



Áila Souto Guerra

# A fiscalização concreta de constitucionalidade sob a ótica do direito luso-brasileiro: do texto da Constituição à prática jurisprudencial.

Dissertação apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra  
no âmbito do 2.º Ciclo de Estudos em Direito (conducente ao grau de Mestre),  
na Área de Especialização em Ciências Jurídico-Políticas com Menção em Direito Constitucional.

Coimbra, 2017



UNIVERSIDADE DE COIMBRA



• U

C •

FDUC FACULDADE DE DIREITO  
UNIVERSIDADE DE COIMBRA

Áila Souto Guerra

A fiscalização concreta de constitucionalidade sob a ótica do direito luso-brasileiro: do texto da Constituição à prática jurisprudencial.

*The concrete oversight of constitutionality from the point of view of portuguese-brazilian law: from the text of the Constitution to jurisprudential practice.*

Dissertação apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra no âmbito do 2.º Ciclo de Estudos em Direito (conducente ao grau de Mestre), na Área de Especialização em Ciências Jurídico-Políticas/Menção em Direito Constitucional.

Orientadora: Exma. Sr.ª Doutora Maria Benedita Malaquias Pires Urbano

Coimbra, 2017.

## AGRADECIMENTOS

Primeiramente, a Deus, pelo dom da vida e pelas graças alcançadas, que sempre me fortaleceu na fé, me dando coragem para enfrentar os obstáculos e sabedoria para trilhar meu caminho. Ele sabia exatamente qual o caminho que eu precisaria trilhar e, depois de vários percalços, deu-me de presente essa experiência incrível e enriquecedora de fazer o mestrado em outro país.

Ao meu pai por todo apoio e auxílio, que nunca mediu esforços para me ajudar a realizar este sonho. Sem ele nada disso seria possível. À minha mãe, modelo de mulher, cuja dedicação durante todos esses anos fez com que eu chegasse aqui. Sem vocês eu não seria a pessoa que sou hoje. Todas as minhas conquistas são vossas também!

Ao meu namorado, melhor amigo e companheiro de todas as horas, Diogo Filipe, por todo o apoio, compreensão, paciência e amor que tem me dedicado, principalmente durante a realização deste trabalho. Obrigada por ser casa, longe de casa. Pelos abraços nos momentos de desespero e por me ajudar a acreditar que eu terminaria esta tese.

Agradeço, também, à minha família, cuja fé em mim me ensinou a acreditar que eu tudo posso com o auxílio de Deus. Aos meus irmãos, por todo auxílio durante a realização deste trabalho. Tudo seria mais difícil sem as inúmeras fotos de documentos enviadas pelo Victor, bem como o trabalho não teria chegado ao fim sem o auxílio do Guerrinha na correção.

Aos estimados professores da UFPA por participarem do início de minha formação acadêmica. Sempre recordarei dos valiosos ensinamentos. Aos professores da Universidade de Coimbra que, com as lições preciosas, me fizeram amadurecer como jurista. Agradeço, em particular, à professora e orientadora Maria Benedita Urbano, por seu apoio, orientação e inspiração no amadurecimento dos conhecimentos que levaram à execução e conclusão desta tese.

Aos meus amigos que, mesmo do outro lado do oceano, me apoiam e incentivam sempre. À Coimbra, pelas novas experiências, pelo amadurecimento e todas as amizades que aqui conquistei, com certeza as levo comigo para a vida.

## RESUMO

Este estudo propõe uma reflexão acerca da fiscalização concreta de constitucionalidade nos ordenamentos jurídicos brasileiro e português, sob as perspectivas da supremacia da Constituição, do desenvolvimento de uma nova hermenêutica e da expansão da jurisdição constitucional. Visando a garantia da supremacia constitucional, deve existir um sistema de mecanismos de garantia e controlo no ordenamento jurídico, designadamente um modelo de controlo de constitucionalidade. Tendo como base o sistema norte-americano, analisaremos a evolução da fiscalização concreta no sistema luso-brasileiro. Os dois ordenamentos, mesmo possuindo como base o sistema da *judicial review*, seguiram caminhos opostos. O Tribunal Constitucional português é marcado pela autocontenção em seus julgados, ao contrário do Supremo Tribunal Federal, que possui o ativismo judicial como característica presente em seus acórdãos. Analisamos as características de cada sistema, bem como as controvérsias mais marcantes em relação à fiscalização concreta. Por fim, abordamos como a sociedade brasileira interferiu no modelo de justiça constitucional, fazendo com que o ativismo fosse uma característica presente no ordenamento jurídico brasileiro, além de apresentar soluções para a prevenção do ativismo, com base no ordenamento luso.

Palavras-chave: Direito Constitucional; controlo de constitucionalidade; fiscalização concreta; sistema difuso; sistema luso-brasileiro.

## ABSTRACT

This study proposes a reflection on the concrete oversight of constitutionality in the brazilian and portuguese legal systems, under the perspective of the supremacy of the Constitution, the development of a new hermeneutics and the expansion of constitutional jurisdiction. In order to ensure the constitutional supremacy, there must be a system of warrants and control mechanisms in the legal system, namely a model of constitutionality control. Based on the north american system, we will analyze the evolution of concrete oversight in the portuguese-brazilian system. The two orders, even having as basis the system of judicial review, followed opposite paths. The Portuguese Constitutional Court is marked by self-restraint in its judges, instead the Federal Supreme Court, which has judicial activism as a characteristic present in its judgments. We analyze the characteristics of each system, as well as the most striking controversies in relation to concrete oversight. Finally, we discuss how brazilian society interfered in the model of constitutional justice, making activism a feature present in the brazilian legal system, as well as presenting solutions for the prevention of activism, based on portuguese law.

Key-words: Constitutional Right; constitutionality control; concrete oversight; diffuse system; portuguese-brazilian system.

## **LISTA DE SIGLAS E ABREVIATURAS**

### **Siglas**

ACP – Ação Civil Pública

ADIN - Ação Direta de Inconstitucionalidade

ADC – Ação Declaratória de Constitucionalidade

ADPF – Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental

AI – Agravo de Instrumento

ARE – Agravo Regimental no Recurso Extraordinário

CC – Código Civil

CEDH – Convenção Europeia dos Direitos do Homem

CDFUE – Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia

CPC – Código de Processo Civil

CPTA – Código de Processo nos Tribunais Administrativos

CRP – Constituição da República Portuguesa de 1976

CF – Constituição da República Federativa do Brasil

ED – Embargo de Declaração

HC – Habeas Corpus

LTC – Lei Orgânica do Tribunal Constitucional

MP – Ministério Público

MI – Mandado de Injunção

MS – Mandado de Segurança

PR – Presidente da República

RE – Recurso Extraordinário

DF – Distrito Federal

SP – São Paulo

STA – Supremo Tribunal Administrativo

STJ – Superior Tribunal de Justiça

STF – Supremo Tribunal Federal

TC – Tribunal Constitucional

TEDH – Tribunal Europeu dos Direitos do Homem

TJUE – Tribunal de Justiça da União Europeia

EU – União Europeia

### **Abreviaturas**

Al. – Alínea

AC/ACs – Acórdão/Acórdãos

Art.º - Artigo

Arts. - Artigos

Cf. – Confira

Ed. – Edição / Editor

N.º/ N.ºs – Número / Números

Org. – Organizador

P./ Pp. – Página / Páginas

Rev. – Revisão

Ss. – Seguintes

Trad. – Tradução

V. – Versus

Vol. – Volume

Op. cit. – *Opus citatum*

## ÍNDICE

<b>1 - Introdução</b> .....	<b>9</b>
<b>2- O modelo norte-americano de controlo jurisdicional da constitucionalidade</b> .....	<b>13</b>
2.1- Das bases inglesas ao caso Marbury vs. Madison (1803) .....	13
2.2- Outros casos importantes ao desenvolvimento do sistema .....	17
2.3- Características do modelo difuso norte-americano .....	20
<b>3- A fiscalização concreta no sistema de controlo jurisdicional da constitucionalidade em Portugal</b> .....	<b>23</b>
3.1- Evolução histórica do Sistema de Fiscalização Concreta em Portugal .....	23
3.2- Características fundamentais do atual sistema de controlo da constitucionalidade .....	27
3.3- O aspecto difuso da fiscalização concreta de constitucionalidade .....	31
<b>3.3.1. O incidente de inconstitucionalidade</b> .....	<b>36</b>
3.3.1.1- O objeto da questão da inconstitucionalidade .....	38
3.3.1.2- A legitimidade no incidente de inconstitucionalidade e a apreciação oficiosa pelo juiz. ....	41
3.3.1.3- Do prazo de iniciativa e de fiscalização da norma no incidente de inconstitucionalidade .....	43
3.4 - O aspecto concentrado da fiscalização concreta de constitucionalidade .....	43
<b>3.4.1- O recurso de constitucionalidade</b> .....	<b>43</b>
<b>3.4.2- Prazo Recursal</b> .....	<b>44</b>
<b>3.4.3 - Princípios reguladores</b> .....	<b>45</b>
<b>3.4.4 - O objeto do recurso</b> .....	<b>48</b>
<b>3.4.5 - A legitimidade recursal</b> .....	<b>51</b>
<b>3.4.6- Recurso obrigatório ao Ministério Público</b> .....	<b>52</b>
3.5- As decisões do Tribunal Constitucional .....	53
3.6- A influência dos Tribunais Europeus nas decisões do Tribunal Constitucional.....	56



<b>4 - A fiscalização concreta no sistema de controlo jurisdicional da constitucionalidade no Brasil .....</b>	<b>61</b>
4.1 – Evolução histórica do Sistema de Fiscalização Concreta no Brasil .....	61
4.2- Características do atual sistema de controlo de constitucionalidade brasileiro .....	65
4.3- O aspecto difuso da fiscalização concreta de constitucionalidade .....	68
4.4 – O Incidente de Arguição de Inconstitucionalidade .....	70
<b>4.4.1 - A legitimidade no incidente de inconstitucionalidade .....</b>	<b>71</b>
<b>4.4.2 – Cláusula da Reserva de Plenário .....</b>	<b>73</b>
<b>4.4.3 –O mandado de injunção como forma de sanar omissões inconstitucionais na fiscalização concreta .....</b>	<b>75</b>
<b>4.4.4- A Questionada Compatibilidade da Ação Civil Pública como Instrumento de Controle de Constitucionalidade por Via de Exceção .....</b>	<b>78</b>
4.5 – O aspecto concentrado da fiscalização concreta de constitucionalidade no Brasil: O Recurso Extraordinário .....	81
<b>4.5.1 – Requisitos do Recurso Extraordinário .....</b>	<b>83</b>
<b>4.5.2 – Princípios Reguladores .....</b>	<b>87</b>
<b>4.5.3 – Legitimidade Recursal .....</b>	<b>89</b>
<b>4.5.4 – Efeitos .....</b>	<b>91</b>
4.5.4.1 - A suspensão de lei declarada inconstitucional pelo STF: vinculação ou discricionariedade do Senado? .....	94
<b>4.5.5 – O problema do ativismo e as decisões políticas do STF .....</b>	<b>97</b>
4.5.5.1 – O neoconstitucionalismo como fator base de desenvolvimento do ativismo judicial.....	97
4.5.5.2 – O Ativismo Judicial como fundamento do papel de legislador positivo do Supremo Tribunal Federal .....	99
4.5.5.3 - Modos de prevenção e limites ao ativismo judicial .....	108
<b>5 - Conclusão .....</b>	<b>111</b>
<b>Bibliografia .....</b>	<b>116</b>
<b>Jurisprudência .....</b>	<b>131</b>

## 1 - INTRODUÇÃO

A Constituição é a base de todo ordenamento jurídico, devendo ser respeitada por todas as outras fontes de direitos<sup>1</sup>. Nesse diapasão, o ordenamento jurídico não é um sistema jurídico de normas igualmente ordenadas, colocadas lado a lado, mas um ordenamento escalonado de várias camadas de normas jurídicas, onde a Constituição está hierarquicamente superior às demais<sup>2</sup>. No ordenamento jurídico brasileiro, o princípio da supremacia da Constituição é implícito, isto é, não possui previsão em qualquer artigo da Constituição. Já no ordenamento jurídico português, este princípio possui previsão expressa no art. 3.º, n.º 3, da CRP, garantindo que a validade das leis e demais atos do Estado dependem de sua conformidade com a Constituição.

Para que o respeito pela Constituição seja efetivo, deve existir um sistema de mecanismos de garantia e controlo no ordenamento jurídico, designadamente um modelo de justiça constitucional<sup>3</sup>. Assim, o sistema de controlo jurisdicional da constitucionalidade possui papel principal para o cumprimento da lei fundamental. A justiça constitucional não é o único meio de garantia da constituição, sendo certo que consiste no mais usado e eficaz<sup>4</sup>. O modelo de justiça constitucional existente em cada ordenamento jurídico é tido como o elemento definidor do constitucionalismo<sup>5</sup>, podendo esta apresentar-se apenas centrada na fiscalização de normas ou abranger também a fiscalização de atos, assegurando um modelo mais protecionista de justiça constitucional, mais próximo dos cidadãos.

A doutrina diferencia o controlo jurisdicional da constitucionalidade das normas em dois modelos, levando em consideração a atribuição de competência a vários órgãos judiciais ou a um único tribunal. Refere-se, respectivamente, ao modelo difuso ou norte americano (*judicial review of legislation*) e ao modelo concentrado ou austríaco (*Verfassungsgerichtsbarkeit*)<sup>6</sup>, também conhecido como kelseniano. Este último modelo foi

---

<sup>1</sup> Kelsen, Hans. **Justiça Constitucional – A garantia Jurisdicional da Constituição**, in *Revista sub Judice*. Nº 20/21 – janeiro/junho, 2011. Coimbra: Editora Almedina, 2011, p. 10-11.

<sup>2</sup> Kelsen, Hans. **Teoria pura do direito**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003, p. 103.

<sup>3</sup> Miranda, Jorge. **Manual de Direito Constitucional**, Tomo VI, 4.ª ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2013, p. 11.

<sup>4</sup> Urbano, Maria Benedita. **Curso de Justiça Constitucional: Evolução Histórica e Modelos de Controlo de Constitucionalidade**. 2ª ed. Coimbra: Editora Almedina, 2016, p. 13

<sup>5</sup> Canotilho, J. J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**, 7.ª ed., Coimbra: Editora Almedina, 2003, p. 892.

<sup>6</sup> Cf. Cappelletti, Mauro. **O controle judicial de constitucionalidade das leis no direito comparado**. Porto Alegre: Editora Fabris, 1999, p. 35. Urbano, Maria Benedita. **Curso de Justiça Constitucional:**

submetido a sucessivas adaptações no decurso do seu processo de difusão no continente europeu, pelo que hoje em dia seja mais comum falar em “modelo europeu”, abrangendo este todos os sistemas que se impuseram na maior parte dos países europeus e que partilham a sua inspiração no paradigma kelseniano, sem serem considerados meras cópias<sup>7</sup>.

No modelo norte-americano a verificação da compatibilidade da lei com a Constituição é feita diante de um caso concreto. A constitucionalidade da norma configura-se como uma questão incidental ao julgamento da causa em juízo, exigindo do magistrado uma decisão no que se refere à inconstitucionalidade da norma a ser aplicada, caso pretenda julgar o mérito da ação. Em consequência dessa característica, esse sistema também ficou conhecido como sistema de fiscalização concreta da constitucionalidade ou sistema difuso de controlo da constitucionalidade. Ademais, em razão do *stare decisis*, os julgamentos de inconstitucionalidade de uma norma vinculam os órgãos jurisdicionais inferiores. Portanto, as decisões da Suprema Corte vinculam os juízes e tribunais de todo país, enquanto que as decisões dos tribunais de segunda instância vinculam os juízes que lhe estejam subordinados.

O sistema austríaco de controlo de constitucionalidade, que advém da Constituição austríaca de outubro de 1920, caracteriza-se pela análise da compatibilidade da lei em tese frente à Constituição, tarefa esta que incumbe exclusivamente a uma Corte Constitucional. Tal sistema foi arquitetado por Hans Kelsen, jurista convidado para a confecção do projeto que se transformaria na nova Carta Política da Áustria. Neste tipo de sistema, o controlo de constitucionalidade não pode ser considerado função típica do judiciário, mas uma função constitucional autônoma, que pode caracterizar-se como uma função de legislação negativa<sup>8</sup>.

Essas características lhe rendem denominações como sistema abstrato de controlo de constitucionalidade e sistema concentrado de controlo de constitucionalidade. A influência deste sistema no controlo jurisdicional de constitucionalidade em Portugal pode ser vista claramente no artigo 281º da Constituição Portuguesa, que prevê a fiscalização

---

**Evolução Histórica e Modelos de Controlo de Constitucionalidade.** 2ª ed. Coimbra: Editora Almedina, 2016, p. 30.

<sup>7</sup> URBANO, Maria Benedita. **Curso de Justiça Constitucional: Evolução Histórica e Modelos de Controlo de Constitucionalidade.** 2ª ed. Coimbra: Editora Almedina, 2016, p. 75. Em sentido contrário, não concordando com tal denominação, cf. FAVOREU, Luis. **Modèle américain et modèle européen de justice constitutionnelle**, in *Annuaire international de justice constitutionnelle*, IV. Aix-em-Provence: Presses Universitaires D'Aix-Marseille, 1988, p. 52.

<sup>8</sup> Cf CANOTILHO, J.J. Gomes; MOREIRA, Vital. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição.** 3. ed. Coimbra: Almedina, 1997. pp. 833-834.

abstrata da constitucionalidade e da legalidade, a cargo do Tribunal Constitucional. Já no Brasil, tal influência está no art. 102, I, a, da Constituição Federal, o qual dispõe sobre a competência do Supremo Tribunal Federal no julgamento da ação direta de inconstitucionalidade.

De acordo com Maria Benedita Urbano<sup>9</sup>, podemos considerar o sistema de controlo da constitucionalidade português, bem como o sistema brasileiro como um “modelo misto justaposto”, no qual percebemos a miscigenação de dois modelos puros - concentrado e difuso - dentro do mesmo processo de fiscalização; em contraposição ao “modelo misto dual”, no qual ocorre uma coexistência dos dois modelos. Assim, podemos afirmar que nos ordenamentos jurídicos português e brasileiro, o controlo de constitucionalidade das leis pode ser feito de forma concentrada, com efeitos *erga omnes*, pela via difusa, com efeitos, em regra, *inter partes*, ou, misturando as duas hipóteses, sendo concentrado no topo e difuso na base.

O presente trabalho tem como objetivo a realização de uma análise crítica, ainda que sintética, do sistema de fiscalização concreta existente nos ordenamentos luso-brasileiro, procurando suscitar a reflexão sobre a justiça constitucional e diligenciar por melhores soluções para os atuais problemas. Tomando como base o sistema norte-americano, analisaremos o ordenamento jurídico português e o brasileiro. Os dois, mesmo possuindo como base o sistema da *judicial review*, seguiram caminhos opostos. O Tribunal Constitucional português é marcado pela autocontenção em seus julgados, ao contrário do Supremo Tribunal Federal, que possui o ativismo judicial como característica presente em seus acórdãos.

Deste modo, por intermédio do método dedutivo de pesquisa, partindo-se do geral para o específico, e tendo como fontes a pesquisa bibliográfica, a análise legislativa e constitucional comparada, além da investigação da jurisprudência luso-brasileira, o presente trabalho faz um exame, em três partes, dos principais temas envolvidos para traçar um quadro geral comparativo do regime jurídico que rege a fiscalização concreta da constitucionalidade em Portugal e no Brasil, analisando as particularidades que os diferenciam.

---

<sup>9</sup> URBANO, Maria Benedita. **Curso de Justiça Constitucional** – Evolução histórica e modelos do controlo da constitucionalidade. 2ª ed. Coimbra: Editora Almedina, 2016, p. 34.

No primeiro capítulo, são examinados os aspectos que dizem respeito à fiscalização concreta de constitucionalidade, incluindo a análise histórica, desde o seu surgimento na Inglaterra, passando pelo famoso caso *Marbury vs. Madison*, julgado pela Suprema Corte norte-americana, bem como analisaremos outros casos importantes ao desenvolvimento do sistema nos Estados Unidos. Faremos, ainda, um exame pormenorizado das características do sistema difuso, a fim de analisar a base que serviu de sustentação para implementação do sistema no Brasil e, posteriormente, em Portugal.

No segundo capítulo, passa-se ao estudo da fiscalização concreta no ordenamento jurídico português. Será abordada sua evolução histórica, as características do sistema de controlo de constitucionalidade em Portugal, fazendo referência aos quatro mecanismos de fiscalização da constitucionalidade: fiscalização preventiva, concreta, abstrata sucessiva e inconstitucionalidade por omissão. Analisaremos as peculiaridades do incidente de inconstitucionalidade, quais sejam seu objeto, a legitimidade e o prazo para suscitá-lo, além da apreciação oficiosa pelo juiz. Por fim, passaremos ao estudo do aspecto concentrado da fiscalização concreta de constitucionalidade, analisando o recurso de constitucionalidade para o Tribunal Constitucional, os princípios reguladores do sistema e a influência dos Tribunais Europeus nas decisões do Tribunal Constitucional.

