso Constitucional.** Tomo II, 2a ed., Coimbra: Coimbra Editora, 2011. ISBN: 9789723219234.

MOTTA FILHO, Sylvio Clemente da; SANTOS, William Douglas Resinente dos — **Controle de constitucionalidade: uma abordagem teórica e jurisprudencial**. 3ª ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2004. ISBN: 8587002589.

MUZZI, Carlos Victor Filho; MURTA, Antônio Carlos Diniz — O Controle de Constitucionalidade no Brasil: Dilemas Históricos do Supremo Tribunal Federal e as Reformas do Século XXI. **CONPEDI Law Review***,* v. 2, n. 2, (jan./jun. 2016), pp. 315-334. ISSN: 2448-3931.

NAARA, Luna — O direito ao aborto em caso de anencefalia: uma análise antropológica do Julgamento da ADPF 54 pelo Supremo Tribunal Federal. **Mana** [online], v. 27, n. 3, (2021), pp. 165-197. ISSN: 1678-494.

PÁDUA, Thiago Aguiar — A expressão "ativismo judicial", como um "cliché constitucional", deve ser abandonada: uma análise crítica sobre as ideias do ministro Luís Roberto Barroso. **Revista Brasileira de Políticas Públicas**, v. 5, Número Especial, (2015), pp. 134-168. ISSN: 2179-8338.

PALMA, Maria Fernanda — O legislador negativo e o intérprete da Constituição. **O Direito**, n.º 140 (2008), pp. 319-332. ISBN: 9780012143728.

PELICIOLI, Angela Cristina. **A sentença normativa na jurisdição constitucional: o Supremo Tribunal Federal como legislador positivo**. São Paulo: LTR, 2008. ISBN: 9788536111940.

PERELMAN, Chaïm; OLBRECHTS-TYTECA, Lucie — **Tratado da argumentação: a nova retórica**. Trad. de Maria Ermantina de Almeida Prado Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 2005. ISBN: 8533622074.

PETER, Christine Oliveira — Do ativismo judicial ao ativismo constitucional no Estado de direitos fundamentais. **Revista Brasileira de Políticas Públicas**, v. 5, Número Especial, 2015. pp. 62-87. ISSN: 2179-8338.

PORTUGAL — **Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 75/10, Processo n.ºs 733/07 e 1186/07, em sessão plenária, de 23 de fevereiro de 2010**. Relator: Conselheiro Joaquim de Sousa Ribeiro. [Em linha] [Consult. 10 jun. 2022) Disponível em: http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20100075.html.

RAMOS, Elival da Silva — **Controle de constitucionalidade no Brasil: perspectivas de evolução**. São Paulo: Saraiva, 2015. ISBN: 9788502087675.

ROCHA, Lara Bonemer Azevedo da; BARBOSA; Claudia Maria — O papel dos precedentes para o controle do ativismo judicial no contexto pós-positivista. **Revista Brasileira de Políticas Públicas**, v. 5, Número Especial, (2015), pp. 115-133. ISSN: 2179-8338.

RODRIGUES, Amanda Carolina Buttendorff; BARBOSA, Claudia Maria — Cortes constitucionais – um estudo comparado. **CONPEDI,** 2012, v.1, p. 512-540. ISSN: 2448-3931.

RONDON, Gabriela — O gênero da dignidade: humanismo secular e proibição de tortura para a questão do aborto na ADPF 54. **Rev. Direito e Práx**., Rio de Janeiro, Vol. 11, N.02, (2020), p. 1137-1165. ISSN: 2179-8966.

RUBIO-MARÍN, Ruth — Aborto em Portugal: novas tendências no constitucionalismo europeu. **Revista FGV**, v. 13 n. 1, jan-abr. 2017, pp. 356-379. ISSN: 2179-8729.

RUBIO, F. — La jurisdicción constitucional. **Revista Española de Derecho Constitucional**, n. 22, 1988, pp. 9-52. ISSN: 1989-0648.

RUIZ, Marian Ahumada. ¿Hay alternativas a la judicial review? *In*: GÓMEZ, Juan Veja; SOSA, Edgard Corzo (orgs.). **Instrumentos de tutela y justicia constitucional.**

Memorial del VII Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional. México: Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2001.

SACCHETTO, Thiago Coelho — As Transmissões Midiáticas das Sessões de Julgamento do Supremo Tribunal Federal. **Revista Opinião Jurídica**, Fortaleza, ano 16, n. 22, p. 214, jan./jun. 2018. ISSN: 1806-0420.

SACRAMENTO, Bruno — Déficits e Disfunções no Controle de Constitucionalidade em Portugal e no Brasil. *In*: ALEXANDRINO, J. M. (Org.) **Estudos sobre o Constitucionalismo no Mundo de Língua Portuguesa.** Vol. II – Brasil e Portugal. Lisboa: AAFDL, 2018, pp. 303-360. ISBN: 978-972-629-203-6.

SAMPAIO, José Adércio Leite — **Teoria da Constituição e dos Direitos Fundamentais**. Belo Horizonte: Del Rey, 2013. ISBN: 9788538403036.

SANCHÍS, Luis Prieto — Neoconstitucionalismo y ponderación judicial. *In*: CARBONELL, Miguel (Org.). **Neoconstitucionalismo(s).** Madrid: Trotta, 2005. ISBN: 9789972733376.