Enfim, o último capítulo tem como objetivo o estudo da fiscalização concreta no Brasil, analisando suas peculiaridades e os pontos em comum com o ordenamento português. Examinaremos a evolução histórica do sistema de fiscalização concreta brasileiro, as características do atual sistema de controlo de constitucionalidade, em seguida passaremos à análise do incidente de inconstitucionalidade e suas peculiaridades, como a cláusula de reserva de plenário. Refletiremos sobre a possibilidade de utilização do mandado de injunção e da ação civil pública como ações aptas à discussão da constitucionalidade de normas no caso concreto. Analisaremos o recurso extraordinário como o aspecto concentrado da fiscalização concreta de constitucionalidade no Brasil, explorando seus requisitos, os princípios aplicáveis, a legitimidade e seus efeitos. Por fim, abordaremos o ativismo judicial e as decisões políticas do Supremo Tribunal Federal.

## **2- O modelo norte-americano de controlo jurisdicional da constitucionalidade.**

Historicamente, foi nos Estados Unidos da América que a ideia de Constituição como lei maior primeiramente se impôs. Além disso, o sistema de controlo jurisdicional da constitucionalidade estadunidense foi o primeiro a ser estruturado, o que certamente foi uma das grandes contribuições norte-americanas ao desenvolvimento do constitucionalismo.

O modelo norte-americano, que posteriormente foi adotado por vários países, é o da fiscalização constitucional exercida pelo Poder Judiciário. Nesse sentido, os juízes dispõem de competência de declarar nulos todos os atos e leis contrários à Constituição norte-americana. A competência do Judiciário, nessa seara, é difusa, visto que pode ser declarada no curso de uma demanda, por qualquer juiz ou tribunal. Entretanto, mesmo que qualquer órgão jurisdicional possa exercer a fiscalização de constitucionalidade, a Suprema Corte, órgão de cúpula do Poder Judiciário americano, desempenha um papel decisivo no campo constitucional, em virtude do princípio do *stare decisis*, que atribui eficácia vinculante às suas decisões, além de que esta Corte possui a última e definitiva palavra a respeito das questões constitucionais<sup>10</sup>.

Para entender melhor este modelo de controlo de constitucionalidade, é necessário conhecer o contratempo histórico que levou ao seu surgimento e fazer uma análise, ainda que concisa, da estrutura do Poder Judiciário nos Estados Unidos e na Inglaterra, onde o ordenamento jurídico norte-americano possui raízes históricas. Nesse sentido, passemos agora à análise das bases inglesas até à ocorrência do caso *Marbury v. Madison*, em 1803, que, para muitos autores, deu origem ao controlo de constitucionalidade das leis nos Estados Unidos.

### **2.1- Das bases inglesas ao caso *Marbury v. Madison***

Uma das principais razões para a supremacia do Poder Judiciário norte-americano foi exatamente o contraponto ao sistema inglês da absoluta supremacia do Parlamento em relação a outros poderes, não admitindo a supremacia de uma Constituição. Nesse sentido, a supremacia do Parlamento na Inglaterra favoreceu, pois, o surgimento da denominada

---

<sup>10</sup> CLÈVE, Clèmerson Merlin. **A fiscalização abstrata da constitucionalidade no direito brasileiro**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995, p.50.

supremacia dos juizes nos Estados Unidos da América<sup>11</sup>. Ademais, a Inglaterra não admitia qualquer sistema de controlo de constitucionalidade, visto que como o Parlamento era expressão da vontade majoritária do povo deveria ser dada total credibilidade aos seus atos.

No ordenamento jurídico inglês, originariamente, a *common law* possuía supremacia sobre a lei escrita, jamais podendo ser contrariada por essa. Nesse sentido, Edward Coke desenvolveu uma doutrina que defendia a atuação dos juizes como guardiões da supremacia da *common law* sobre a autoridade do Parlamento e do próprio soberano<sup>12</sup>. Consagrou-se, assim, o pensamento de que os juizes poderiam declarar nula a lei do Parlamento quando contrária ao *common right and reason*. Em 1688, com a Revolução Gloriosa, esse pensamento perdeu força, consagrando a supremacia absoluta do Parlamento.

Em 1689, o Parlamento inglês promulgou o *Bill of Rights*, retirando do rei a posição de senhor soberano e institucionalizando a supremacia parlamentar. O parlamento passou a ter competência para modificar qualquer lei, inclusive as materialmente constitucionais, sem que qualquer autoridade, sendo judiciária ou não, tivesse competência para anular um ato parlamentar.

A supremacia da *common law*, embora tenha perdido força na própria Inglaterra, desenvolveu-se fortemente nas colônias britânicas na América do Norte. Tais colônias poderiam aprovar suas próprias leis, desde que elas não fossem contrárias as leis da Inglaterra, principalmente as Cartas da Metrópole, que eram consideradas a vontade suprema do Parlamento em relação a elas.

Em 1776, as treze colônias proclamaram, cada uma, a sua independência, nascendo treze novos Estados independentes, que se reuniram em uma Confederação. Posteriormente, em 1787, representantes de todos os Estados reuniram-se na Convenção Constitucional da Filadélfia e escreveram juntos a Constituição norte-americana, promulgada em 17 de setembro de 1787.

Não consta no texto constitucional, em qualquer ponto, o encargo a qualquer órgão da competência de zelar pela guarda da Constituição. Foi cogitada a hipótese de atribuição de tal poder ao próprio Congresso, visto que este possui a incumbência de iniciar o processo

---

<sup>11</sup> CAPELLETTI, Mauro. **O controle de constitucionalidade das leis no direito comparado**. Porto Alegre: Fabris, 1999, p.58.

<sup>12</sup> Nesse sentido, cf. SALDANHA, Nelson. **Formação da teoria constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2000, p. 37.

legislativo e de emenda constitucional. Entretanto, tal ideia não se concretizou no texto constitucional.

Atualmente, o Artigo VI<sup>13</sup> da Constituição Americana pode ser usado como fonte legal de base para o controle de constitucionalidade, visto que prevê a Cláusula da Supremacia – *Supremacy Clause*, que é considerada a mais importante garantia da união nacional, assegurando que a Constituição e as Leis Federais são utilizadas como precedente sobre as Leis Estaduais, além de orientar os juízes em duas decisões.

No entanto, antes mesmo da promulgação da Constituição, os juízes norte-americanos haviam afirmado que, nos casos que lhes fossem submetidos, poderiam deixar de aplicar a lei incompatível com as leis de maior importância. Os juízes seguiam precedentes decorrentes do fato de que, nas treze colônias na América, a metrópole inglesa concedia aos fundadores o poder de elaborar normas coloniais próprias, desde que não atentassem contra as normas que regiam a sua formação. Note-se que em decorrência desse sistema imposto pela Inglaterra, surgiu, nas colônias, a ideia de hierarquização das leis: as leis coloniais eram postas em patamar inferior, submetidas às normas, superiores, que emanavam da colônia – que foi o padrão imposto na Constituição rígida e do qual derivou o controle de constitucionalidade das leis<sup>14</sup>.

Em 1803, a Suprema Corte Americana julgou o famoso caso *Marbury v. Madison*, que consistia basicamente numa disputa política: saber se a nomeação de William Marbury, como Juiz de Paz, pelo Presidente anterior deveria ser respeitada ou não por James Madison, um dos Secretários de Estado do então Presidente, Thomas Jefferson. Entendia o novo presidente que a nomeação não estava completa, pois a entrega da comissão não tinha ocorrido, sendo nesse momento que o ato poderia ser considerado perfeito. Insatisfeito por não ter tomado posse, Marbury pediu a notificação de Madison a fim de apresentar as razões

---

<sup>13</sup> “**ARTIGO VI**

Todas as dívidas e compromissos contraídos antes da adoção desta Constituição serão tão válidos contra os Estados Unidos sob o regime desta Constituição, como o eram durante a Confederação. Esta Constituição e as leis complementares e todos os tratados já celebrados ou por celebrar sob a autoridade dos Estados Unidos constituirão a lei suprema do país; os juízes de todos os Estados serão sujeitos a ela, ficando sem efeito qualquer disposição em contrário na Constituição ou nas leis de qualquer dos Estados”.

<sup>14</sup> SLAIBI FILHO, Nagib. **Breve História do Controle de Constitucionalidade**. Disponível em: [http://www.tjrj.jus.br/c/document\\_library/get\\_file?uuid=ea10bf6f-babb-f4e869504a09b786e3&groupId=10136](http://www.tjrj.jus.br/c/document_library/get_file?uuid=ea10bf6f-babb-f4e869504a09b786e3&groupId=10136), acesso em 10 de dezembro de 2016, às 17:07h, p. 3.



pelas quais não realizou o ato. Madison não respondeu e Marbury ajuizou o *writ of mandamus*<sup>15</sup> diretamente junto à Suprema Corte.

A fim de julgar o caso, o Tribunal enumerou três questões basilares: 1. Teria Marbury, o nomeado, direito à comissão por ele requerida? 2. Se ele tivesse tal direito, e considerando-se que ele tivesse sido, de fato, violado, as leis dos Estados Unidos lhe facultariam algum recurso? 3. Se tal recurso fosse existente, seria ele um *mandamus* a ser emanado da Suprema Corte norte americana?

Em relação à primeira questão, a Suprema Corte posicionou-se no sentido de que Marbury teria direito à nomeação, visto que a comissão estava assinada pelo presidente e se completaria quando nela se houvesse estampado o selo dos Estados Unidos.

Já a segunda questão, que buscava saber se as leis norte americanas garantiam ao requerente um recurso específico capaz de assegurar o direito violado, foi também respondida afirmativamente pela Suprema Corte. Assim sendo, William Marbury não só tinha direito a ocupar o cargo de Juiz de Paz, como também lhe era garantido recorrer ao Poder Judiciário para fazer valer tal direito. No entendimento do Juiz Marshall, reiterado pela Suprema Corte, era cabível a expedição de *mandamus*, restando analisar apenas se competia à esta Corte expedi-lo.

De acordo com o voto de Marshall, a Lei Orgânica dos Tribunais dos Estados Unidos autorizava a Suprema Corte norte-americana a expedir ordens judiciais de *mandamus* nos casos justificados pelos princípios e costumes legais, a quaisquer tribunais ou pessoas que exerçam funções, sob a autoridade dos Estados Unidos. Assim sendo, como o Secretário de Estado é uma pessoa que exerce funções sob a autoridade do governo, tal hipótese do caso em questão estaria enquadrada na letra da lei.

Todavia, para a Suprema Corte embora possuísse competência para expedir o *mandamus* solicitado por Marbury, tal previsão legal era inválida, pois colidia com norma

---

<sup>15</sup> A fim de compreender melhor o assunto, utilizaremos o conceito de *writ of mandamus* empregado por John Marshall na decisão de Marbury v. Madison, disponível em <http://caselaw.findlaw.com/us-supreme-court/5/137.html>; acessado em 28 de novembro de 2016, às 16:41h: “Blackstone, in the third volume of his Commentaries, page 110, defines a mandamus to be, 'a command issuing in the king's name from the court of king's bench, and directed to any person, corporation, or inferior court of judicature within the king's dominions, requiring them to do some particular thing therein specified which appertains to their office and duty, and which the court of king's bench has previously determined, or at least supposes, to be consonant to right and justice.’”

de hierarquia superior. A Constituição Americana fixara claramente a competência da Suprema Corte e somente ela poderia alterá-la, estendendo ou diminuindo, sendo inconstitucional qualquer lei ordinária que o fizesse, razão pela qual o art. 13 da Lei Judiciária de 1789 era inconstitucional.

Com a decisão desse caso emblemático, reconheceu-se que a Suprema Corte poderia efetuar o controlo de constitucionalidade de qualquer legislação infraconstitucional, afirmando, assim, que a interpretação das leis terá que ser sempre em harmonia com a Constituição<sup>16</sup>. Assim, os atos do Poder Legislativo contrários à Constituição devem ser revogados, corroborando a tese de que possíveis antinomias além de serem resolvidas pelo critério da especialidade - *Lex specialis derogat legi generali* - e pelo critério cronológico - *Lex posterior derogat legi priori*-, serão também resolvidas pelo critério hierárquico - *Lex superior derogat legi inferiori*.

Para a generalidade da doutrina, *Marbury v. Madison* foi o primeiro caso em que se afirmou a possibilidade de tal controlo de constitucionalidade da legislação. Com o tempo, o modelo norte-americano foi aprimorado por outros casos julgados pela corte, alguns deles emblemáticos, os quais passaremos a analisar no tópico a seguir.

## **2.2- Outros casos importantes ao desenvolvimento do sistema**

A decisão da Suprema Corte de 1803 transformou-se em regra de controlo de constitucionalidade no ordenamento jurídico norte-americano e referência para diversos outros Estados, pois, antes de *Marbury v. Madison*, a teoria da separação de poderes e dos pesos e contrapesos não passavam de noções abstratas.

Em 1816, no caso *Martin v. Hunter's Lessee* a discussão sobre quem seria o dono de uma propriedade no Estado norte-americano da Virgínia gerou a seguinte questão: teria a Suprema Corte qualquer poder sobre uma decisão proferida pela corte estadual da Virgínia? O Estado da Virgínia afirmara que a soberania federal e a soberania estadual eram

---

<sup>16</sup> Nesse sentido, Robert McCloskey afirma que: “In fact two of Marshall’s three argumentative illustrations of obviously invalid laws would be just as apposite if state, rather than national, power were being called into question. The important point is that the Court may refuse to enforce an unconstitutional law, whatever its sources may be. *Marbury* is thus not, as it might appear at first glance, a digression from the long-run struggle against excessive localism; on the contrary, it is a crucial skirmish in the campaign, for when state laws are later judicially challenged, the precedent of *Marbury* stand ready to back up the challenge.” (MCCLOSKEY, Robert Green. **The American Supreme Court**. 2ªed Chicago: The University of Chicago Press, 1994, p. 28)

equivalentes, razão pela qual o poder da Corte não se estendia sobre a decisão exarada pela corte estadual da Virgínia. Todavia, a Suprema Corte rejeitou tal tese e, a partir de uma análise constitucional delicada, afirmou que possuía o poder de reformar as decisões das cortes estaduais para garantir a uniformidade na aplicação das leis e cumprir, integralmente, a regra da cláusula de supremacia da Constituição sobre as leis estaduais.

Outro precedente relevante também envolve o Estado da Virgínia, é o caso *Cohen v. Virginia*, julgado em 1821. Em recurso, a questão principal, a ser discutida pelo Excelso Tribunal, era se a Suprema Corte tinha o poder de rever a decisão proferida pela corte estadual da Virgínia. A Suprema Corte norte-americana, em julgamento unânime, afirmou que possuía jurisdição para rever procedimentos criminais estaduais. O juiz John Marshall reconheceu que a Corte teria competência para se manifestar em todos os casos em que houvesse matéria constitucional, sendo negada a preliminar de incompetência da Suprema Corte em rever as decisões da corte estadual.

Nesse sentido, a Suprema Corte afirmou que, como guardião da Constituição, possuía competência para, em grau recursal, rever todas as decisões das cortes estaduais. Esta conclusão aparentemente pode ser vista como óbvia, entretanto foi um grande avanço nos Estados Unidos, visto que naquela época, a ideia de federação e de autonomia dos membros era muito forte. Assim sendo, a sentença do presente caso mostrou que os estados da federação possuíam autonomia, mas não tinham soberania, logo as decisões proferidas pelos tribunais estaduais poderiam ser revistas em recurso pela Suprema Corte dos Estados Unidos, com o objetivo de garantir a supremacia da Constituição. Este era o ônus imposto a todos os Estados para que pertencessem à federação norte-americana.

Já no século XX, no caso *South Carolina v. Katzenbach* (1966) questionou-se a Lei de Direito ao Voto (*Voting Rights Act*), de 1965, que estabeleceu o fim das práticas eleitorais discriminatórias, além de conferir poderes aos fiscais federais para intervir nas eleições estaduais para investigar ilegalidades cometidas durante as eleições. Alegando que cada Estado possuía o direito de programar e controlar suas eleições, o Estado da Carolina do Sul questionou tal lei federal. Ao analisar a questão, a Suprema Corte dos Estados Unidos declarou a constitucionalidade da lei federal, afirmando que a XV Emenda<sup>17</sup> conferia ao

---

<sup>17</sup> “AMENDMENT XV- **Section 1.** The right of citizens of the United States to vote shall not be denied or abridged by the United States or by any State on account of race, color, or previous condition of servitude. **Section 2.** The Congress shall have power to enforce this article by appropriate legislation”.

Congresso Nacional poderes a fim de prevenir a discriminação racial durante as eleições e que tal lei era uma resposta legítima para ações que impediam o exercício do direito ao voto pelos negros. Tal decisão consolidou, mais uma vez, a prevalência de uma norma superior, no caso a lei federal de direito ao voto, em contraposição à normas inferiores, como as leis estaduais.

Questão de grande repercussão foi enfrentada pela Suprema Corte no julgamento de *United States v. Nixon* em 1974. O caso *Watergate* foi um dos maiores escândalos políticos nos Estados Unidos que, ao vir à tona, culminou na renúncia do presidente Nixon, eleito pelo Partido Republicano. O Procurador da República relatou que Nixon e seus assessores realizaram gravações de áudio no salão oval da Casa Branca onde haviam conversas que os incriminariam. Nixon defendeu-se afirmando que possuía prerrogativas decorrentes do cargo, razão pela qual não seria obrigado a apresentar informações confidenciais, tendo também o direito de obter informações de outros órgãos a fim de salvaguardar os interesses nacionais e possuindo imunidade total da revisão de seus atos pelo Poder Judiciário.

A questão principal no caso era decidir se o Presidente da República tinha direito a obter informações confidenciais usando privilégios decorrentes do cargo e, ainda, se ele possuía imunidade total em relação ao *judicial review*, estando o Poder Judiciário impossibilitado de rever os atos presidenciais. A Suprema Corte, após análise dos fatos, decidiu que nem a tese da separação de poderes, muito menos a necessidade de sigilo das comunicações, poderiam sustentar um privilégio presidencial absoluto e totalmente desqualificado. Ademais, a Corte também entendeu que o Presidente possuía um privilégio limitado ao acesso a informações sigilosas nas áreas militares e em assuntos diplomáticos, devendo sempre ser respeitado o devido processo legal na administração da justiça para obtenção de qualquer outro tipo de informações. Por fim, foi arbitrado que ele deveria obedecer a intimação e liberar as fitas e os documentos produzidos com gravações clandestinas. Poucos dias após a entrega das fitas, Nixon renunciou à presidência da república dos Estados Unidos e o processo de impeachment contra ele foi finalizado.

Tendo em vista todo o exposto e, obviamente, sem a menor pretensão de esgotar um tema tão extenso, podemos afirmar que a Suprema Corte dos Estados Unidos foi a responsável pelo desenvolvimento do controle de constitucionalidade difuso, dando aos

juizes de qualquer instância o poder de julgar a inconstitucionalidade de leis e atos contrários à Constituição. Ademais, tal Corte, utilizando diversos julgamentos que se seguiram ao famoso caso *Marbury v. Madison*, assegurou a sua competência para rever decisões e leis estaduais em face da Constituição norte-americana, garantindo, assim, a supremacia constitucional. A fim de melhor compreendermos este modelo, passaremos à análise das características que o distinguem.

### **2.3- Características do modelo difuso norte-americano**

Analisaremos as características do modelo difuso sob três aspectos: subjetivo, analisando quais órgãos teriam o poder de realizá-lo; modal, que diz respeito à análise de como as questões de constitucionalidade das leis são levantadas e decididas; e, em relação à amplitude do controle de constitucionalidade.

Em relação ao aspecto subjetivo ou orgânico, podemos afirmar que no controle difuso é atribuído a todos os órgãos judiciários, inferiores ou superiores, federais ou estaduais, o poder de realizar o controle de constitucionalidade. Entretanto, mesmo que todos os tribunais possuam competência para realizar o controle de constitucionalidade, é necessário o respeito ao princípio do *stare decisis*, que limita tal atribuição.

De acordo com tal princípio, uma decisão da Suprema Corte vincula o entendimento da questão de constitucionalidade para todos os órgãos do Poder Judiciário, fazendo com que estes se vinculem aos precedentes, os quais, quase sempre, possuem eficácia *erga omnes* e efeito retroativo. Nesse sentido, a jurisdição inferior passa a ter suas decisões vinculadas aos julgamentos da jurisdição constitucional superior. Entretanto, o princípio do *stare decisis* não é absoluto, sendo limitado pelo princípio federalista. Assim, nas matérias de competência estadual, o *stare decisis* atua apenas no âmbito da hierarquia judiciária de cada Estado Federado e, na jurisdição federal, quando esta aplicar um direito estadual.

Faz-se necessário ressaltar, ainda, que mesmo com a existência desse princípio, a jurisdição constitucional americana não se encontra engessada, pelo contrário, está sempre em grande renovação. Isso se deve ao fato de que os tribunais supremos dos Estados

Federados e a Suprema Corte não se encontram vinculados às suas próprias decisões<sup>18</sup>, sendo inclusive comum que a Suprema Corte, através do *overruling*, altere a sua jurisprudência, em virtude do teor aberto das normas constitucionais, além do caráter dinâmico de interpretação das mesmas<sup>19</sup>, que sempre vai de acordo com o que está acontecendo na sociedade.

Quanto ao aspecto modal, ou formal, inicialmente, nos Estados Unidos, se exercia o controlo de constitucionalidade em via incidental, ou seja, no curso de um processo comum e, somente na medida em que a lei questionada como inconstitucional fosse indispensável para a resolução do caso concreto. Nesse sentido, seria competente para julgar a questão da inconstitucionalidade da lei o mesmo órgão judiciário que seria competente para julgar o caso concreto no qual a questão foi levantada.

Outra maneira de controlo de constitucionalidade, nessa época, era a *injunction*, que visava impedir que funcionários públicos, obrigados a cumprir a lei tida como inconstitucional, a aplicassem ou tentassem aplicá-la. Em 1910, o Congresso norte-americano estabeleceu que tal ação deveria ser apreciada por uma corte federal especial de três juízes, com recurso direto para a Suprema Corte.

Todavia, como o controlo de constitucionalidade era exercido exclusivamente diante de um caso concreto, diversos advogados tinham que propor ações fictícias a fim de que os tribunais se manifestassem a respeito da constitucionalidade das leis. Em decorrência disto, alguns estados passaram a admitir a ação declaratória como meio de provar a constitucionalidade das leis. Entretanto, criou-se um problema: os Tribunais Federais e a Suprema Corte não admitiam recurso da sentença declaratória, conseqüentemente os Tribunais que julgavam tal ação declaratória passaram a ser instância única, o que acabava por ferir o sistema. Em 1934, o Congresso promulgou uma lei que incluía na jurisdição das Cortes Federais inferiores as ações declaratórias para o controlo da constitucionalidade das leis, passando assim os Tribunais Federais e a Suprema Corte a serem os graus superiores no ordenamento jurídico para julgarem quaisquer recursos oriundos dessas ações.

---

<sup>18</sup> DAVID, René. **Os grandes sistemas do direito contemporâneo**. 4ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2001, p. 490.

<sup>19</sup> TRIBE, Laurence H. **American Constitucional Law**. Vol. I. New York: Foundation Press, 2000, pp. 236-237.

Assim, atualmente, em relação ao aspecto modal, a inconstitucionalidade nos Estados Unidos pode ser suscitada por: via de exceção, numa ação concreta; por *injuction*; e, pela ação declaratória. Em relação aos efeitos emanados da sentença, a lei inconstitucional é considerada absolutamente nula e ineficaz. Assim sendo, a jurisdição constitucional exerceria um controlo meramente declaratório, onde o juiz apenas declararia a lei nula, por um vício pré-existente.

Em relação à amplitude do controlo de constitucionalidade, nos Estados Unidos, o controlo é tanto formal quanto substancial. O controlo formal de constitucionalidade ocorre no momento em que a lei ou ato normativo infraconstitucional contiver algum vício no processo legislativo de sua elaboração, ou seja, em sua forma, ou ainda, em razão de sua elaboração por autoridade incompetente. Já a inconstitucionalidade substancial, também conhecida como inconstitucionalidade por vício material, se refere ao conteúdo do ato normativo; caso um ato normativo afronte a Constituição, seja em relação aos princípios fundamentais, ou qualquer direito ou garantia fundamental, deverá ser declarado inconstitucional, por possuir um vício material.

Ademais, faz-se necessário ressaltar que as decisões, neste modelo difuso de controlo de constitucionalidade, gozam de eficácia *ex tunc*, ou seja, com eficácia retroativa e, predominantemente, *inter partes*, não alcançando terceiros; entretanto caso a decisão seja tomada pela Suprema Corte, ocorre a vinculação dos demais membros do Poder Judiciário no julgamento de outros casos que tenham base no mesmo dispositivo de lei.

### **3- A fiscalização concreta no sistema de controlo jurisdicional da constitucionalidade em Portugal**

#### **3.1- Evolução histórica do Sistema de Fiscalização Concreta em Portugal**

O início da justiça constitucional em Portugal remonta à primeira metade do século XIX. Tendo como marco inicial a Constituição Monárquica de 1822, na qual o modelo de fiscalização instituído era essencialmente político, estando o controlo da constitucionalidade atribuído às cortes, fruto do ideal de parlamentarismo e da desconfiança quanto ao poder judicial, oriundos da revolução francesa<sup>20</sup>.

Durante a segunda metade do século XIX surgiram as primeiras manifestações doutrinárias que sugeriam a criação de um modelo de fiscalização judicial, como meio de controlo da atividade legislativa do poder executivo que, naquela época, não possuía competência prevista constitucionalmente para legislar; todavia, ainda assim legislava, pondo em causa o parlamentarismo e a própria Constituição.

Nessa época, os tribunais portugueses confrontaram-se com a questão de saber se os juízes deveriam obedecer aos decretos ditatoriais e, em quais termos, poderiam recusar-lhes a aplicação num caso concreto que tivessem que decidir desses atos do poder executivo. Data-se de 1842 a primeira representação do Supremo Tribunal de Justiça dirigida à Rainha D. Maria II, na qual foi determinado que seria nulo todo e qualquer ato legislativo que não fosse decretado e sancionado com as formalidades e pelos meios constitucionais. Numa segunda representação, datada de 1944, esse tribunal reafirmaria a competência do poder judicial para recusar a aplicação, no caso concreto, de um decreto ditatorial<sup>21</sup>.

Com a Constituição de 1911, após a proclamação da República, pela primeira vez, em Portugal, passa a ser previsto constitucionalmente o modelo de fiscalização jurisdicional da constitucionalidade, tendo o artigo 63<sup>22</sup>, desse diploma legal, consagrado a fiscalização

---

<sup>20</sup> Cf MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito Constitucional**. Vol. III. Tomo VI. Coimbra: Coimbra Editora, 2014, p. 155. GOUVEIA, Jorge Bacelar. **Manual de Direito Constitucional**. Vol. II. Coimbra: Editora Almedina, 2005, p. 1326.

<sup>21</sup> AMARAL, Maria Lúcia e PEREIRA, Ravi Afonso. **Um tribunal como os outros. Justiça Constitucional e Interpretação da Constituição**. In *Estudos em homenagem ao conselheiro presidente Rui Ramos Moura*. Vol. I. Coimbra: Editora Almedina, 2016, pp. 403-404.

<sup>22</sup> “Art. 63 - O Poder Judicial, desde que, nos feitos submetidos a julgamento, qualquer das partes impugnar a validade da lei ou dos diplomas emanados do Poder Executivo ou das corporações com autoridade pública, que



difusa de leis e diplomas emanados do poder executivo<sup>23</sup>, sendo a primeira Constituição europeia a consagrar expressamente tal hipótese<sup>24</sup>.

A inspiração da Constituição Republicana de 1911 foi o modelo norte-americano<sup>25</sup> da *judicial review*, no qual a questão da constitucionalidade da norma apresenta-se como incidental para o julgamento do mérito da causa. Tal influência do sistema norte-americano ocorreu por intermédio do pensamento republicano brasileiro<sup>26</sup>, concretamente através da Constituição Brasileira de 1891, que previa em seu artigo 59<sup>27</sup>, §1º, este tipo de controlo jurisdicional da constitucionalidade, servindo claramente de inspiração ao artigo 63º da Constituição Portuguesa de 1911. Todavia, apesar da inovação constitucional, na prática o sistema de fiscalização da constitucionalidade das leis não teve qualquer efeito, não alterando a prática judiciária<sup>28</sup>.

---

tiverem sido invocados, apreciará a sua legitimidade constitucional ou conformidade com a Constituição e princípios nela consagrados”.

<sup>23</sup> Nesse sentido, cf MIRANDA, JORGE. **Manual de Direito Constitucional**. Vol. III. Tomo VI. Coimbra: Coimbra Editora, 4ª Edição, 2013, pp.156-158. CANOTILHO, J. J. Gomes, **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**, 7.ª ed. Coimbra, Almedina, 2003, pp. 913-914. MIRANDA, Jorge; MEDEIROS, Rui. **Constituição Portuguesa Anotada**, Tomo III, Coimbra Editora, Coimbra: 2007, P.49. MORAIS, Carlos Blanco de. **Justiça Constitucional**, Tomo II, 2.ª ed. Coimbra Editora, Coimbra, 2011, p. 596, nota 880.

<sup>24</sup> Cf. TELES, Miguel Galvão. **A concentração da competência para o conhecimento jurisdicional da inconstitucionalidade das leis**, in *O Direito: Revista de Ciências Jurídicas e Administração Pública*, ano 103.º, 1971, p. 192; COSTA, José Manuel M. Cardoso da. **A Jurisdição Constitucional em Portugal**. 3.ª ed. Coimbra: Editora Almedina, 2007, p. 11; MIRANDA, Jorge; MEDEIROS, Rui. *Op. Cit.*, p. 49.

Há quem afirme que na verdade a Noruega teria consagrado, embora não expressamente, o princípio do controlo jurisdicional da constitucionalidade durante a vigência da sua Constituição de 1814, ou seja, antes de Portugal. Nesse sentido cf. SLAGSTAD, Rune. **The Breakthrough of Judicial Review in the Norwegian System**, in *Constitutional Justice Under Old Constitutions*. London: Kluwer Law International, 1995, p. 81.

<sup>25</sup> Cf GOUVEIA, Jorge Bacelar. **Manual de Direito Constitucional**. Vol. II. Coimbra: Editora Almedina, 2005, p. 1323. MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito Constitucional**. Cit., p. 128. MEDEIROS, Rui. **A decisão de inconstitucionalidade – Os autores, o conteúdo e os efeitos da decisão de inconstitucionalidade da lei**. Lisboa: Universidade Católica Editora, 1999, p. 17.

<sup>26</sup> Cf. CANOTILHO, J.J. Gomes. **Fiscalização da Constitucionalidade e da Legalidade**, in *Dicionário Jurídico da Administração Pública*, vol. IV, julho – 1991, p. 363. Cfr, também, as Atas da Assembleia Nacional Constituinte de 1911: de 15 de junho a 25 de agosto, Lisboa, Assembleia da República, 1986, sessão n.º15, p.17.

<sup>27</sup> “Art.59 (...)

§1º Das sentenças das justiças dos Estados em ultima instancia haverá recurso para o Supremo Tribunal Federal: (...)

b) quando se contestar a validade de leis ou de actos dos governos dos Estados em face da Constituição, ou das leis federais, e a decisão do tribunal do Estado considerar validos esses actos, ou essas leis impugnadas”.

<sup>28</sup> Cf. MIRANDA, Jorge. **A Fiscalização da Constitucionalidade: Uma Visão Panorâmica**, in *Scientia Iuridica – Revista de Direito Comparado Português e Brasileiro*, Tomo XLII, n.os 244/246, julho/dezembro, 1993, pp. 169-170. Idem. **Nos dez anos de funcionamento do Tribunal Constitucional**, in *Legitimidade e Legitimação da Justiça Constitucional*, Coimbra, 1995, p. 93. COSTA, José Manuel M. Cardoso da. **A Jurisdição Constitucional em Portugal**, 3.ª ed. Almedina, Coimbra, 2007, p. 12; DINIZ, A. Monteiro. **A fiscalização concreta de constitucionalidade como forma privilegiada de dinamização do direito constitucional** - o sistema vigente e o ir e vir dialético entre o Tribunal Constitucional e os outros tribunais, in *Legitimidade e Legitimação da Justiça Constitucional*, Coimbra Editora, Coimbra, 1995, p. 200. MIRANDA,

Em 1933, foi implantada uma nova Constituição, introduzindo algumas alterações no sistema. Foi alargada a competência do exercício do controlo de constitucionalidade a todos os tribunais, os quais passaram a possuir a competência de arguir *ex officio* a inconstitucionalidade das normas no caso concreto, ou seja, sem a necessidade de requerimento de qualquer uma das partes. Entretanto, o sistema difuso de fiscalização de constitucionalidade foi limitado, passando a analisar apenas as questões de inconstitucionalidade material, estando as questões de inconstitucionalidade orgânica e formal entregues à fiscalização política da Assembleia Nacional<sup>29</sup>. Em 1971, esta Constituição passou por uma reforma que introduziu a possibilidade de realização de controlo de constitucionalidade concentrado e abstrato, com natureza política, sendo de competência da Assembleia Nacional<sup>30</sup>.

O sistema de controlo jurisdicional da constitucionalidade, foi largamente alterado com a entrada em vigor da Constituição de 1976, caracterizando-se pela sua complexidade. Trata-se de um sistema misto, onde se identificam simultaneamente características e mecanismos próprios do sistema austríaco de controlo de constitucionalidade e da *judicial review* desenvolvida no direito norte-americano<sup>31</sup>.

Em 1982 ocorreu a primeira revisão constitucional, a qual procurou diminuir a carga ideológica da Constituição, flexibilizar o sistema económico e redefinir as estruturas do exercício do poder político. Ademais, em decorrência das inúmeras críticas ao sistema então vigente, e à necessidade de alteração deste, houve a reformulação do sistema de

---

Jorge; MEDEIROS, Rui, **Constituição Portuguesa Anotada**, Tomo III, Coimbra Editora, Coimbra, 2007, p. 50; MORAIS, Carlos Blanco de. **Justiça Constitucional**, Tomo I, 2.<sup>a</sup> ed. Coimbra Editora, Coimbra, 2006, pp. 318 e 322-323, e II, p. 596.

<sup>29</sup>Cf. TELES, Miguel Galvão. **A concentração da competência para o conhecimento jurisdicional da inconstitucionalidade das leis**, in *O Direito: Revista de Ciências Jurídicas e Administração Pública*, ano 103.º, 1971, p. 193; MORAIS, Carlos Blanco de. **Justiça Constitucional**, Tomo I, 2.<sup>a</sup> ed. Coimbra Editora, 2006, pp. 319-320, e, do mesmo autor, Tomo II, p. 596. MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito Constitucional**, Tomo VI, 3.<sup>a</sup> ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2008, p. 158; MIRANDA, Jorge; MEDEIROS, Rui. **Constituição Portuguesa Anotada**, Tomo III. Coimbra: Coimbra Editora, 2007, pp. 49-50 e 53; CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**, 7.<sup>a</sup> ed. Coimbra: Editora Almedina, 2003, pp. 914-915. FONSECA, Guilherme. **Fiscalização concreta da Constitucionalidade e da Legalidade: Breves noções**, in *Scientia Iuridica – Revista de Direito Comparado Português e Brasileiro*, Tomo XXXIII, 1984, p. 455.

<sup>30</sup> Cf. MOREIRA, Vital. **A fiscalização concreta no quadro do sistema misto de justiça constitucional**, in *Boletim da Faculdade de Direito*. Coimbra: 2013, p. 815-816.

<sup>31</sup> Nesse sentido: CANOTILHO, J.J. Gomes. **Fiscalização da Constitucionalidade e da Legalidade**, in *Dicionário Jurídico da Administração Pública*, vol. IV, julho – 1991, p.363; MOREIRA, Vital. **A fiscalização concreta no quadro do sistema misto de justiça constitucional**, in *Boletim da Faculdade de Direito*. Coimbra: 2013, p. 815.

fiscalização da constitucionalidade. Esta revisão criou um verdadeiro sistema de controlo jurisdicional da constitucionalidade no ordenamento jurídico português, com a criação do Tribunal Constitucional e a extinção do Conselho da Revolução<sup>32</sup>.

Naquele momento, o legislador entendeu que a melhor forma de reorganizar a justiça constitucional não seria simplesmente voltar ao modelo de fiscalização difusa da Constituição de 1911, inspirado no modelo norte-americano. Seria necessário estabelecer um modelo misto, em que num único sistema se conjugassem as melhores matrizes dos diferentes sistemas de fiscalização da constitucionalidade. Assim, o modelo português, surgiu como um modelo único, resultante da aglomeração de diferentes partes do modelo, mas com influência clara do modelo norte-americano da *judicial review*, do modelo europeu<sup>33</sup>, kelseniano, do modelo francês e, ainda, com inspiração na Constituição da Iugoslávia de 1975<sup>34</sup>.

O sistema de controlo jurisdicional da constitucionalidade português, surgido com a revisão constitucional de 1982, apresenta quatro características fundamentais: a conjugação da fiscalização judicial concreta e difusa com a fiscalização abstrata e concentrada; a possibilidade de fiscalização não apenas por ação, mas também por omissão; a existência do mecanismo de fiscalização preventiva, de inspiração francesa; e, por fim, o instituto de fiscalização da legalidade das leis, o qual não tem paralelo em nenhum outro sistema jurídico.

Em 1989 ocorreu a 2.<sup>a</sup> Revisão Constitucional, alterando os artigos que definiam as funções dos tribunais judiciais e do Tribunal Constitucional e a sua organização. Dentre as quais: extensão das competências do Tribunal Constitucional no contencioso eleitoral e nas questões dos referendos; o alargamento do objeto do processo de fiscalização da legalidade das leis de valor reforçado, previstas no art. 112.º, nº3, da CRP. Além disso, foi criado o recurso para o Plenário do Tribunal Constitucional.

---

<sup>32</sup> Cf. ARAÚJO, ANTÓNIO. **Construção da justiça constitucional portuguesa: o nascimento do Tribunal Constitucional** - in *Revista Análise Social*, vol. xxx, 1995, pp. 881-946.

<sup>33</sup> Faz-se necessário ressaltar que não constitui objetivo deste trabalho fazer um estudo aprofundado do sistema austríaco de controlo de constitucionalidade, bem como da fiscalização abstrata da constitucionalidade em Portugal. Apenas os citamos para uma compreensão mais ampla do leitor do sistema misto de controlo de constitucionalidade português, para que, desta maneira, possa haver uma melhor análise da fiscalização concreta de constitucionalidade em Portugal.

<sup>34</sup> MORAIS, Carlos Blanco de. **Justiça Constitucional**, Tomo II, 2.<sup>a</sup> ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2011, pp. 329-330.

As revisões que se seguiram, em 1992 e 1997, vieram adaptar o texto constitucional aos princípios dos Tratados da União Europeia, Maastricht e Amsterdam. A revisão de 1992 não alterou em nada o sistema de fiscalização da constitucionalidade. Já a revisão de 1997 realizou alterações necessárias para o melhor funcionamento do Tribunal Constitucional e afirmação do mesmo enquanto um tribunal independente. Foram atribuídas novas competências, ligadas a questões dos referendos e aos processos eleitorais. Houve, ainda, a alteração do regime de mandato dos juízes, que passou a ser de nove anos e não renovável. As revisões constitucionais ocorridas posteriormente não trouxeram grandes alterações ao modelo de controlo jurisdicional da constitucionalidade.

### **3.2- Características fundamentais do atual sistema de controlo da constitucionalidade.**

Conforme referido anteriormente, o sistema português de fiscalização da constitucionalidade pode ser caracterizado como um sistema misto, visto que é composto por vários tipos de controlo jurisdicional constitucional, quais sejam: preventivo, sucessivo, difuso e concentrado. Desta maneira, a atual Constituição da República Portuguesa (CRP) prevê, no seu articulado, a existência de quatro mecanismos de fiscalização da constitucionalidade, designadamente:

1) A fiscalização preventiva da constitucionalidade, prevista nos arts. 278.º e 279.º, da CRP, na qual o Tribunal Constitucional se pronuncia quanto à inconstitucionalidade de determinadas normas antes de elas entrarem em vigor no ordenamento jurídico. Releva observar que o objeto da fiscalização é apenas a inconstitucionalidade e não também a ilegalidade como acontece na fiscalização sucessiva<sup>35</sup>. Além disso, o objeto deste tipo de fiscalização é limitado, ao contrário de outros tipos de fiscalização nos quais o objeto é alargado. Nesse sentido, as normas que podem ser submetidas ao controlo do Tribunal não são quaisquer normas, mas apenas as constantes<sup>36</sup>: a) de tratados submetidos ao Presidente da República (PR) para ratificação; b) decretos enviados ao PR para serem promulgados como lei ou decreto-lei; c) decretos de aprovação de acordos internacionais enviados ao PR

---

<sup>35</sup> AC n.º 190/87, do TC.

<sup>36</sup> CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**, 7.ª ed. Coimbra: Editora Almedina, 2003, p. 1027.

para assinatura; d) decretos legislativos regionais ou decretos regulamentares de lei da República que tenham sido enviados aos Ministros da República para assinatura.

O prazo para requerer esse tipo de fiscalização é de oito dias, a contar da data da recepção do diploma, tendo a entidade requerente que indicar as normas que pretende que o tribunal aprecie, especificando quais normas ou princípios constitucionais que considera violados<sup>37</sup>. A competência para julgamento pertence ao Plenário do Tribunal Constitucional<sup>38</sup>;

2) A fiscalização concreta, nos termos dos artigos 204.º e 280.º da CRP, através da qual qualquer tribunal pode julgar ou não quaisquer atos normativos inconstitucionais nos feitos submetidos a julgamento;

3) A fiscalização abstrata sucessiva, nos termos do art. 281.º da CRP, ocorre quando, independentemente de um caso concreto, analisa-se a constitucionalidade de quaisquer normas. O Tribunal Constitucional atua claramente como defensor da Constituição relativamente ao legislador e como órgão de garantia da hierarquia constitucional<sup>39</sup>;

4) Por fim, a fiscalização da inconstitucionalidade por omissão, prevista no art. 283.º, da CRP, realizada pelo Tribunal Constitucional “em virtude de um silêncio inconstitucional dos órgãos legislativos”<sup>40</sup>.