SANT´ANA, Jéssica; CASTRO, Ana Paula; MARTELLO, Alexandro. **Orçamento de 2023: governo prevê R$ 38,8 bilhões para emendas parlamentares.** [Em linha] [Consult. 22 set. 2022]. Disponível em: https://g1.globo.com/economia/noticia/2022/08/31/orcamento-de-2023-governo-preve-r-r-388-bilhoes-para-emendas-parlamentares.ghtml .

SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel Francisco — **Curso de direito constitucional.** 8ª ed. São Paulo: Saraiva, 2019. ISBN: 9788547204570.

SARMENTO, Daniel — O neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades. **Revista Brasileira de Estudos Constitucionais**, v. 3, n. 9, (jan. 2009), pp. 95-134. ISSN: 1981-6162.

SENADO FEDERAL — **Votações da matéria MSF 36/2021.** [Em linha]. [Consult. 2 mar. 2022]. Disponível em: https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/149475/votacoes#votacao_6466.

SIFUENTES, Mônica — **Súmula Vinculante: um estudo sobre o poder normativo dos tribunais**. São Paulo: Saraiva, 2005. ISBN: 9788502052208.

SILVA, José Afonso da — **Aplicabilidade das normas constitucionais**. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2000. ISBN: 8574202258.

SILVA, José Afonso da — **Do recurso extraordinário no direito processual brasileiro.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 1963. ISBN: 23912015.

SILVA, José Afonso da — Proteção Constitucional dos Direitos Humanos no Brasil: evolução histórica e direito atual. **Revista da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo**, edição especial em comemoração dos 10 anos da Constituição Federal, set. 1998. ISSN: 0102-8065.

SILVA, V. A — Deciding without deliberating. **International journal of Constitutional Law***,* 11, 2013. ISSN: 1474-2640.

SILVA, Virgílio Afonso da — O STF e o controle de constitucionalidade: deliberação, diálogo, e razão pública. **Revista de Direito Administrativo**, 250, (2009), pp. 197-227. ISSN: 0034-8007.

TATE VALLINDER, Torbjörn; TATE, C. Neal —**The Global Expansion of Judicial Power: The Judicialization of Politics.** New York: New York University, 1995. ISBN: 978-0814782279.

TAVARES FILHO, Newton — **Democratização do processo de nomeação dos ministros do Supremo Tribunal Federal.** Biblioteca Digital Câmara, 2006. [Em linha]. [Consult. 2 mar. 2022]. Disponível em: http://bd.camara.gov.br/bd/bitstream/handle/bdcamara/1596/democratizacao_processo_tavares.pdf? sequence=3.

PORTUGAL. TRIBUNAL CONSTITUCIONAL — **O Tribunal Constitucional como órgão constitucional**. [Em linha]. [Consult. 10 set. 2022]. Disponível em: https://www.tribunalconstitucional.pt/tc/tribunal-apresentacao.html.

TOMIO, F. DE LIMAS; ROBL FILHO, I — Controle abstrato e concentrado de constitucionalidade comparado (Brasil, Portugal e Angola) e seus efeitos nas instituições sociais e jurídicas. **Revista História: Debates e Tendências**, v. 15, n. 1, 2015, pp. 181-197. ISSN: 1517-2856.

TOVAR, Leonardo Zehuri — Promessas da modernidade e Ativismo Judicial. **Revista Brasileira de Políticas Públicas**, v. 5, Número Especial, (2015), pp. 518-536. ISSN: 2179-8338.

TROVÃO, do Rosário Pedro — Tribunal Constitucional ¿Un Legislador Negativo o Positivo? **Revista de Derecho UNED**, n.º 16, (2015), pp. 713-714. ISSN: 1886-9912.

U.S. SUPEREME COURT. (1803) **Marbury v. Madison**, *5 U.S. 137*. [Em linha]. [Consult. 14 set. 2022]. Disponível em: https://supreme.justia.com/cases/federal/us/5/137/

VALADARES, Pablo. **PEC retoma idade de 70 anos para aposentadoria de ministros de tribunais superiores**. [Em linha]. [Consult. 10 abr. 2022]. Disponível em: https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2223878.

VELOSO, Zeno — **Controle Jurisdicional de Constitucionalidade**. 3. ed. atual. e ampl. Belo Horizonte: Del Rey, 2003. ISBN: 8573085959.

VIEIRA, Jose Ribas, *et al* — O processo de escolha de ministros para o Supremo Tribunal Federal e possibilidades de democratização do poder judiciário. **Quaestio Iuris**, vol. 10, n. 1, (Feb. 2017). ISSN: 1516-0351.

VIEIRA, Oscar Vilhena — Supremocracia. *In:* SARMENTO, Daniel (Coord.) **Filosofia e teoria constitucional contemporânea.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 48. ISBN, 8537505885.

XAVIER, Carlos Eduardo Rangel — **Reclamação constitucional e precedentes judiciais: contributo a um olhar crítico sobre o Novo Código de Processo Civil (de acordo com a Lei 13.256/2016).** São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016. ISBN: 9788520368305.

ZAFFARONI, Eugenio Raul — **Poder judiciário: crises, acertos e desacertos**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995. ISBN: 8520312985.

ZAGREBELSKY, Gustavo — **Il diritto mite – Legge, diritti, giustizia**. Roma: Einaude, 1992. ISBN: 9788806130817.