Além desses quatro tipos autônomos de fiscalização de constitucionalidade, podemos fazer referência aos processos mistos de fiscalização da constitucionalidade, também chamado de processo de declaração da inconstitucionalidade com base em controlo concreto<sup>41</sup>, nos quais sempre que uma norma tenha sido julgada inconstitucional pelo Tribunal Constitucional em três casos concretos, qualquer um de seus Juizes-Conselheiros ou o Ministério Público pode requerer a apreciação da constitucionalidade da mesma norma

---

<sup>37</sup> CORREIA, Fernando Alves. **Justiça Constitucional**. Coimbra: Editora Almedina, 2016, pp. 218-219.

<sup>38</sup> Art. 224.º, n.º2, da Constituição.

<sup>39</sup> CANOTILHO, J. J. Gomes. CANOTILHO, J. J. Gomes, **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**, 7.ª ed. Coimbra, Almedina, 2003, p. 918.

<sup>40</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito, direitos; Tribunal, tribunais, em Portugal - O Sistema Político e Constitucional**, org. por M. Baptista Coelho, 1989, Lisboa, p. 901.

<sup>41</sup> CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. *Op. Cit.*, p. 1024.

em sede de fiscalização abstrata sucessiva, a fim de que a inconstitucionalidade passe a ter força obrigatória geral, nos termos do art. 281.º, n.º 3, da CRP e do art.º 82.º, da LTC<sup>42</sup>.

Tendo analisado, de forma sucinta, as formas de fiscalização da constitucionalidade existentes no ordenamento jurídico português, importa examinar detalhadamente o mecanismo de fiscalização concreta da constitucionalidade e da legalidade, em virtude do objetivo deste trabalho.

Em termos gerais, a fiscalização concreta da constitucionalidade ocorre officiosamente pelo tribunal *a quo* ou por iniciativa das partes<sup>43</sup>, no decorrer de uma ação proposta nos tribunais para defesa de um direito ou interesse particular, na qual será analisada a eventual inconstitucionalidade das normas jurídicas aplicáveis aos casos concretos *sub judice*<sup>44</sup>, de acordo com o previsto no art. 204.º da CRP.

Logo, a questão da inconstitucionalidade apresenta-se como uma questão relevante<sup>45</sup>, dependente da ação principal, sendo suscitada incidentalmente num processo relativo a questão diversa.<sup>46</sup> Nesse sentido, podemos afirmar que não existe no ordenamento jurídico português uma ação de controlo concreto de inconstitucionalidade na qual o objeto seja, pura e simplesmente, a inconstitucionalidade de normas.

---

<sup>42</sup>CF. ALMEIDA, Luís Nunes de. **O Tribunal Constitucional e o conteúdo, a vinculatividade e os efeitos das suas decisões**, in *Portugal: O Sistema Político e Constitucional 1974-1987*. Lisboa: Instituto de Ciências Sociais da Universidade de Lisboa, 1989, p. 965. MOREIRA, Vital. **A fiscalização concreta no quadro do sistema misto de justiça constitucional**, in *Boletim da Faculdade de Direito*, Coimbra, 2003, p. 840.

<sup>43</sup> O conceito de partes é utilizado numa definição mais ampla do que o seu sentido jurídico-processual, devendo se entender por parte todo o interveniente no processo que disponha de legitimidade para tal (Nesse sentido, cf. MARQUES, António Rocha. **O Tribunal Constitucional e os outros tribunais: a execução das decisões do Tribunal Constitucional**, in *Estudos sobre a jurisprudência do Tribunal Constitucional*. Lisboa: Aequitas Editorial Notícias, 1993, p. 457).

<sup>44</sup> Cf. MOREIRA, Vital. **A fiscalização concreta no quadro do sistema misto de justiça constitucional**, in *Boletim da Faculdade de Direito*. Coimbra, 2003, pp. 820-821; CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. *Cit.*, p. 982.

<sup>45</sup> Jorge Miranda afirma que se apresenta “como incidental a fiscalização inserida em processo que converge para outro resultado que não a garantia da Constituição; e nele a inconstitucionalidade é questão prejudicial, ou seja, questão de Direito substantivo de que depende a decisão final a tomar no processo”. (MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito Constitucional**, Tomo VI, 4.ª ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2013, p. 58). Nesse mesmo sentido, considerando a inconstitucionalidade como questão prejudicial, cf. SOUSA, Miguel Teixeira de. **Prejudicialidade e limites objectivos do caso julgado**, in *Revista de Direito e Estudos Sociais*, ano XXIV, nº 4, outubro-dezembro de 1977. Coimbra: Editora Almedina, 1977, pp. 304-306.

<sup>46</sup> MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito Constitucional**. *Op. Cit.*, pp. 58 e 251; MORAIS, Carlos Blanco de. **Justiça Constitucional**, Tomo II, 2.ª ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2011, p. 562.

Resulta, portanto, que o atual sistema jurisdicional de fiscalização concreta pode ser definido como “difuso na base e concentrado no topo”<sup>47</sup>, visto que compete a todos os juízes decidir o direito e desaplicar as normas que considerem inconstitucionais, em cumprimento do princípio *iura novit curia* e do princípio da livre apreciação do julgador, estando o juiz apenas limitado e vinculado pela sua subordinação à Constituição, nos termos dos arts. 3º, n.º.3 e 204º., ambos da CRP; por outro lado a existência do Tribunal Constitucional, com competência específica, ao qual cabe decidir, em recurso, as questões de natureza jurídico-constitucional, de acordo com o artigo 221.º da CRP, indica o elemento de concentração no topo. A conjugação dos elementos difusos e concentrados mostra, claramente, o caráter misto do regime de fiscalização concreta no sistema de controlo jurisdicional da constitucionalidade atualmente previsto na Constituição de 1976<sup>48</sup>.

O que há de original no sistema de controlo português é que, ao invés de optar por um dos sistemas de fiscalização jurisdicional, a Constituição de 1976 consagrou os dois, integrando as potencialidades de um e de outro<sup>49</sup>. Ao contrário do que acontece com outros países dotados de tribunal constitucional em que as questões de inconstitucionalidade suscitadas nos tribunais comuns não são decididas por estes, sendo diferidas diretamente ao TC, no sistema luso os tribunais comuns também têm acesso direto à Constituição, dispondo de competência plena para julgarem e decidirem as questões suscitadas<sup>50</sup>.

Entretanto, diversamente dos sistemas de *judicial review*, as decisões dos tribunais da causa são recorríveis para um tribunal constitucional específico, exterior à jurisdição

---

<sup>47</sup> ARAÚJO, António de; COSTA, Joaquim Pedro Cardoso da. **III Conferência da Justiça Constitucional da Ibero-América, Portugal e Espanha: Relatório Português**, in *Separata do Boletim do Ministério da Justiça*, n.º 493, Lisboa, 2000, p. 22. ARAÚJO, António de, COSTA, Joaquim Pedro Cardoso da, BRITO, Miguel Nogueira de. **As relações entre os tribunais constitucionais e as outras jurisdições nacionais, incluindo a interferência, nesta matéria, da ação das jurisdições europeias**, in *Revista da Ordem dos Advogados*, ano 62, Lisboa, dezembro, 2002, p.909.

<sup>48</sup> Nesse sentido, cf. CANOTILHO, J. J. Gomes, MOREIRA, Vital. **Constituição da República Portuguesa Anotada**, 3.ª ed. Coimbra Editora, Coimbra, 1993, p.886. MOREIRA, Vital. *Op. Cit.*, p. 821; CORREIA, Fernando Alves. **Relatório Geral I Conferência da Justiça Constitucional da Ibero América, Portugal e Espanha: os órgãos de fiscalização da constitucionalidade: funções, competências, organização e papel no sistema constitucional perante os demais poderes do Estado**, in *Separata do Boletim Documentação e Direito Comparado*, n.ºs 71/72, 1997, p. 87. COSTA, José Manuel M. Cardoso da. **A Jurisdição Constitucional em Portugal**, 3.ª ed. Almedina, Coimbra, 2007, p. 42

<sup>49</sup> CANOTILHO, J. J. Gomes; MOREIRA, Vital. **Fundamentos da Constituição**. Coimbra: Editora Coimbra, 1991, p. 243.

<sup>50</sup> Cf. MOREIRA, Vital. **A fiscalização concreta no quadro do sistema misto de justiça constitucional**, in *Boletim da Faculdade de Direito*, Volume Comemorativo do 75.º Tomo, Coimbra, 2003, p.832.

ordinária<sup>51</sup>. Trata-se de repartição de competências entre o TC e os demais tribunais<sup>52</sup>, em que a decisão destes sobre a questão de inconstitucionalidade representa uma “introdução necessária”<sup>53</sup> ao recurso para o TC.

Em Portugal, ao contrário do que se sucede em outros Estados que instituíram um Tribunal Constitucional, a competência para fiscalização da constitucionalidade continua sendo atribuída a todos os tribunais que julgam e decidem a questão da inconstitucionalidade das normas aplicáveis ao caso concreto submetido à apreciação judicial, quer por impugnação das partes ou *ex officio*, pelo juiz ou pelo Ministério público. Portanto, embora não tenha sido estabelecido um modelo puro da *judicial review*, não foi consagrado um mero sistema de incidente da inconstitucionalidade, visto que os tribunais têm acesso direto à Constituição, com competência plena para decidir, e não apenas para analisar e admitir o incidente, remetendo ao Tribunal Constitucional para decisão, como ocorre em alguns sistemas<sup>54</sup>.

### 3.3- O aspecto difuso da fiscalização concreta de constitucionalidade

O artigo 204.º, da CRP, dispõe que nos casos submetidos a julgamento não podem os tribunais aplicar normas contrárias ao disposto na Constituição ou aos princípios nela consignados. Tal norma representa a concretização de dois princípios estruturantes da ordem jurídico-constitucional portuguesa consagrados no artigo 3.º, 2 e 3, da CRP, respetivamente, a subordinação do Estado à Constituição e a exigência de conformidade constitucional das leis e dos demais atos dos poderes estaduais e de quaisquer outras entidades públicas<sup>55</sup>.

---

<sup>51</sup> Idem.

<sup>52</sup> Exatamente neste sentido, cf. MOREIRA, Vital. *Op. Cit.*, p.831. Cf., também, ARAÚJO, António de; COSTA, Joaquim Pedro Cardoso da. **III Conferência da Justiça Constitucional da Ibero-América, Portugal e Espanha: Relatório Português**, in *Separata do Boletim do Ministério da Justiça*, n.º 493, Lisboa, 2000, p. 33.

<sup>53</sup> CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**, 7.ª ed. Coimbra: Editora Almedina, 2003, p.983.

<sup>54</sup> Nesse diapasão, cf. MEDEIROS, Rui. **A decisão de inconstitucionalidade: os autores, o conteúdo e os efeitos da decisão de inconstitucionalidade da lei**. Lisboa: Universidade Católica Editora, 1999, p. 17.

<sup>55</sup> CANOTILHO, J. J. Gomes, MOREIRA, Vital. **Constituição da República Portuguesa Anotada**, Vol. II, 3.ª ed. Coimbra Editora, Coimbra, 1993, p.518. MIRANDA, Jorge; MEDEIROS, Rui. **Constituição Portuguesa Anotada**, Tomo III. Coimbra: Coimbra Editora, 2007, p.63.



Os tribunais atuam como garantes da supremacia constitucional no ordenamento jurídico português por meio do exercício do “direito-dever”<sup>56,57</sup> de exame da inconstitucionalidade das normas jurídicas aplicáveis aos feitos submetidos a julgamento. Na atuação como garantes da Constituição, “os tribunais são todos iguais e todos têm o mesmo peso na fiscalização judicial da constitucionalidade”<sup>58</sup>. Ademais, é garantida a conformidade constitucional das decisões judiciais proferidas nos casos concretos, o que significa que o juiz da causa é obrigado a examinar a questão de inconstitucionalidade posta no caso *sub judice*, só podendo eximir-se caso considere que a questão não é relevante ao julgamento.

Assim sendo, podemos afirmar que, na fiscalização concreta de constitucionalidade no sistema português, todos os juízes são “juízes constitucionais”<sup>59</sup>, do qual decorre que todos os tribunais, sem exceção, são “órgãos da justiça constitucional”<sup>60</sup>. Além do direito-dever de exame da questão de constitucionalidade, existe o direito-dever de decisão no caso concreto, no qual o magistrado não deve aplicar, em sua decisão, uma norma que julgue inconstitucional, consubstanciando, assim, o princípio da primazia da Constituição<sup>61</sup>.

A CRP não definiu claramente quais seriam os “tribunais”, nem a relevância que deveria atribuir-se à expressão “feitos submetidos a julgamento”, ambos presentes no art. 204.º da CRP, razão pela qual doutrina e jurisprudência têm discutido a respeito. Tem-se afirmado que “tribunais” para fiscalização concreta de constitucionalidade são “todos os órgãos jurisdicionais aos quais é atribuída, como função principal, a atividade jurisdicional, exercida por um juiz, unicamente submetido à Constituição e à lei”<sup>62</sup>, associado diretamente aos conceitos de função jurisdicional, prevista no art. 202.º, n.º2, da CRP e de juiz, previsto no art. 216.º da CRP.

---

<sup>56</sup> MORAIS, Carlos Blanco de. **Justiça Constitucional**, Tomo II, 2.ª ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2011, p.550.

<sup>57</sup> Vide Acórdãos do TC n.º 169/92 e n.º200/98.

<sup>58</sup> CANOTILHO, J. J. Gomes, MOREIRA, Vital. *Op. Cit.*, p.519.

<sup>59</sup> Idem.

<sup>60</sup>Cf. ALMEIDA, Luís Nunes de. **O Tribunal Constitucional e o conteúdo, a vinculatividade e os efeitos das suas decisões**, in *Portugal: O Sistema Político e Constitucional 1974-1987*, Instituto de Ciências Sociais da Universidade de Lisboa, Lisboa, 1989, p. 942. MOREIRA, Vital. **A fiscalização concreta no quadro do sistema misto de justiça constitucional**, in *Boletim da Faculdade de Direito*, Volume Comemorativo do 75.º Tomo, Coimbra, 2003, p. 824. CANOTILHO, J. J. Gomes. **Fiscalização da Constitucionalidade e da Legalidade**, in *Dicionário Jurídico da Administração Pública*, vol. IV, 1991, p.364.

<sup>61</sup> Nesse sentido, cf. o AC 169/92 do TC.

<sup>62</sup> CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**, 7.ª ed. Coimbra: Editora Almedina, 2003, p. 984. Cf., ainda, os ACs n.º 211/86 e 238/86, ambos do TC.

De acordo com Canotilho<sup>63</sup>, tal definição suscita dois problemas prévios quanto à qualificação das autoridades judiciais, quais sejam: o problema da natureza judicial do órgão e o problema da natureza jurisdicional da atividade que ele desenvolve. Em relação ao problema da natureza judicial do órgão, constitui entendimento pacífico que o âmbito subjetivo de aplicação do artigo 204.º da CRP abrange todos os tribunais, independentemente da sua categoria na organização judiciária e ainda que a sua existência seja meramente facultativa<sup>64</sup>, de acordo com o art.º 209.º, CRP. Todavia, já não existe a mesma certeza quando analisamos se o conceito de “tribunais” para efeitos de fiscalização concreta da constitucionalidade no âmbito do artigo 204.º da CRP compreende certos órgãos independentes e imparciais não listados nas categorias de tribunais de conflitos<sup>65</sup>, previstas no artigo 209.º, 3, da CRP.

O Tribunal Constitucional, no Acórdão n.º 211/86, admitiu interpretar extensivamente o atual artigo 204.º da CRP, bem como o n.º 1 do artigo 280.º, de modo a abranger, “para além dos atos jurisdicionais próprios, todos aqueles casos em que uma entidade imparcial, com estatuto de juiz, tenha de decidir um certo caso concreto que lhe foi

---

<sup>63</sup> CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**, 7.ª ed. Coimbra: Editora Almedina, 2003, p. 984.

<sup>64</sup> Cf. Idem e CANOTILHO, J. J. Gomes. **Fiscalização da Constitucionalidade e da Legalidade**. *Cit.*, pp.364-369. CANOTILHO, J. J. Gomes, MOREIRA, Vital. **Constituição da República Portuguesa Anotada**, 3.ª ed. Coimbra Editora, Coimbra, 1993, p. 521 MIRANDA, Jorge; MEDEIROS, Rui. **Constituição Portuguesa Anotada**, Tomo III. Coimbra: Coimbra Editora, 2007, p. 55; MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito Constitucional**, Tomo VI, 1.ª ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2014, pp. 224-225 e 244. MARQUES, António Rocha. **O Tribunal Constitucional e os outros tribunais: a execução das decisões do Tribunal Constitucional**, in *Estudos sobre a jurisprudência do Tribunal Constitucional*, Aequitas Editorial Notícias, Lisboa, 1993, p. 457. MORAIS, Carlos Blanco de. **Justiça Constitucional**, Tomo II, 2.ª ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2011, p. 599.

<sup>65</sup> Nesse aspecto, necessário fazermos breve referência ao problema da fiscalização por órgãos diferentes dos tribunais – especificamente o Ministério Público e os órgãos administrativos, em virtude da admissibilidade ou não de um controlo não jurisdicional da constitucionalidade das normas. O Ministério Público possui um papel importantíssimo na fiscalização concreta, de acordo com o art. 280.º da CRP, todavia não deverá, nunca, a despeito de sua função conexa com os tribunais, recusar a aplicação de qualquer norma por inconstitucionalidade. Nesse mesmo sentido está a impossibilidade de órgãos administrativos deixarem de aplicar qualquer norma quando a julguem inconstitucional, cabendo apenas aos tribunais o controlo da constitucionalidade de quaisquer normas. (Cf. MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito Constitucional**, Tomo VI, 4.ª ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2013, p. 227 – 234; em sentido contrário, defendendo um amplo poder de fiscalização de constitucionalidade pela Administração, cf. MEDEIROS, Rui. **A decisão de inconstitucionalidade: os autores, o conteúdo e os efeitos da decisão de inconstitucionalidade da lei**. Lisboa: Universidade Católica Editora, 1999, pp. 168 e ss.).

apresentado para apreciação através da aplicação de normas jurídicas, devendo a decisão proferida ser acatada obrigatoriamente pelas partes ou entidades a que diga respeito”<sup>66</sup>.

Em relação à discussão da natureza jurisdicional da atividade desenvolvida, ao analisar-se a expressão “feitos submetidos a julgamento” prevista no art. 204.º, da CRP, Canotilho e Vital Moreira<sup>67</sup> entendem que o dever de recusa da aplicação de normas inconstitucionais seria extensível a todos os casos em que os tribunais apliquem normas infraconstitucionais, independentemente de exercerem ou não funções jurisdicionais, sendo este um corolário imediato do princípio da subordinação à lei e, conseqüentemente, à Constituição. Em sentido contrário, há doutrinadores como Jorge Miranda<sup>68</sup> e Nuno Rolo<sup>69</sup> que consideram que a fiscalização concreta da constitucionalidade é indissociável da função jurisdicional, justificando tal entendimento com o argumento da literalidade do artigo 204.º da CRP- “feitos submetidos a julgamento”.

Nesse sentido, o exercício da fiscalização da constitucionalidade estaria excluído dos instrumentos e formas de composição não jurisdicional de conflitos, previstos no art. 202.º, 4, da CRP, ou seja, na mediação por exemplo, regulada pela Lei nº 29/2013, não seria possível ocorrer um controlo de constitucionalidade. Entretanto, isto não obsta a que a função jurisdicional possa ser interpretada em sentido amplo, tendo em conta os elementos formais característicos dos seus atos, levando em conta o disposto no artigo 202.º, n.º 2, da CRP<sup>70</sup>. Portanto, não é necessária a existência de controvérsia jurídica entre as partes para a existência de um “feito submetido a julgamento”, como ocorre nos processos de jurisdição contenciosa, mas sim apenas um caso ou interesse juridicamente tutelado a ser decidido pelo juiz<sup>71</sup>; conseqüentemente, a função jurisdicional passa a alcançar, por exemplo, os processos

---

<sup>66</sup> Em sentido contrário a extensão do conceito de “tribunais” para efeitos do art. 204.º da CRP, cf. CANOTILHO, J. J. Gomes. **Fiscalização da Constitucionalidade e da Legalidade**, in Dicionário Jurídico da Administração Pública, vol. IV, 1991, p. 364.

<sup>67</sup> CANOTILHO, J. J. Gomes, MOREIRA, Vital. **Constituição da República Portuguesa Anotada**, vol. II, 4.ª ed. Coimbra Editora, Coimbra, 2010, p.521.

<sup>68</sup> MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito Constitucional**, Tomo VI, 1.ª ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2014, pp. 224 e 245.

<sup>69</sup> ROLO, Nuno. **A fiscalização concreta em Portugal e o controlo difuso da constitucionalidade em Direito Comparado: o sistema americano e o(s) sistema(s) europeu(s)**, in *Galileu. Revista de Economia e Direito*, vol. III, n.º 1, 1998 e vol. IV, n.º 1, 1999, p. 78.

<sup>70</sup> Nesse sentido, cf. MIRANDA, Jorge. *Op. Cit.*, p. 245.

<sup>71</sup> Nesse exato sentido, cf. CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**, 7.ª ed. Coimbra: Editora Almedina, 2003, p. 984 e Idem. **Fiscalização da Constitucionalidade e da Legalidade**, in Dicionário Jurídico da Administração Pública, vol. IV, 1991, p. 369.

de jurisdição voluntária, previstos no artigos 986.º e ss., do Código de Processo Civil e a fiscalização jurídico-financeira do Tribunal de Contas, nos termos do art.º 214.º, CRP<sup>72</sup>.

Levando em consideração as normas aplicáveis no julgamento do caso, é necessário ressaltar que, quando o juiz *a quo* não aplica uma norma ao caso concreto com fundamento em sua inconstitucionalidade, tal decisão não acarreta qualquer efeito sobre a vigência da norma em causa, visto que essa continua em vigor, podendo ser aplicada, sem qualquer problema, em outro processo, caso esse seja o entendimento do tribunal competente. Nesse aspecto, Jorge Miranda<sup>73</sup> faz uma grande crítica ao sistema português, afirmando que ao ser julgada a inconstitucionalidade de uma norma na fiscalização concreta, a decisão abala e fragiliza o sistema de fontes, mas não o reconstrói logo, visto que a norma é julgada inconstitucional, mas não é retirada do ordenamento jurídico. Assim, a norma inconstitucional pode ser aplicada normalmente a outros casos, mesmo já tendo sido julgada inconstitucional.

Ademais, a norma só deve ser julgada inconstitucional caso nenhuma das interpretações possíveis dessa norma possa evitar este resultado – interpretação conforme à Constituição, ou seja, a norma só será julgada inconstitucional, devendo outra ser aplicada em seu lugar, caso não possua nenhum sentido compatível com a Constituição<sup>74</sup>. Em tal situação o tribunal se depara com um problema: qual norma aplicar no lugar da julgada inconstitucional? A solução defendida pela doutrina é que, nesses casos, seja aplicada a norma que anteriormente regulava a matéria, pelo fenômeno da repristinação. A Constituição apenas faz a previsão de repristinação no caso de declaração da inconstitucionalidade com força obrigatória geral, de acordo com seu art. 282.º, 1, *in fine*. Entretanto, tal solução

---

<sup>72</sup> Neste diapasão, Jorge Miranda e Rui Medeiros afirmam que, muitas vezes, se verifica na doutrina e na jurisprudência uma dupla tendência. Sugere-se, por um lado, a interpretação extensiva ou a aplicação analógica do artigo 204.º de modo a abarcar as decisões proferidas por órgãos independentes e imparciais não integrados nas categorias de tribunais previstas na Constituição. Por outro lado, associa-se a fiscalização concreta difusa ao exercício da função jurisdicional, não se admitindo que um tribunal invoque o disposto no artigo 204.º para recusar a aplicação de normas inconstitucionais quando não atue no âmbito de uma atividade jurisdicional (MIRANDA, Jorge; MEDEIROS, Rui. **Constituição Portuguesa Anotada**, Tomo III. Coimbra: Coimbra Editora, 2007, p. 56).

<sup>73</sup> MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito Constitucional**, Tomo VI, 1.ª ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2014, p. 283.

<sup>74</sup> CANOTILHO, J. J. Gomes, MOREIRA, Vital. **Constituição da República Portuguesa Anotada**, vol. II, 4.ª ed. Coimbra Editora, Coimbra, 2010, p. 913.

também deve ser utilizada para o juízo concreto de inconstitucionalidade, facultando ao tribunal o emprego de eventual norma anterior, ao invés da norma julgada inconstitucional<sup>75</sup>.

Pode ocorrer que a norma repristinada também seja inconstitucional, nesse caso, utiliza-se subsidiariamente uma norma aplicável ao caso ou, ainda, diretamente uma norma constitucional. Caso não se verifique nenhuma das três hipóteses mencionadas, caberá ao juiz da causa, como *ultima ratio*, decidir o caso de acordo com os princípios hermenêuticos de integração e interpretação de normas jurídicas, de acordo com o estabelecido nos arts. 8º., nº1, e 10º, ambos do Código Civil. Além disso, em matéria penal e sancionatória em geral, pode ocorrer que a norma repristinada seja mais gravosa do que a julgada inconstitucional. Nessa hipótese, a repristinação terá como limite o princípio de que ninguém pode ser punido por uma lei mais grave do que a vigente no momento da prática do crime<sup>76</sup>, nos termos do art. 29º., 4, 1ª parte, da CRP.

Por fim, é necessário ressaltar, ainda, os efeitos dessa decisão em fiscalização concreta. Pela natureza dos direitos envolvidos, a decisão do tribunal esgota-se no caso concreto e é sempre *inter partes*<sup>77</sup>.

### 3.3.1 O incidente de inconstitucionalidade

A fiscalização concreta de controlo da constitucionalidade dá-se nos “feitos submetidos a julgamento”, ou seja, no decurso de um processo em tribunal; portanto, a fiscalização concreta é uma fiscalização incidental e não a título principal<sup>78</sup>. Nesse diapasão, a questão da constitucionalidade trata-se de questão relevante para a solução da questão de mérito<sup>79</sup>. A questão de inconstitucionalidade só pode e deve ser conhecida e julgada na

---

<sup>75</sup> *Ibidem*, pp. 916-917.

<sup>76</sup> Nesse sentido, cf. CANOTILHO, J. J. Gomes, MOREIRA, Vital. **Constituição da República Portuguesa Anotada**, vol. II, 4.ª ed. Coimbra: Editora Coimbra, 2010, p. 917.

<sup>77</sup> Em relação aos efeitos das decisões do TC na fiscalização concreta, cf. o tópico 3.5 *infra*.

<sup>78</sup> MORAIS, Carlos Blanco de. **Justiça Constitucional**, Tomo II, 2.ª ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2011, p. 603. ARAÚJO, António de, COSTA, Joaquim Pedro Cardoso da. **III Conferência da Justiça Constitucional da Ibero-América, Portugal e Espanha: Relatório Português**, in *Separata do Boletim do Ministério da Justiça*, n.º 493, Lisboa, 2000, p. 35.

<sup>79</sup> Nesse sentido, cf. CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**, 7.ª ed. Coimbra: Editora Almedina, 2003, p. 986. Fugindo um pouco ao objetivo do trabalho, entretanto como se trata de questão muito discutida pela doutrina, faz-se necessário ressaltar que para nem todos os doutrinadores a questão de constitucionalidade constitui uma questão incidental. Para Jorge Miranda, a questão da constitucionalidade trata-se de questão prejudicial imprópria, visto que se cumula com o objeto do processo, sendo o julgamento de competência do mesmo tribunal, não se devolvendo para outro processo ou para outro tribunal. Assim sendo, questão prejudicial própria só ocorreria quando houver recurso para o Tribunal

medida em que haja um nexa inerente entre ela e a questão principal objeto da lide, entre ela e o feito submetido a julgamento. Portanto, ninguém pode se dirigir à tribunal com o intuito de pedir o julgamento da inconstitucionalidade de uma norma, todavia é admissível que seja ajuizada uma ação que vise à declaração ou concretização de um direito, cuja procedência dependa de uma decisão positiva de inconstitucionalidade<sup>80</sup>.

O magistrado conhece da questão em qualquer fase do processo e, conseqüentemente, o seu veredito pode não ser uma decisão final, ou seja, pode ser um despacho saneador ou até mesmo a decisão em uma providência cautelar<sup>81</sup>. Entretanto, é necessário ressaltar que a decisão de uma questão de inconstitucionalidade suscitada em providência cautelar não é uma decisão definitiva, mas tão somente um juízo sobre a probabilidade séria de ocorrência da inconstitucionalidade, no qual não caberia recurso para o Tribunal Constitucional<sup>82</sup>.

---

Constitucional (MIRANDA, Jorge. **Contributo para uma teoria da inconstitucionalidade**. Reimpressão da 1.<sup>a</sup> ed. de 1968. Coimbra: Coimbra Editora, 2007, pp. 258-259. Mais recente, cf. MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito Constitucional**, Tomo VI, 4.<sup>a</sup> ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2013, pp. 58 e 245). Também em sentido contrário, verificar Vitalino Canas, para quem “não é de excluir que a questão da inconstitucionalidade redunde numa questão adjetiva” (CANAS, Vitalino. **Introdução às Decisões de Provimento do Tribunal Constitucional** 2.<sup>a</sup> ed. Lisboa: Associação Académica da Faculdade de Direito de Lisboa, 1994, pp. 37-38, nota 26).

<sup>80</sup> Note-se, entretanto, que a impossibilidade de alguém se dirigir ao tribunal para requerer, como objeto principal da ação, a declaração de inconstitucionalidade de uma norma não obsta a que o incidente de inconstitucionalidade possa ser provocado mediante a propositura de uma ação declarativa - de simples apreciação, de condenação ou constitutiva - cuja procedência dependa de uma decisão positiva de inconstitucionalidade (cf. MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito Constitucional**, Tomo VI, 1.<sup>a</sup> ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2014, pp. 59 e 244. No mesmo sentido, cf. MARQUES, António Rocha. **O Tribunal Constitucional e os outros tribunais: a execução das decisões do Tribunal Constitucional**, in *Estudos sobre a jurisprudência do Tribunal Constitucional*, Aequitas Editorial Notícias, Lisboa, 1993, p. 459. Cf., ainda, ARAÚJO, António de, COSTA, Joaquim Pedro Cardoso da. **III Conferência da Justiça Constitucional da Ibero-América, Portugal e Espanha: Relatório Português**, in *Separata do Boletim do Ministério da Justiça*, n.º 493, Lisboa, 2000, p. 35).

<sup>81</sup> CANOTILHO, J. J. Gomes; MOREIRA, Vital. **Constituição da República Portuguesa Anotada**, vol. II, 4.<sup>a</sup> ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2010, p. 948.

<sup>82</sup> Nesse exato sentido, MIRANDA, Jorge. *Op. Cit.*, p. 251. Em relação a essas providências cautelares, o Tribunal Constitucional asseverou, no AC n.º 151/85, que “não terá o juiz da causa, para decidir sobre a concessão ou não de tal providência, de esclarecer exaustiva e definitivamente essa questão de constitucionalidade, mas apenas de apreciá-la de modo perfunctório e interino. (...) nos procedimentos cautelares não cabe senão este tipo de decisão provisória, relativamente à questão da constitucionalidade de normas de que substantivamente dependa a resolução da questão a decidir no processo principal”. Nesse mesmo sentido, cf. os ACs n.º 267/91, 664/97 e 235/2001, todos do TC.

### 3.3.1.1- O objeto da questão da inconstitucionalidade

A fiscalização concreta no sistema de controlo da constitucionalidade português incide sobre todas as normas, independentemente da sua natureza, forma, fonte ou hierarquia. Portanto, ao contrário do que ocorre noutros ordenamentos jurídicos, o objeto de fiscalização da constitucionalidade não está limitado aos atos normativos primários, quais sejam leis ou atos equiparáveis, estendendo-se a todos os atos jurídico-normativos em vigor no sistema português, o que inclui os atos normativos secundários e terciários, por exemplo regulamentos e despachos normativos, respetivamente<sup>83</sup>.

Em relação aos atos de natureza regulamentar, Fernando Alves Correia<sup>84</sup> ressalta que tais atos devem ser dotados de eficácia externa para estarem sujeitos à fiscalização de constitucionalidade, ou seja, não podem esgotar o seu âmbito de aplicação nas relações que se processem no interior de uma pessoa coletiva, provenham eles do Estado, de outros entes públicos territoriais distintos do Estado, como as regiões autónomas e as autarquias locais, de entidades intermunicipais, de associações públicas, de institutos públicos e de entidades jurídico-privadas no exercício de poderes públicos.

Na problemática da definição do objeto de controlo na fiscalização da constitucionalidade, assume particular relevo a determinação do conceito de norma<sup>85</sup>. Segundo a jurisprudência uniforme do Tribunal Constitucional, a noção de norma jurídica abrange qualquer ato do poder público que contiver uma “regra de conduta” para os particulares ou para a Administração, um “critério de decisão” para esta última ou para o juiz ou até um “padrão de valoração de comportamento”. Necessário, segundo a jurisprudência do Tribunal Constitucional, é que se esteja perante um preceito de um ato

---

<sup>83</sup> Cf. CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**, 7.<sup>a</sup> ed. Coimbra: Editora Almedina, 2003, p. 932; CANOTILHO, J. J. Gomes; MOREIRA, Vital. **Constituição da República Portuguesa Anotada**. 4.<sup>a</sup> ed. Vol II. Coimbra: Coimbra Editora, 2010, pp. 898 e 943. Cf., ainda, ARAÚJO, António de; COSTA, Joaquim Pedro Cardoso da. **III Conferência da Justiça Constitucional da Ibero-América, Portugal e Espanha: Relatório Português**, in *Separata do Boletim do Ministério da Justiça*, n.º 493, Lisboa, 2000, p. 36.

<sup>84</sup> CORREIA, Fernando Alves. **Justiça Constitucional**. Coimbra: Editora Almedina, 2016, p.163.

<sup>85</sup> Nesse sentido, cf. CANOTILHO, J. J. Gomes; MOREIRA, Vital. *Op. Cit.*, pp. 898. CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. *Cit.*, p. 932. CORREIA, Fernando Alves. *Op. Cit.*, p.165.

normativo público, e não perante um ato administrativo propriamente dito, um ato político ou uma decisão judicial<sup>86</sup>.

Portanto, trata-se de “um conceito que toma como critério ou ponto de vista determinante a natureza e o sentido da função que o Tribunal se quis atribuir, a saber, a de controlo da conformidade constitucional do ordenamento jurídico objetivo estabelecido pelo Estado, *lato sensu*, enquanto quadro em que vai desenvolver-se a atuação jurídica das entidades públicas e dos particulares”<sup>87</sup>.

Posteriormente, o Tribunal Constitucional foi confrontado, especialmente no âmbito da fiscalização concreta, com atos normativos emitidos por entidades privadas no exercício de poderes normativos, tendo progressivamente elaborado um conjunto de tópicos relevantes ou “critérios de descoberta”<sup>88</sup> do conceito apropriado de norma para efeitos de fiscalização da constitucionalidade<sup>89</sup>. Além do critério principal da normatividade, supra mencionado, que refere-se à necessidade dos atos do poder público serem atos de criação normativa em sentido amplo, o que abrange os atos modificativos ou revogatórios de normas, por oposição a atos de aplicação normativa, foram estabelecidos os três critérios adicionais: a) imediação, caracterizada pela existência de violação direta da Constituição, significando que as normas e princípios constitucionais constituem o parâmetro imediato de fiscalização; b) heteronomia, expressa na determinação de um padrão de comportamento dotado de vinculatividade independentemente da vontade dos seus destinatários; c) reconhecimento estatal, isto é, o reconhecimento jurídico-político da vinculatividade heterónima dos atos normativos, que se impõem a terceiros ou a destinatários não intervenientes no seu processo de elaboração<sup>90</sup>.

Via de regra, a doutrina estabelece dois requisitos para que seja configurada uma norma jurídica: a) requisito material – a norma deve equivaler a uma regra ou padrão, que

---

<sup>86</sup> Dentre os inúmeros arestos do TC que tratam sobre o conceito de norma jurídica, ressaltamos os seguintes ACs: n.ºs 26/85, 150/86, 255/92, 172/93, 730/95 e 224/2005. Cf. MARTINS, Licínio Lopes. **O conceito de norma na jurisprudência do Tribunal Constitucional**, in *Boletim da Faculdade de Direito*, vol. LXXV, Coimbra, 1999, pp. 357-363.

<sup>87</sup> COSTA, José Manuel M. Cardoso da. **A Jurisdição Constitucional em Portugal**. 3.ª ed. Coimbra: Editora Almedina, 2007, pp. 34-35.

<sup>88</sup> CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. *Cit*, p. 934.

<sup>89</sup> ANDRADE, J. C. Vieira de. **A fiscalização da constitucionalidade das normas privadas pelo Tribunal Constitucional**, in *Revista de Legislação e de Jurisprudência*, n.º 3921, ano 133.º, abril, 2011, p. 358.

<sup>90</sup> Cf. Declaração de voto do Conselheiro José de Sousa Brito apensa ao AC n.º 172/93. Verificar, ainda, os ACs do TC n.ºs 80/86 e 24/98.



orientar e regular condutas ou comportamentos; b) requisito orgânico – uma norma deve ser estabelecida por um ato de poder normativo, ou seja, de uma entidade pública ou dotada de poderes públicos, com competência para criar regras de condutas ou padrões de valoração<sup>91</sup>.

Ademais, necessário salientar que em virtude da sua essência, estão fora de causa as normas constitucionais, visto que elas são o padrão do controlo de constitucionalidade. Todavia, as leis de revisão constitucional estão sujeitas ao controlo de constitucionalidade, pois são normas constitucionais derivadas, oriundas do poder de revisão, possuindo caráter constitucionalmente subordinado e condicionado.

De fora do conceito de norma e, conseqüentemente, do âmbito de fiscalização da constitucionalidade, estão os atos jurídicos públicos de mera aplicação ou execução normativa, quais sejam, os atos políticos em sentido estrito (atos de governo)<sup>92</sup>, os atos administrativos propriamente ditos<sup>93</sup> e as decisões judiciais<sup>94</sup>; os atos provenientes da autonomia privada, bem como as normas de natureza privada, como é o caso dos regulamentos das associações, haja vista não preencherem os critérios da heteronomia e do reconhecimento estatal<sup>95,96</sup>.

---

<sup>91</sup> CANOTILHO, J. J. Gomes; MOREIRA, Vital. **Constituição da República Portuguesa Anotada**. 4.<sup>a</sup> ed. Vol II. Coimbra: Coimbra Editora, 2010, p. 898.

<sup>92</sup> Cf. ACs n.ºs. 195/94 e 667/99, ambos do TC.

<sup>93</sup> Todavia, tal regra já não é válida em relação aos atos materialmente administrativos incorporados em diplomas legais. Cf. AC n.º 26/85

<sup>94</sup> Nesse sentido, temos uma vasta jurisprudência do TC, com entendimento inicialmente expresso no AC n.º 2/82, examinar também os ACs n.ºs 44/85 e 178/95. Mais recentemente, averiguar os ACs n.ºs. 235/08 e 549/11. Contra uma decisão judicial que viole a Constituição só restam as vias de recurso ordinário cabíveis ao caso concreto. No ordenamento jurídico português não existe a possibilidade, como em outros sistemas jurídicos, de recurso ao TC nessas hipóteses, principalmente quando se trate de casos que discutam direitos fundamentais (como é o caso do Verfassungsbeschwerde alemão, o recurso de amparo mexicano e o recurso especial brasileiro).

<sup>95</sup> Por esse ângulo, cf. MORAIS, Carlos Blanco de. **Justiça Constitucional**, Tomo I, 2.<sup>a</sup> ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2006, pp. 414 e ss. Nesse seguimento, cf. também GOUVEIA, Jorge Bacelar. **Manual de Direito Constitucional**. Vol. II. Coimbra: Editora Almedina, 2005, pp.1331-1336.

<sup>96</sup> Observa-se que a distinção entre normas de natureza pública e privada nem sempre é eximida de dificuldades práticas. Verificar, nesse sentido, MARTINS, Licínio Lopes. **O conceito de norma na jurisprudência do Tribunal Constitucional**, in *Boletim da Faculdade de Direito*, vol. LXXV, Coimbra, 1999, pp. 615-642. Deste modo, a título de exemplo, a jurisprudência constitucional tem qualificado como normas públicas aquelas emitidas por entidades privadas no exercício de uma faculdade normativa decorrente da atribuição de poderes ou funções públicas com o intuito de estas prosseguirem, em lugar e como que em nome do Estado, certos fins de interesse geral, nesse sentido estão os ACs n.ºs 472/89 e 730/95, ambos do TC, referentes a normas contidas em regulamentos da Federação Portuguesa de Futebol. Mais problemática é a questão da qualificação das convenções coletivas de trabalho como normas públicas para efeitos de fiscalização da constitucionalidade. Existem divergências tanto na jurisprudência do Tribunal Constitucional quanto na doutrina. Em sentido contrário à fiscalização da constitucionalidade das convenções coletivas de trabalho, cf. ACs do TC n.ºs 172/93, 209/93, 250/97, 637/98, 697/98, 284/99, 492/00, 10/03, 92/03 e 224/05. Em sentido favorável, cf. ACs n.ºs 214/94, 368/97, 229/98, 580/04 e 174/08. Para uma resenha da divergência doutrinária existente acerca desta

### 3.3.1.2- A legitimidade no incidente de inconstitucionalidade e a apreciação oficiosa pelo juiz.

De acordo com o artigo 204.º da CRP a competência dos tribunais para fiscalizar a constitucionalidade das normas não depende da prévia impugnação da sua validade por qualquer das partes<sup>97</sup>. Consequentemente, podemos afirmar que a questão de inconstitucionalidade pode ser suscitada tanto por qualquer uma das partes no caso concreto, quanto *ex officio* pelo juiz da causa ou, ainda, pelo Ministério Público, mas apenas nos casos em que este figure como parte processual<sup>98</sup>, ou seja, quando a intervenção deste órgão no processo ocorra a título principal, no exercício de uma função de representação do Estado ou de entidades a quem o Estado tenha o dever de proteger, ou, subsidiariamente no desempenho de uma função de assistência em processos em que haja interesse público<sup>99</sup>. A legitimidade do juiz *a quo* ou do Ministério Público, quando este for parte processual, justifica-se pela vinculação dos órgãos jurisdicionais aos princípios da constitucionalidade e da unidade da ordem jurídica.

Portanto, configura-se um “reforço objetivista da garantia”<sup>100</sup> da Constituição, evitando que a arguição de inconstitucionalidade esteja ao livre arbítrio das partes, as quais, embora possuindo pretensões contrapostas no processo, sempre poderiam amparar-se numa norma inconstitucional, independentemente de a interpretarem no mesmo sentido<sup>101</sup>. Neste diapasão, Jorge Miranda<sup>102</sup> afirma que a apreciação oficiosa implica que o juiz não tenha de aplicar normas que julgue inconstitucionais no julgamento do caso concreto, mesmo que a inconstitucionalidade não tenha sido suscitada por qualquer uma das partes. Assim sendo,

---

questão, verificar MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito Constitucional**, Tomo VI, 4.ª ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2013, pp. 204-206; CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**, 7.ª ed. Coimbra: Editora Almedina, 2003, pp. 937-938.

<sup>97</sup> MIRANDA, Jorge; MEDEIROS, Rui. **Constituição Portuguesa Anotada**, Tomo III. Coimbra: Coimbra Editora, 2007, p. 53.

<sup>98</sup> CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. *Cit.*, pp. 984 e 985; ROLO, Nuno. **A fiscalização concreta em Portugal e o controlo difuso da constitucionalidade em Direito Comparado: o sistema americano e o(s) sistema(s) europeu(s)**, in *Galileu. Revista de Economia e Direito*, vol. III, n.º 1, 1998, p. 77.

<sup>99</sup> CANOTILHO, J. J. Gomes. *Op Cit.*, p. 991.

<sup>100</sup> MIRANDA, Jorge. **Contributo para uma teoria da inconstitucionalidade**. Coimbra: Coimbra Editora, 2007, p. 254.

<sup>101</sup> MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito Constitucional**. *Cit.*, p. 247 e **Contributo para uma teoria da inconstitucionalidade**. Coimbra: Coimbra Editora, 2007, p. 255.

<sup>102</sup> MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito Constitucional**. *Cit.*, pp. 246-247 e **Contributo para uma teoria da inconstitucionalidade**. *Cit.*, pp. 254-255.

no decurso de um processo, ele não está obrigado a aplicar uma norma apenas porque nenhuma das partes impugnou a sua constitucionalidade, e a partir de certa altura porque uma das partes arguiu-a inconstitucional, deixar de a aplicar, bem como não está sujeito a aplicar uma norma num processo e a desaplicar noutro só porque, naquele, nenhuma das partes arguiu a sua inconstitucionalidade, não obstante o juiz considerá-la inconstitucional.

Ademais, sendo a questão de inconstitucionalidade de conhecimento oficioso de qualquer juiz, o facto de ela só ser suscitada, pela primeira vez, em sede de recurso ordinário não significa que a inconstitucionalidade constitua uma nova questão de direito e que, conseqüentemente, o juiz do tribunal de recurso não possa conhecê-la em razão de o seu poder jurisdicional estar limitado, relativamente à matéria, pelas questões de direito invocadas e decididas em primeira instância<sup>103</sup>. De acordo com o Tribunal Constitucional, “a natureza oficiosa do conhecimento da questão de inconstitucionalidade prevalece sempre em face do argumento da questão nova”<sup>104</sup>, podendo tal questão ser analisada e suscitada a qualquer momento, independente da data de emanação da norma e do momento processual.

Além disso, a apreciação oficiosa acarreta que o juiz não está adstrito à norma constitucional invocada pelas partes como parâmetro, podendo julgar com base noutra norma que considere mais apropriada ao caso; por maioria de razão, no caso de uma das partes arguir a inconstitucionalidade, mas não especificar qualquer norma, o juiz é igualmente competente para verificar qual a norma constitucional que possa ter sido infringida<sup>105</sup>. Em qualquer hipótese, o juiz não está limitado apenas ao vício alegado pelas partes, sendo competente para conhecer officiosamente de qualquer outro vício ou tipo de inconstitucionalidade<sup>106</sup>.

---

<sup>103</sup> MIRANDA, Jorge; MEDEIROS, Rui. **Constituição Portuguesa Anotada**, Tomo III. Coimbra: Coimbra Editora, 2007, pp. 53-54.

<sup>104</sup> AC n.º 222/95 do TC.

<sup>105</sup> MIRANDA, Jorge; MEDEIROS, Rui. *Op. Cit.*, pp. 53-54

<sup>106</sup> *Ibidem*.

### **3.3.1.3- Do prazo de iniciativa e de fiscalização da norma no incidente de inconstitucionalidade.**

Com exceção da fiscalização preventiva, não há prazos para provocar a abertura de qualquer processo de fiscalização, independente da data de emanação da norma<sup>107</sup>. Seja na fiscalização concreta, quanto na abstrata sucessiva ou por omissão a questão da inconstitucionalidade pode ser suscitada a todo tempo, inclusive depois do Tribunal Constitucional ter se pronunciado pela não inconstitucionalidade, com base no art. 279º., da CRP, ou a não ter declarado, nos termos do art. 282º., da CRP. O decurso de mais ou menos tempo não acarreta qualquer espécie de exceção peremptória ou de convalidação. Assim, a questão de inconstitucionalidade pode ser invocada em qualquer fase do processo e em qualquer instância judicial<sup>108</sup>, ou seja, tanto em primeira instância quanto em recurso. Portanto, se afigura coerente a competência atribuída a todos os juízes para apreciar oficiosamente a inconstitucionalidade das normas que devam aplicar no julgamento<sup>109</sup>.

## **3.4 - O aspecto concentrado da fiscalização concreta de constitucionalidade**

### **3.4.1- O recurso de constitucionalidade**

Das decisões dos tribunais, em sede de controlo de constitucionalidade, cabe recurso para o Tribunal Constitucional, chamado de recurso de constitucionalidade, com previsão normativa no art.º 280.º, da CRP e nos arts. 69.º e ss, da LTC (Lei n.º 28/82 – Lei de Organização, Funcionamento e Processo do Tribunal Constitucional). O objeto do recurso não é a decisão judicial propriamente dita, mas apenas a parte desta que diz respeito à questão de inconstitucionalidade, ou seja, o objeto do recurso é apenas a parte da decisão em que foi recusada a aplicação de uma norma por motivo de inconstitucionalidade ou aplicou uma norma cuja inconstitucionalidade fora impugnada<sup>110</sup>.

---

<sup>107</sup> MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito Constitucional**, Tomo VI, 4.ª ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2013, p. 223.

<sup>108</sup> MOREIRA, Vital. **A fiscalização concreta no quadro do sistema misto de justiça constitucional**, in *Boletim da Faculdade de Direito*. Coimbra, 2003, p. 831.

<sup>109</sup> MIRANDA, Jorge. *Op. Cit.*, p. 245, com referência aos ACs n.ºs 309/94, 222/95, 409/2007 e 165/2007, todos do TC.

<sup>110</sup> Cf. CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**, 7.ª ed. Coimbra: Editora Almedina, 2003, p. 989. Nesse sentido, cf. também os ACs n.º 69/87, 75/87, 388/87, 127/88, 235/91 e 141/92, todos os TC.

### 3.4.2- Prazo Recursal

Nos termos do art. 75º da LTC, o prazo para recorrer é de dez dias, sendo contado a partir da data da notificação da decisão recorrida ao interessado. Além disso, interrompe os prazos para interposição de outros recursos que porventura caibam da decisão. Trata-se de um prazo também aplicável ao Ministério Público quando recorre obrigatoriamente<sup>111</sup>.

A contagem do prazo é contínua, suspendendo-se durante as férias judiciais, de acordo com o art. 138º, nº1, do NCPC. Se a interposição do recurso for feita fora de prazo, tal vício implica seu indeferimento com base em extemporaneidade, nos termos do art. 76º, nº2, da LTC. Em relação a interposição prematura, esta pode ou não, conforme as circunstâncias, obstar ao conhecimento do recurso. Nesse sentido, o TC “considera, por regra, que as partes não devem apresentar o requerimento em momento anterior ao início da contagem do prazo para recorrer. Caso o façam, sobretudo, antes de ser proferida a decisão recorrida, ou de esta se tornar definitiva, o recurso não deve ser conhecido<sup>112</sup>”.

O Tribunal Constitucional, em sua jurisprudência, vem estabelecendo algumas especificidades em relação ao prazo recursal que devem ser tomadas em consideração. Passaremos a analisá-las a seguir.

Visto que o art. 139º, nº 5 e 6, do novo Código de Processo Civil (CPC) é aplicável ao processo constitucional por virtude do disposto no art. 69º da LTC, o recorrente pode interpor o recurso dentro do período suplementar de três primeiros dias úteis subsequentes ao termo do referido prazo de 10 dias, contanto que pague a multa prevista na lei<sup>113</sup>.

Na hipótese de a parte interpor recurso nos referidos três dias úteis, deve a mesma, nos termos do nº 6 do art. 139º do CPC, ser notificada para o pagamento de multa, sendo a falta de notificação considerada uma irregularidade que gera nulidade processual, a qual só poderá ser analisada pelo TC através de reclamação do interessado. Se o referido interessado não pagar a multa nem reclamar tempestivamente da falta de notificação no prazo de cinco dias contados a partir do momento em que depois de cometida a nulidade, a mesma parte interveio em algum ato processual, a omissão de notificação deve ser tida por irrelevante e o recurso deve ser indeferido, com fundamento em extemporaneidade<sup>114</sup>. No que diz respeito

---

<sup>111</sup> Nesse sentido, cf. o AC nº 92/86 do TC.

<sup>112</sup> Cf. AC nº 491/89 do TC.

<sup>113</sup> Cf. AC nº 53/00 do TC.

<sup>114</sup> Nesse diapasão, cf. o AC nº 29/87 do TC.

ao MP, este está isento do pagamento da multa e não terá de invocar o benefício de os três dias para poder recorrer, devendo apenas interpor o recurso no decurso desse período suplementar<sup>115</sup>.

Entretanto, nos termos do Acórdão nº 345/91 do TC, só constitui justo impedimento para o recorrente ou, mais concretamente, para o seu mandatário, quando o evento que impediu o protocolo tempestivo do recurso tenha ocorrido no decurso do prazo peremptório (dez dias). Quando o evento impeditivo ocorre no período suplementar de três dias, o recurso deve ser indeferido, também com fundamento em extemporaneidade.

Além disso, no caso de ser interposto recurso ordinário, mesmo que para uniformização da jurisprudência, que venha a ser indeferido no processo principal com fundamento na circunstância de a decisão ser irrecorrível, o prazo para recorrer ao TC conta-se a partir do momento em que se torna definitiva a decisão que não admitiu o recurso, de acordo com o art. 75º, nº 2, da LTC. Ademais, a jurisprudência constitucional<sup>116</sup> afirma que o art. 75º, nº 2, da LTC só pode ser invocado para justificar a tempestividade dos recursos previstos no nº 1 do art. 70º da mesma lei, e não para justificar uma nova espécie de recurso de constitucionalidade.

Por fim, na ocorrência de incidentes pós-decisórios, o prazo para a interposição do recurso para o TC apenas começa a ser contado a partir da data em que se considera notificada a decisão que procede ao julgamento dessa mesma arguição<sup>117</sup>.

### 3.4.3- Princípios reguladores

Miguel Reale<sup>118</sup> ao conceituar princípios, afirma que princípios são enunciações normativas de valor genérico, que condicionam e orientam a compreensão do ordenamento jurídico, a aplicação e integração ou mesmo para a elaboração de novas normas. Nesse sentido, a Constituição é formada por regras e princípios, estes últimos têm a qualidade de serem verdadeiras normas, qualitativamente distintas das outras categorias de normas<sup>119</sup>.

---

<sup>115</sup> Cf. o AC nº 207/91 do TC.

<sup>116</sup> Cf. o AC nº 76/90 do TC.

<sup>117</sup> Cf. o AC nº 103/03 do TC.

<sup>118</sup> REALE, Miguel. **Lições Preliminares de Direito**. 27ª ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2003, p 37.

<sup>119</sup> CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**, 7.ª ed. Coimbra: Editora Almedina, 2003, pp. 971-974.

Logo, dada a importância dos princípios no ordenamento jurídico, faz-se necessário analisar quais são os reguladores do processo no âmbito do recurso de constitucionalidade.

a) Princípio da Subsidiariedade do Processo Civil, previsto no art. 69º da LTC, o qual dispõe que à tramitação dos recursos de constitucionalidade são aplicáveis, a título subsidiário, as normas do CPC.

b) Princípio da Exaustão de Recursos, de acordo com o art. 70º, nº 2 da LTC, visa delimitar o acesso ao Tribunal Constitucional depois de a questão da constitucionalidade ter sido analisada dentro da hierarquia judicial; assim sendo, os recursos só são admissíveis de decisões que já não admitam recurso ordinário<sup>120</sup>.

Neste diapasão, o art. 70.º, nº4, da LOTC afirma que se verifica o esgotamento dos recursos ordinários “quando tenha havido renúncia, haja decorrido o respectivo prazo sem a sua interposição ou os recursos interpostos não possam ter seguimento por razões de ordem processual”.

c) Princípio da Tempestividade Processual: implica o dever de suscitar o incidente de inconstitucionalidade durante o processo, nos termos do art. 280.º, nº. 1, da CRP. É necessário ressaltar que a expressão “durante o processo” não deve ser entendida em termos puramente formais, mas sim num sentido funcionalmente adequado, atendendo à própria *ratio* deste pressuposto, bem como à *ratio* do sistema de fiscalização da constitucionalidade como um todo<sup>121</sup>.

O Tribunal Constitucional, no Acórdão nº. 595/96, afirmou que “ a exigência de um cabal cumprimento do ônus de suscitação atempada – e processualmente adequada- da questão de constitucionalidade não é, pois, (...) uma mera questão de forma secundária. É uma exigência formal, sim, mas essencial para que o tribunal recorrido deva pronunciar-se sobre a questão da constitucionalidade para que o Tribunal Constitucional, ao julgá-la em via de recurso, proceda ao reexame (e não ao primeiro julgamento de tal questão) ”.

Portanto, a questão de inconstitucionalidade deve ser apresentada ao tribunal *a quo* de forma clara, expressa e explícita, antes de esgotado o poder jurisdicional deste, ou seja,

---

<sup>120</sup> CANOTILHO, J. J. Gomes; MOREIRA, Vital. **Constituição da República Portuguesa Anotada**, vol. II, 4.ª ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2010, p. 953.

<sup>121</sup> MIRANDA, Jorge; MEDEIROS, Rui. **Constituição Portuguesa Anotada**, Tomo III. Coimbra: Coimbra Editora, 2007, p. 755.

antes da prolação da decisão que se pretende impugnar em fiscalização concreta, para que este possa decidir sobre a inconstitucionalidade<sup>122</sup>. A parte deverá indicar qual a norma ou interpretação normativa que considera contrária à Constituição, bem como quais as regras e princípios da Constituição que esta viola.

A parte que suscitar a questão da inconstitucionalidade na 1ª instância deve recolocar a questão na instância de recurso, caso interponha recurso ordinário, sob pena de o recurso ulterior, enviado para o Tribunal Constitucional, não ser admitido por abandono da questão da inconstitucionalidade<sup>123</sup>. Além disso, o recorrente possui o ónus de clareza na impugnação da constitucionalidade<sup>124</sup>, que estabelece que é necessário que a questão de inconstitucionalidade seja colocada em termos suficientemente claros, não bastando que seja suscitada com alusões vagas ou equívocas.

O recurso de constitucionalidade pressupõe a existência de uma decisão judicial anterior sobre a questão de inconstitucionalidade<sup>125</sup>. Entretanto, em nome da justiça processual e do direito de arguição de inconstitucionalidade por iniciativa das partes, existem três exceções jurisprudencialmente previstas em que é possível um recurso de constitucionalidade mesmo a questão não tendo sido suscitada no processo: a) o poder jurisdicional não se esgotou com a prolação da decisão recorrida<sup>126</sup>; b) não era exigível ao recorrente o dever de suscitação da questão de inconstitucionalidade em virtude da interpretação judicialmente acolhida ser inesperada, o caso das decisões surpresas<sup>127</sup>; c) nos casos de ocorrência de circunstância superveniente<sup>128</sup> ou quando o requerente não teve oportunidade de suscitar a inconstitucionalidade no momento adequado<sup>129</sup>.

d) Princípio da Viabilidade Recursal: tal princípio pretende evitar a interposição de recursos manifestamente infundados junto do Tribunal Constitucional, de acordo com o art. 76º n.º 2, *in fine*, da Lei n.º 28/82. O recurso é viável quando tiver utilidade para a decisão do

---

<sup>122</sup> MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito Constitucional**, Tomo VI, 4.ª ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2013, pp. 252-257.

<sup>123</sup> MIRANDA, Jorge; MEDEIROS, Rui. **Constituição Portuguesa Anotada**. *Cit.*, p.757. MIRANDA, JORGE. **Manual de Direito Constitucional**. *Cit.*, pp. 255-257

<sup>124</sup> Cf. AC n.º 392/93 do TC.

<sup>125</sup> MARQUES, António Rocha. **O Tribunal Constitucional e os outros tribunais: a execução das decisões do Tribunal Constitucional**, in *Estudos sobre a jurisprudência do Tribunal Constitucional*. Lisboa: Aequitas Editorial Notícias, 1993, pp. 457-458.

<sup>126</sup> Cf. ACs n.ºs. 3/83, 8/83, 355/93 e 206/83, todos do TC.

<sup>127</sup> Cf. Acórdãos do TC n.ºs. 479/89, 489/94, 569/95, 446/00 e 113/03.

<sup>128</sup> Cf. AC n.º 294/91 do TC.

<sup>129</sup> Cf. AC n.º 60/95 do TC.



caso concreto. Nesse sentido, a fiscalização concreta requer obrigatoriamente uma causa submetida a apreciação jurisdicional, cuja decisão implica a solução do incidente de inconstitucionalidade.

e) Princípio do conhecimento oficioso: Nos processos de fiscalização abstrata deve ser respeitado o princípio do pedido, especificamente *nemo iudex sine actore*, o qual implica que o controlo de constitucionalidade, por regra, só se instaura com a iniciativa dos sujeitos processualmente legitimados para tanto, excetuada a iniciativa oficiosa, em caso de repetição do julgado, art. 82º da LTC. Todavia, no âmbito da fiscalização concreta o juiz conhece oficiosamente das questões relativas à validade da norma a aplicar ao caso em apreço, dispondo da competência de julgá-la inconstitucional e não a utilizar no caso concreto, conforme já discutido supra.

#### 3.4.4 - O objeto do recurso

De acordo com o art. 280.º da CRP, somente é possível recorrer para o Tribunal Constitucional de decisões de tribunais. Processualmente, o objeto do recurso de constitucionalidade consiste na decisão do tribunal *a quo*, mas somente na parte em que este se pronuncia sobre a questão de inconstitucionalidade<sup>130</sup>, de acordo com o art. 280.º, n.ºs 1 e 6, da CRP e os arts. 70.º, n.º 1, alíneas a), b), g) e h), e 71.º, n.º 1, da LTC. Nesse sentido, o recurso de constitucionalidade não tem por objeto a decisão judicial propriamente dita, nem o processo interpretativo da norma, mas apenas na parte em que ela não aplicou uma norma por motivo de inconstitucionalidade ou aplicou uma norma alegadamente inconstitucional<sup>131</sup>. No recurso de constitucionalidade, o que se demanda ao Tribunal Constitucional não é a apreciação da constitucionalidade da decisão do tribunal *a quo* quanto à questão de fundo do caso *sub judice*, mas antes o seu exame no que se refere à inconstitucionalidade de uma ou mais normas relevantes para a decisão do caso submetido a julgamento.

Já em sentido substantivo, o objeto do recurso de constitucionalidade desloca-se da própria decisão judicial para a norma à qual a questão de inconstitucionalidade diz

---

<sup>130</sup> COSTA, José Manuel M. Cardoso da. **A Jurisdição Constitucional em Portugal**. 3.ª ed. Coimbra: Editora Almedina, 2007, p. 79.

<sup>131</sup> CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**, 7.ª ed. Coimbra: Editora Almedina, 2003, p.989.

respeito<sup>132</sup>. Isto permite, preliminarmente, projetar a fronteira entre um puro controle normativo e o que já seria uma espécie de “recurso de amparo ou queixa constitucional”, de aspecto mais amplo<sup>133</sup>. Assim, tem-se entendido que o recurso para o Tribunal Constitucional tanto pode recair sobre normas como sobre interpretações normativas. Devendo entender-se por norma, um conceito, composto por elementos funcionais e formais, no qual, norma será uma regra que orienta e regula condutas, não se reconduzindo a atos de pura aplicação ou execução, pela administração ou pelos tribunais, de uma regra ou padrão valorativo pré-determinado<sup>134</sup>. Ademais, tal regra ou padrão valorativo deve ser estabelecido por ato de um poder normativo público, possuindo, em razão disso, natureza heterônoma, vinculando pessoas por ele abrangidas independentemente da vontade dos respectivos destinatários<sup>135</sup>.

Os pressupostos gerais relativos ao objeto nos recursos de fiscalização concreta da constitucionalidade e da legalidade, podem dividir-se em três<sup>136</sup>: 1- deve o recurso reportar-se a uma decisão de natureza jurisdicional, proferida por um tribunal, nos termos dos artigos 202.º, 205.º e 209.º da CRP, e a decisão deve ser definitiva, ainda que não seja final. Não é admissível por isso recurso de decisões provisórias<sup>137</sup>; 2 - o recurso tem de ter objeto normativo, devendo incidir sobre normas ou interpretações normativas, relevantes no caso concreto, e não sobre decisões judiciais concretas<sup>138</sup>; 3 - o objeto do recurso de inconstitucionalidade deve possuir natureza instrumental quanto à decisão da causa. Além de que, a sua apreciação precisa ser útil para o julgamento da causa principal.

Nesse diapasão, três categorias de decisões que são passíveis de recurso<sup>139</sup>, nomeadamente:

1) Decisões que recusem a aplicação de certa norma com fundamento em inconstitucionalidade ou em ilegalidade, nos termos do art. 280º, nº 1, a), e nº 2, a), b) e c)

---

<sup>132</sup> CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**, 7.ª ed. Coimbra: Editora Almedina, 2003, p.989.

<sup>133</sup> COSTA, José Manuel M. Cardoso da. *Op. Cit.*, p. 80.

<sup>134</sup> REGO, Carlos Lopes. **Os Recursos de Fiscalização Concreta na Lei e na Jurisprudência do Tribunal Constitucional**. Coimbra: Editora Almedina, 2010, p. 23 a 25.

<sup>135</sup> *Idem*.

<sup>136</sup> *Ibidem*, p. 17.

<sup>137</sup> Cf. Acórdãos do TC n.ºs 151/85, 400/97, 664/97, 442/00, 235/01, 457/07, 427/12.

<sup>138</sup> Cf. Acórdãos do TC n.ºs 199/88 e 367/94

<sup>139</sup> Cf. MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito Constitucional**, Tomo VI, 4.ª ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2013, pp. 248-250.

da CRP ou em contradição com uma convenção internacional, art. 70º, nº1, i) da LTC. Nesse primeiro tipo, a recusa de aplicação da norma não tem de ser sempre expressa; pode ser uma recusa implícita, como ocorre quando a decisão do Tribunal extrai consequências correspondentes ao julgamento da norma como inconstitucional ou ilegal;

2) Decisões que apliquem norma cuja inconstitucionalidade ou ilegalidade haja sido suscitada durante o processo, de acordo com o art. 280º, nº 1, b) e nº 2, d), da CRP. Os recursos contra essas decisões não se reconduzem a recursos de amparo. O direito de os interpor pode ser considerado um direito de natureza análoga à dos direitos, liberdades e garantias, mas os recursos não se configuram especificamente como meios específicos de defesa de direitos, liberdades e garantias;

3) Decisões que apliquem norma anteriormente julgada inconstitucional ou ilegal pelo próprio TC, conforme o art. 280º, nº5, da CRP, ou que apliquem norma legislativa em desconformidade com o anteriormente decidido pelo Tribunal, art. 70º, nº1, i), 2.ª parte, da LTC. A forma de aferir a anterioridade é simplesmente verificar o trânsito em julgado da decisão do Tribunal Constitucional; antes disso, caso a norma esteja sendo discutida perante o TC e simultaneamente perante outro tribunal, não haverá nenhum fundamento para suspender a instância à espera da decisão do Tribunal<sup>140</sup>. Além disso, é necessário verificar-se uma dupla relação de identidade: primeiramente, exige-se que a norma que o recorrente quer ver apreciada tenha sido efetivamente aplicada pela decisão recorrida como *ratio decidendi*; em segundo lugar, deve haver identidade entre a norma efetivamente aplicada na decisão recorrida e a norma anteriormente julgada inconstitucional pelo TC.

Em todas estas hipóteses está patente a supremacia da Constituição, princípio fundamental para a segurança jurídica, que estabelece a necessidade de conformidade de todas as leis e os atos dos poderes públicos com a Constituição. Assim, nenhuma norma infraconstitucional pode estar em desconformidade com as normas e princípios constitucionais, sob pena de inexistência, nulidade, anulabilidade ou ineficácia<sup>141</sup>. Desta ideia de garantia da Constituição, decorre o princípio da supremacia do Tribunal

---

<sup>140</sup> Em sentido contrário, MORAIS, Carlos Blanco de. **Justiça Constitucional**, Tomo II, 2.ª ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2011, pp. 797-798.

<sup>141</sup> CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**, 7.ª ed. Coimbra: Editora Almedina, 2003, pp. 1147-1150.

Constitucional<sup>142</sup> no ordenamento jurídico português, o qual estabelece que a última palavra em questões de constitucionalidade deve pertencer ao Tribunal Constitucional, órgão especificamente legitimado para esse efeito<sup>143</sup>.

### 3.4.5 - A legitimidade recursal

A legitimidade das partes em recorrer decorre, diretamente, de ter sido alegado no processo, por estas, a questão da inconstitucionalidade de forma adequada e atempadamente, nos termos do art. 280.º, n.º 4, da CRP. O art. 72.º, n.º 1, da LTC atribui às partes e ao Ministério Público a legitimidade para recorrer ao Tribunal Constitucional, das decisões dos tribunais *a quo*. Entretanto, também vem se reconhecendo legitimidade recursal a terceiros que tenham sido, direta e efetivamente, prejudicados pela decisão<sup>144</sup>, de acordo com o art. 631.º, n.ºs 1 e 2, do CPC.

A legitimidade do Ministério Público para interpor recurso nos casos das decisões negativas de inconstitucionalidade, se tiver tido intervenção principal no processo-base e tiver sido suscitado no processo adequadamente a questão da inconstitucionalidade, é incontroversa. Ponto controverso é a determinação da legitimidade processual ativa do Ministério Público quando este seja parte no processo<sup>145</sup>, em particular, parte acessória<sup>146</sup>.

No que diz respeito ao recurso de decisões que apliquem norma cuja inconstitucionalidade haja sido suscitada durante o processo, previsto nos arts. 280.º, n.º 1, b), CRP e 70.º, n.º 1, b), LTC, a jurisprudência constitucional tem reiteradamente entendido que o Ministério Público não possui legitimidade recursal quando, ainda que tenha suscitado a questão de inconstitucionalidade durante o processo, não intervém a título principal ou como representante de qualquer das partes no processo, mas somente como parte acessória;

---

<sup>142</sup> CASTRO, Bernardo de. **As sentenças intermédias na ordem constitucional nacional**. Coimbra: Editora Almedina, 2016, p. 79.

<sup>143</sup> MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito Constitucional**, Tomo VI, 4.ª ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2013, p. 250.

<sup>144</sup> MORAIS, Carlos Blanco de. **Justiça Constitucional**, Tomo II, 2.ª ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2011, p. 638.

<sup>145</sup> CANOTILHO, J. J. Gomes. *Op. Cit.*, pp. 990-991.

<sup>146</sup> SOUSA, Miguel Teixeira de. **Legitimidade e interesse no recurso de fiscalização concreta da constitucionalidade**, in *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Armando M. Marques Guedes*. Coimbra: Coimbra Editora, 2004.

nessa hipótese, apenas goza de legitimidade processual ativa quem é titular de um interesse direto em recorrer, ou seja, a parte sucumbente<sup>147</sup>.

O interesse recursal tem sido um mecanismo utilizado pelo Tribunal Constitucional para travar recursos infundados e meramente dilatórios, em decorrência do princípio da economia processual. Nesse sentido, o recurso, para ser viável, deve ser necessário e útil ao recorrente, permitindo a melhoria de sua situação jurídica; o recurso será necessário quando o recorrente não dispuser de meio processual diverso para modificar a questão da inconstitucionalidade, quanto a utilidade, podemos afirmar que o recurso será útil quando propiciar situação mais vantajosa ao recorrente.<sup>148</sup>

### 3.4.6- Recurso obrigatório ao Ministério Público

A regra, no regime jurídico português, é a de que o recurso para o Tribunal Constitucional é um recurso meramente facultativo às partes. Entretanto, o sistema não é puramente subjetivista, contendo elementos objetivos como o conhecimento oficioso da inconstitucionalidade, a irrenunciabilidade do direito ao recurso e o recurso para o Tribunal Constitucional obrigatório ao Ministério Público em duas situações expressamente previstas constitucionalmente, em decorrência de seu papel de protetor da legalidade e garantidor da Constituição<sup>149</sup>, nos termos do art. 280.º, nº 3 e 5, da CRP e dos arts. 70.º, nº1, g, e 72.º, nº 3, ambos da LTC.

No primeiro tipo de recurso obrigatório, o Ministério Público é obrigado a recorrer da decisão que decida pela inconstitucionalidade de uma norma prevista em convenção

---

<sup>147</sup> Cf. Acórdãos n.ºs. 636/94, 171/95, 1187/96, 368/97 e 242/98, todos do TC. Doutrinariamente, cf. MIRANDA, Jorge; MEDEIROS, Rui. **Constituição Portuguesa Anotada**, Tomo III. Coimbra: Coimbra Editora, 2007, pp. 763-764; SOUSA, Miguel Teixeira de. **Legitimidade e interesse no recurso de fiscalização concreta da constitucionalidade**, in *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Armando M. Marques Guedes*. Coimbra: Coimbra Editora, 2004, p. 952; MORAIS, Carlos Blanco de. **Justiça Constitucional**, Tomo II, 2.ª ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2011, pp. 697-698.

<sup>148</sup> Nesse sentido, Barbosa Moreira afirma que: “A noção de interesse, no processo, repousa sempre, ao nosso ver, no binômio utilidade + necessidade: [...] utilidade da providência judicial pleiteada, necessidade da via que se escolhe para obter essa providência. O interesse em recorrer, assim, resulta da conjugação de dois fatores: de um lado, é preciso que o recorrente possa esperar, da interposição do recurso, a consecução de um resultado a que corresponda situação mais vantajosa, do ponto de vista prático, do que a emergente da decisão recorrida; de outro lado, que lhe seja necessário usar o recurso para alcançar tal vantagem” (MOREIRA, José Carlos Barbosa. **Comentários ao código de processo civil: Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973**. V. 5: arts. 476 a 565. Rio de Janeiro: Forense, 1998, pp. 294-295).

<sup>149</sup> MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito Constitucional**, Tomo VI, 4.ª ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2013, p.266.

internacional, ato legislativo ou decreto regulamentar, de acordo com o art. 280.º, n.º3, da CRP e do art. 72.º, n.º 3, da LTC. A *ratio* deste recurso decorre da presunção de constitucionalidade das leis, que é suprimida pela decisão do tribunal *a quo*, cabendo ao Ministério Público, enquanto defensor da constitucionalidade, interpor recurso para o Tribunal Constitucional, a fim de que este possa decidir quanto à constitucionalidade da norma. Tais atos normativos, sobre os quais recai a necessidade de recurso obrigatório, são obrigatoriamente promulgados pelo Presidente da República, decorrendo, assim, uma presunção qualificada de não inconstitucionalidade<sup>150</sup>.

Na segunda hipótese de recurso obrigatório, a obrigação de recorrer recai sobre a decisão de tribunal que aplique norma anteriormente julgada inconstitucional pelo Tribunal Constitucional, nos termos do art. 280.º, n.º5, da CRP e do art. 70.º, n.º1, g, da LTC. A *ratio* desse recurso é garantir a uniformidade da jurisprudência no sistema, evitando que seja novamente aplicada pelos tribunais uma lei já declarada inconstitucional pelo Tribunal Constitucional, garantindo, assim, a autoridade das decisões deste Tribunal<sup>151</sup>.

### **3.5- As decisões do Tribunal Constitucional**

Após o exame preliminar do requerimento de recurso, o relator pode proferir de imediato uma decisão sumária sobre o assunto, numa das três situações: quando entender que não pode conhecer-se do objeto do recurso; quando a questão a decidir seja considerada como simples, designadamente, por a mesma já ter sido objeto de decisão anterior ou por ser manifestamente infundada; ou, quando o requerente, tendo sido convidado a completar ou corrigir o requerimento, indicando os elementos em falta tal como exigido nos n.ºs. 1 a 4, art. 75º- A, da LTC, não o faça. Dessa decisão sumária, é cabível reclamação para a conferência, que será composta pelo presidente ou vice-presidente, pelo relator e por outro juiz da respectiva seção, nos termos do art. 78.º - A da LTC.

Quando não puder ser decidido sumariamente ou, tendo ocorrido a decisão sumária, mas a conferência ou o pleno da secção hajam dado provimento à reclamação, determinando assim que deva ser conhecido o objeto do recurso ou deva este prosseguir, o relator manda

---

<sup>150</sup> Cf. MEDEIROS, Rui. **A decisão de inconstitucionalidade: os autores, o conteúdo e os efeitos da decisão de inconstitucionalidade da lei**. Lisboa: Universidade Católica Editora, 1999, p. 74.

<sup>151</sup> Cf. MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito Constitucional**, Tomo VI, 4.ª ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2013, pp. 258-259. No mesmo sentido, cf. os Acórdãos n.ºs 528/96 e 518/98, do TC.

notificar o recorrente para apresentar as suas alegações, no prazo de 30 dias, contados da notificação, nos termos do art. 79º, da LTC. Entretanto, em situações específicas tal prazo pode ser encurtado entre dez e vinte dias, nos termos do art. 79º, nº2, da LTC.

A decisão do Tribunal Constitucional é definitiva, só incidindo sobre ela recurso para uniformização de jurisprudência. Todavia, mesmo esgotado o poder jurisdicional de apreciação com a prolação da decisão do recurso de inconstitucionalidade, isso não impede o Tribunal de retificar erros materiais, suprir nulidades, esclarecer dúvidas existentes na sentença ou reformulá-las, se para tal for requerido e se para isso encontrar fundamento. Aplicando-se subsidiariamente as regras sobre o recurso de apelação, nos termos dos arts. 666º a 670º, todos do CPC.

Ademais, em relação aos efeitos, as decisões do Tribunal Constitucional podem ter efeitos diretos e indiretos ou reflexos. Os efeitos diretos podem ser três<sup>152</sup>, previstos no art. 80.º, nº1, da LTC: 1- a decisão do recurso faz caso julgado no processo. Assim, a norma julgada inconstitucional pelo Tribunal Constitucional não pode ser aplicada nem no processo recorrido, nem por qualquer outro tribunal que venha a conhecer dele na fase de recurso; 2- efeitos inter partes, de acordo com o qual a decisão do Tribunal Constitucional, que julgou inconstitucional uma norma, só tem efeitos na decisão recorrida proferida pelo tribunal *a quo*; 3 – a decisão do Tribunal Constitucional faz coisa julgada apenas em relação à questão da inconstitucionalidade, deste modo, como o recurso é restrito à questão de constitucionalidade, a decisão do Tribunal Constitucional só pode incidir sobre essa mesma questão. Logo, o Tribunal Constitucional não pode substituir o tribunal recorrido e proferir uma decisão de mérito sobre a causa principal.

Os efeitos indiretos são dois: A partir de tal decisão, são necessariamente recorríveis para o Tribunal Constitucional todas as decisões em que os tribunais apliquem a norma que foi julgada inconstitucional, de acordo com o art. 280.º, nº5, da CRP. Portanto, caso o TC não altere a sua jurisprudência, tal norma é impedida de ser aplicada<sup>153</sup>, visto que obrigatoriamente quando o TC já tiver julgado inconstitucional determinada norma, caberá recurso obrigatório ao MP das decisões dos tribunais que aplicarem esta norma<sup>154</sup>. Por fim,

---

<sup>152</sup> Cf. CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**, 7.ª ed. Coimbra: Editora Almedina, 2003, p. 1000.

<sup>153</sup> CANOTILHO, J. J. Gomes; MOREIRA, Vital. *Op. Cit.*, p. 959.

<sup>154</sup> Cf. mais detalhes no tópico 3.4.6 em que tratamos do Recurso Obrigatório ao Ministério Público.

o ultimo efeito das decisões do Tribunal Constitucional, no âmbito da fiscalização concreta, é a presunção de inconstitucionalidade abstrata de uma norma. Verificado que uma norma já foi julgada inconstitucional em três casos, pode ser desencadeado o processo de declaração de inconstitucionalidade, de acordo com o art. 281.º, n.º3, da CRP, independentemente de requerimento. Portanto, mesmo que os efeitos da fiscalização concreta de constitucionalidade sejam adstritos ao caso *sub judice*, o juízo de inconstitucionalidade estabelece a partir daí a presunção de inconstitucionalidade abstrata da norma<sup>155</sup>

Além disso, a Constituição Portuguesa apenas alude ao conteúdo das decisões do Tribunal Constitucional que concluam pela existência de inconstitucionalidade, utilizando uma terminologia variada de acordo com o tipo de fiscalização da constitucionalidade em causa<sup>156</sup>. Portanto, nos casos em que não se conclua pela existência de inconstitucionalidade, as decisões do Tribunal Constitucional assumem um carácter meramente negativo, visto que na ausência de previsão constitucional expressa, não cabe ao Tribunal Constitucional emitir juízos positivos de constitucionalidade<sup>157</sup>. Esse entendimento tem consequências tanto para a formulação do pedido quanto para a fórmula da decisão que incide sobre a questão de inconstitucionalidade<sup>158</sup>.

Logo, diferente do que ocorre na fiscalização abstrata preventiva e sucessiva, assim como na fiscalização da inconstitucionalidade por omissão, as decisões do Tribunal Constitucional prolatadas em sede de fiscalização concreta traduzem-se, quando numa decisão positiva ou de acolhimento da inconstitucionalidade, num julgamento de inconstitucionalidade e, quando no sentido oposto, num não julgamento de inconstitucionalidade, ou seja, uma decisão negativa ou de rejeição, nos termos os arts. 280.º, n.º 5, e 281.º, n.º 3, ambos da CRP<sup>159</sup>.

É necessário ressaltar que não obstante a maioria das decisões do Tribunal Constitucional se enquadre, ao menos formalmente, no âmbito das duas alternativas

---

<sup>155</sup> CANOTILHO, J. J. Gomes; MOREIRA, Vital **Constituição da República Portuguesa Anotada**, vol. II, 4.ª ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2010, p. 959.

<sup>156</sup> ALMEIDA, Luís Nunes de. **O Tribunal Constitucional e o conteúdo, a vinculatividade e os efeitos das suas decisões**, in *Portugal: O Sistema Político e Constitucional 1974-1987*. Lisboa: Instituto de Ciências Sociais da Universidade de Lisboa, 1989, p. 618.

<sup>157</sup> CANOTILHO, J. J. Gomes; MOREIRA, Vital. **Constituição da República Portuguesa Anotada**. *Cit.*, p. 917.

<sup>158</sup> *Idem*.

<sup>159</sup> ALMEIDA, Luís Nunes de. **Op. Cit.** p. 952. CANOTILHO, J. J. Gomes. **Fiscalização da Constitucionalidade e da Legalidade**, in *Dicionário Jurídico da Administração Pública*, vol. IV, 1991, p. 372.



decisórias supramencionadas, a jurisprudência constitucional tem desenvolvido técnicas de decisão intermédias<sup>160</sup>, as quais apresentam uma maior complexidade e implicam uma atuação criativa dos juízes, os quais deixam de ser meros legisladores negativos e assumem a posição de legisladores positivos, incorporando, com sua decisão, um *quid novi juris* na ordem jurídica<sup>161</sup>. Assim sendo, o conteúdo das decisões do Tribunal Constitucional não se esgota no esquema binário acolhimento/rejeição<sup>162</sup>. Em decorrência da autocontenção do Tribunal Constitucional, na apreciação da questão de constitucionalidade, tais tipos de decisões raramente se configuram.

### **3.6- A influência dos Tribunais Europeus nas decisões do Tribunal Constitucional**

A interação entre os tribunais constitucionais e os tribunais europeus – Tribunal de Justiça da União Europeia (TJUE) e Tribunal Europeu dos Direitos do Homem (TEDH) -, em relação aos direitos fundamentais é um dos temas mais complexos atualmente. Com a criação do TEDH surgiu um sistema de fiscalização interestadual, visando conferir efetividade à Convenção Europeia dos Direitos do Homem (CEDH), criando, desta forma, um supraordenamento jurídico, através de um sistema próprio, baseando-se num mecanismo de queixa individual, previsto no artigo 34.º da CEDH<sup>163</sup>, em que aos cidadãos é atribuída legitimidade para ajuizar uma ação junto do TEDH para defesa de direitos fundamentais.

Entretanto, as decisões do TEDH não têm força executiva direta, apenas declarativa e reparadora, sendo a sua execução dependente da vontade do Estado<sup>164</sup>. Na Europa, a proteção dos direitos fundamentais baseia-se em três níveis de normas e

---

<sup>160</sup> Tais decisões podem ser decisões interpretativas, decisões apelativas ou exortativas, declaração de incompatibilidade ou decisões manipulativas. Para mais detalhes, cf. URBANO, Maria Benedita. **Curso de Justiça Constitucional: Evolução Histórica e Modelos de Controlo de Constitucionalidade**. 2ª ed. Coimbra: Editora Almedina, 2016, p.109-116.

<sup>161</sup> URBANO, Maria Benedita. **Curso de Justiça Constitucional: Evolução Histórica e Modelos de Controlo de Constitucionalidade**. 2ª ed. Coimbra: Editora Almedina, 2016, p.108.

<sup>162</sup> CANOTILHO, J. J. Gomes. **Fiscalização da Constitucionalidade e da Legalidade**, in Dicionário Jurídico da Administração Pública, vol. IV, 1991, p. 372.

<sup>163</sup> “**ARTIGO 34º - Petições individuais** - O Tribunal pode receber petições de qualquer pessoa singular, organização não governamental ou grupo de particulares que se considere vítima de violação por qualquer Alta Parte Contratante dos direitos reconhecidos na Convenção ou nos seus protocolos. As Altas Partes Contratantes comprometem - se a não criar qualquer entrave ao exercício efectivo desse direito”.

<sup>164</sup> BOTELHO, Catarina Santos. **A tutela directa dos direitos fundamentais – Avanços e recuos na dinâmica garantística das justças constitucional, administrativa e internacional**. Coimbra: Editora Almedina, 2010, pp. 317-322.

instituições, as quais se justapõem, influenciam e interagem, visando atingir um grau mais elevado de proteção dos direitos fundamentais<sup>165</sup>. Assim sendo, a proteção e a tutela dos direitos fundamentais na Europa ocorrem ao nível de normas e instituições nacionais, da União Europeia (EU) e do direito internacional, por meio da CEDH, dispondo cada um desses três níveis de um catálogo de direitos fundamentais diferenciado e de meios de tutela específicos<sup>166</sup>.

À semelhança do ocorrido no continente Europeu, surgiu no continente Americano a Corte Interamericana de Direitos do Homem (CIDH), com competência contenciosa na defesa dos direitos fundamentais postulados na Convenção Americana de Direitos Humanos, também conhecida como Pacto de São José da Costa Rica.

No âmbito dos direitos fundamentais, o diálogo entre os tribunais constitucionais europeus de um lado, e o TJUE e o TEDH de outro, deve ser analisado sob uma perspectiva mais abrangente: a do constitucionalismo além do Estado<sup>167</sup>, visto que há muito tempo a proteção dos direitos fundamentais e o constitucionalismo europeu deixaram de estar firmados somente na ordem jurídica estadual para assentarem igualmente na ordem jurídica da UE<sup>168</sup>.

No âmbito da tutela multinível dos direitos fundamentais, as questões no âmbito do ordenamento português podem chegar ao TEDH por meio de petições individuais, de acordo com o art. 34º da CEDH. Todavia, de acordo com o princípio da subsidiariedade, o

---

<sup>165</sup> FABBRINI, Federico. **Fundamental rights in Europe – Challenges and transformations in comparative perspective**. Oxford: Oxford University Press, 2014, p.4.

<sup>166</sup> MARTINS, Ana Maria Guerra. **Tribunais Constitucionais, Tribunais Europeus e Direitos Fundamentais – Do monólogo cauteloso ao diálogo construtivo**, in *Estudos em homenagem ao conselheiro presidente Rui Moura Ramos*. Vol. I. Coimbra: Editora Almedina, 2016, p. 600.

<sup>167</sup> Diversas tem sido as teses a fim de explicar esse fenômeno, dentre as quais sobressaem o constitucionalismo multinível e o pluralismo constitucional. Não sendo o objetivo deste trabalho, para uma análise mais detalhada de constitucionalismo multinível, cf. PERNICE, Ingolf. **Multilevel Constitutionalism and the Crisis of Democracy in Europe**. Oxford: Oxford University Press, 2015, p. 541 e ss. Em relação ao pluralismo constitucional, para mais detalhes cf. WEILER, J. H. H. **The worlds of European Constitutionalism**. Cambridge: Cambridge University Press, 2012, p. 8 e ss. MADURO, Miguel Poiars. **A Constituição Plural – Constitucionalismo e União Europeia**. Lisboa: Editora Principia, 2006, p. 15 e ss. AVBELJ, Matej e KOMAREK, Jan. **Constitutional Pluralism in the European Union and Beyond**. Oxford: Oxford University Press, 2012. Entre nós, Canotilho vem afirmando a tese da rede de interconstitucionalidade. Ver CANOTILHO, J. J. Gomes. **“Brançosos” e Interconstitucionalidade – Itinerários dos discursos sobre a historicidade constitucional**. Coimbra: Editora Almedina, 2006, p. 261 e ss; Idem. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**, 7.<sup>a</sup> ed. Coimbra: Editora Almedina, 2003, p. 1326 e ss.

<sup>168</sup> MARTINS, Ana Maria Guerra. **A natureza jurídica da revisão do Tratado da União Europeia**. Lisboa: Editora Lex Tema, 2000, p. 303 e **Curso de Direito Constitucional da União Europeia**. Coimbra: Editora Almedina, 2004, p. 119 e ss.

estabelecimento dos fatos e a análise das provas cabe aos tribunais nacionais, ao TEDH não compete analisar erros de fato ou de direito cometidos sob jurisdição interna, exceto na medida em que tais erros possam gerar prejuízo aos direitos e liberdades salvaguardados na CEDH<sup>169</sup>. Em decorrência disto, a falta da previsão de um recurso específico no sistema português, como o recurso de amparo, gera grande críticas, entretanto a maior parte da doutrina defende que a existência de um mecanismo como este iria congestionar por completo o funcionamento do Tribunal Constitucional, pois a sua introdução levaria a uma massificação de recursos interpostos<sup>170</sup>, além de que o recurso de constitucionalidade em fiscalização concreta cumpre algumas das funções do recurso de amparo e mecanismos semelhantes<sup>171</sup>.

Em relação à cooperação judicial no domínio dos direitos fundamentais, ela pode ocorrer tanto por mecanismos institucionalizados, como as questões prejudiciais levadas pelo TC ao TEDH, ou por intermédio de um diálogo judicial informal, que pode ocorrer por meio de um diálogo indireto entre os tribunais, de outra maneira através da análise jurisprudencial, ou até por um diálogo direto entre tribunais nacionais e internacionais, utilizando, neste caso, procedimentos formais de cooperação como a criação de redes judiciais para a troca de informações<sup>172</sup>. No ordenamento jurídico português, o diálogo entre o Tribunal Constitucional e o TEDH ocorre, essencialmente, num plano informal, passando os juízes constitucionais a incorporar em suas decisões referências aos Acórdãos do TEDH.

No Acórdão nº 589/2006, em que se discutia a constitucionalidade dos artigos 141.º e 254.º, n.º 1, alínea a), ambos do Código de Processo Penal, para efeitos de impugnação

---

<sup>169</sup> BARRETO, Ireneu Cabral. **O Tribunal Europeu dos Direitos do Homem e o Tribunal/Juiz Nacional**, in *Jurisprudência do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem: casos nacionais*. Lisboa: Centro de Estudos Judiciários, 2013. Videogravação da comunicação disponível em [http://www.cej.mj.pt/cej/recursos/ebooks/Jurisprudencia/Tribunal\\_Europeu\\_Direitos\\_Homem.pdf](http://www.cej.mj.pt/cej/recursos/ebooks/Jurisprudencia/Tribunal_Europeu_Direitos_Homem.pdf), acesso em 11 de maio de 2017, às 17:42h.

<sup>170</sup> Nesse sentido, cf. MORAIS, Carlos Blanco de. **Justiça Constitucional**, Tomo II, 2.ª ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2011, pp.1058 e ss. e MEDEIROS, Rui. **A decisão de inconstitucionalidade: os autores, o conteúdo e os efeitos da decisão de inconstitucionalidade da lei**. Lisboa: Universidade Católica Editora, 1999, pp.356 e ss.

<sup>171</sup> MOREIRA, Vital. **O Tribunal Constitucional Português: a “Fiscalização Concreta” no Quadro de um Sistema Misto de Justiça Constitucional**, in *Revista Sub Judice*, n.º20/21, jan./jun. 2001.

<sup>172</sup> MARTINS, Ana Maria Guerra. **Tribunais Constitucionais, Tribunais Europeus e Direitos Fundamentais – Do monólogo cauteloso ao diálogo construtivo**, in *Estudos em homenagem ao conselheiro presidente Rui Moura Ramos*. Vol. I. Coimbra: Editora Almedina, 2016, p. 609. Ver, ainda, MARTINS, Ana Maria Guerra; ROQUE, Miguel Prata. **Judicial Dialogue in a Multilevel Constitutional Network – the Role of the Portuguese Constitutional Court**, in *Courts and Comparative Law*. Oxford: Oxford University Press, 2015, p. 304.

judicial de prisão preventiva, o TC levou em conta a CEDH e a jurisprudência do TEDH, a fim de melhor estabelecer o seu juízo de constitucionalidade. Já no Acórdão n.º 70/2008, em que havia divergência jurisprudencial entre as próprias seções não especializadas do TC, foi decidida pela não inconstitucionalidade da destruição de escutas telefônicas decretadas como irrelevantes, utilizando em favor da decisão jurisprudência do TEDH, especialmente os Acórdãos n.ºs 34 e 35 de 24/04/1990, n.ºs 46 e 59 de 30/07/1998 e o n.º 30 de 18/02/2003.

Em 2010, no Acórdão n.º 121/2010 que apreciou a constitucionalidade da norma do Código Civil que passou a admitir o casamento entre pessoas do mesmo sexo, o Tribunal Constitucional assinalou que a Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia (CDFUE) reconhecia o direito ao casamento sem qualquer distinção em função do sexo (art. 9º) e proibia a discriminação em função da orientação sexual (art. 21º). Mais recentemente, nos Acórdãos n.ºs 296/15 e 403/15, os quais discutiam a constitucionalidade de normas relativas ao regime jurídico do rendimento social de inserção e ao regime jurídico dos serviços de informação do Estado Português, o TC no primeiro acórdão fundamentou sua decisão no princípio da não discriminação em função da nacionalidade e nos arts. 34º, n.º2 e 45º, n.º 1, da CDFUE, declarando inconstitucional o art. 6º, n.º1, b) e n.º4, da Lei 13/2013, que subordinava o direito ao rendimento social de inserção dos cidadãos portugueses à residência no país pelo período de um ano; no segundo acórdão, o TC invocou os arts. 7º e 8º da CDFUE e as decisões do TJUE *Roquetes Freres*, de 22/10/2002, *Volkerund Markus*, de 09/11/2010, e *Digital Rights Ireland Ltd.*, de 08/04/2014.

Portanto, podemos concluir que o direito da União Europeia e a CEDH, assim como a jurisprudência do TJUE e do TEDH exercem influência sobre o TC português, entretanto este nunca utilizou qualquer uma dessas regras como parâmetro constitucional autônomo.

Em relação ao diálogo institucionalizado<sup>173</sup>, especialmente por meio de questões prejudiciais<sup>174</sup>, o TC já afirmou sua competência para suscitar questões prejudiciais ao

---

<sup>173</sup> MARTINS, Ana Maria Guerra. **Tribunais Constitucionais, Tribunais Europeus e Direitos Fundamentais – Do monólogo cauteloso ao diálogo construtivo**, in *Estudos em homenagem ao conselheiro presidente Rui Moura Ramos*. Vol. I. Coimbra: Editora Almedina, 2016, p. 630–631.

<sup>174</sup> O sistema de questões prejudiciais ao TJUE difere totalmente das questões prejudiciais que causam a suspensão de processos. Nesse sentido, para assegurar que a CEDH seja interpretada e aplicada de modo uniforme em toda a UE foi criado um sistema de questões prejudiciais. O TJUE determina qual é o direito aplicável, mas não pode julgar o caso em concreto. A decisão final sobre o litígio é sempre tomada pelos tribunais nacionais, que devem respeitar o direito comunitário tal como interpretado pelo TJUE. Um acórdão interpretativo do TJUE também serve de precedente para os tribunais nacionais quando surja um problema semelhante.

TJUE<sup>175</sup>, todavia, sempre que a questão se colocou, concluía que não havia a necessidade de fazê-lo por três motivos: a) a inexistência de uma questão de interpretação do direito da União Europeia<sup>176</sup>; b) a desnecessidade da interpretação do direito da União Europeia para resolver a questão de constitucionalidade que tinha em mãos<sup>177</sup>; c) A desnecessidade da decisão do TJUE para o julgamento da constitucionalidade<sup>178</sup>.

Podemos concluir que o TC português, depois de uma resistência inicial, tem acompanhado a evolução do constitucionalismo além do Estado e dialogado mais com os tribunais europeus; adotando uma postura muito mais aberta, invocando precedentes estrangeiras e reforçando a fundamentação de suas decisões através de referência ao direito da União Europeia e a CEDH. Tal influência só tende a fortalecer o Tribunal Constitucional.

---

<sup>175</sup> Cf. os Acórdãos n<sup>os</sup> 163/90 e 391/12, ambos do TC.

<sup>176</sup> Cf. os Acórdãos n<sup>os</sup> 163/90, 658/99, 717/04, 181/07 e 273/07, todos do TC.

<sup>177</sup> Cf. os Acórdãos do TC n<sup>os</sup> 606/94, 278/00 e 391/12.

<sup>178</sup> Cf. o AC n<sup>o</sup> 240/00 do TC.

## 4 - A fiscalização concreta no sistema de controlo jurisdicional da constitucionalidade no Brasil

### 4.1 – Evolução histórica do sistema de fiscalização concreta no Brasil

O início da justiça constitucional no Brasil, assim como em Portugal, remonta à primeira metade do século XIX. Teve como marco inicial a Constituição Imperial de 1824, outorgada por Dom Pedro I (praticamente idêntica à que também outorgou a Portugal em 1826, como Dom Pedro IV), que reproduzia o pensamento constitucionalista predominante na Europa naquele início de século<sup>179</sup>. Nos termos do art. 15 da Constituição<sup>180</sup>, atribuiu-se à Assembleia Geral as competências de suspender e revogar as leis, além da guarda da Constituição. Consagrando, assim, um controlo político de constitucionalidade das leis, sem a intervenção do Poder Judiciário, garantindo a soberania do Parlamento.

A Constituição de 1891 estabeleceu em seu bojo o modelo da *judicial review*<sup>181</sup>, permitindo aos juízes a mais ampla cognição, bem como garantindo aos cidadãos que nenhuma lesão ou ameaça a direito seria excluído da apreciação do Poder Judiciário, nos termos de seu art. 59, §1º<sup>182</sup>. Pela primeira vez, no ordenamento jurídico brasileiro, passou a ser previsto constitucionalmente o sistema de controlo judicial da constitucionalidade<sup>183</sup>. Entretanto, a existência de constituição escrita não foi suficiente para que os institutos nela

---

<sup>179</sup> Cf. CONTINENTINO, Marcelo Casseb. **História do Controle da Constitucionalidade das Leis no Brasil - percursos do pensamento constitucional no século XIX (1824-1891)**. São Paulo: Editora Almedina, 2015, pp. 137 – 187.

<sup>180</sup> “Art. 15. E' da attribuição da Assembléa Geral (...)

VIII. Fazer Leis, interpretal-as, suspende-las, e rovogal-as.

IX. Velar na guarda da Constituição, e promover o bem geral do Nação”. \* Foi mantida a redação original do artigo.

<sup>181</sup> Necessário ressaltar que nos Estados Unidos, a Suprema Corte trouxe para si o poder de controlar a constitucionalidade das leis, conforme analisado anteriormente; já no Brasil, bem como em Portugal foi o próprio legislador que deferiu aos órgãos do Poder Judiciário tal competência, estabelecendo que caberia ao controlo judicial examinar a eventual incompatibilidade de leis ou atos com a Lei Maior.

<sup>182</sup> “**Art. 59. Ao Supremo Tribunal Federal compete:** ( . . . ) § 1º Das sentenças das justiças dos Estados em última instância haverá recurso para o Supremo Tribunal Federal:

a) quando se questionar sobre a validade ou aplicação de tratados e leis federais, e a decisão do tribunal do Estado for contra ela;

b) quando se contestar a validade de leis ou de atos dos governos dos Estados em face da Constituição, ou das leis federais, e a decisão do tribunal do Estado considerar válidos esses atos, ou essas leis impugnadas”.

<sup>183</sup> Necessário ressaltar que nos Estados Unidos, a Suprema Corte trouxe para si o poder de controlar a constitucionalidade das leis, conforme analisado anteriormente; já no Brasil, bem como em Portugal foi o próprio legislador que deferiu aos órgãos do Poder Judiciário tal competência, estabelecendo que caberia ao controlo judicial examinar a eventual incompatibilidade de leis ou atos com a Lei Maior.

previstos entrassem em funcionamento como esperado. Os juízes republicanos, majoritariamente oriundos do antigo regime, eram avessos ao controlo da constitucionalidade instituído pelo modelo estadunidense, fazendo com que o sistema não cumprisse o proposto.

Ademais, o sistema apresentava deficiências, como a possibilidade de existirem decisões conflitantes entre os vários órgãos judiciários competentes para o controlo de constitucionalidade, o que propiciava um estado de incerteza no direito, além de um grande número de demandas judiciais, que congestionavam as vias judiciais ordinárias, já que as decisões sobre a constitucionalidade das leis proferidas pelos juízes e tribunais operavam somente *inter partes*, visto que no Brasil não havia o *stare decisis* do direito norte-americano, que vinculava os órgãos do Poder Judiciário às decisões da Suprema Corte.<sup>184</sup>

Além disso, a cognição pelo Supremo Tribunal Federal (STF) no controlo dos atos da Justiça Estadual era restrita, podendo os tribunais estaduais exercer com plenitude suas funções, mesmo que sacrificando o caráter nacional da aplicação da Constituição, prova disso é o art. 61 da mesma<sup>185</sup>, que limitava as matérias sujeitas a recurso para o STF. Fora das matérias previstas, a competência dos tribunais estaduais colocava termo aos processos e às questões.

Em 1934 foi promulgada uma nova Constituição, com um novo pensamento em relação ao controlo de constitucionalidade, não se afastando totalmente do paradigma norte-americano, mas aproximando-se das constituições parlamentaristas europeias. Introduziu-se a cláusula do plenário no art. 179<sup>186</sup>, evitando a insegurança jurídica decorrente das contínuas flutuações de entendimento nos tribunais<sup>187</sup>.

Nesta Constituição também apareceu, pela primeira vez, a competência para o Senado Federal suspender a execução, no todo ou em parte, de qualquer lei ou ato,

---

<sup>184</sup> CUNHA JÚNIOR, Dirley da. **Controle de constitucionalidade**: teoria e prática. 6ª. ed. Salvador: Editora Juspodivm, 2012, p. 102.

<sup>185</sup> “Art. 61. As decisões dos juízes ou tribunais dos Estados, nas matérias de sua competência, porão termo aos processos e às questões, salvo quanto a: 1º habeas corpus; 2º espólio de estrangeiro, quando a espécie não estiver prevista em convenção, ou tratado. Em tais casos haverá recurso voluntário para o Supremo Tribunal Federal”.

<sup>186</sup> “Art. 179. Só por maioria absoluta de votos da totalidade dos seus Juízes, poderão os Tribunais declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato do Poder Público”.

<sup>187</sup> MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 4. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2014, p.1086.

deliberação ou regulamento, quando hajam sido declarados inconstitucionais pelo Poder Judiciário, de acordo com o art. 91, IV, da Constituição<sup>188</sup>.

Em meio a um Estado ditatorial, que concentrava o poder nas mãos do Executivo, foi promulgada a Constituição de 1937, mantendo o controlo difuso de constitucionalidade, mas com algum retrocesso. A cláusula de reserva de plenário continuou prevista no art. 96 da nova Constituição, entretanto o parágrafo único deste dispositivo estabeleceu que no caso de ser declarada a inconstitucionalidade de uma lei que, a juízo do Presidente da República, fosse necessária ao bem-estar do povo ou à defesa de interesse nacional, o Presidente poderia submetê-la novamente ao exame do Parlamento. Se este a confirmasse por dois terços de votos, em cada uma das Câmaras, ficaria sem efeito a decisão do Tribunal sobre a constitucionalidade<sup>189</sup>. Além disso, deixaram de existir a representação interventiva e a possibilidade de o Senado atribuir efeitos *erga omnes* à declaração de inconstitucionalidade proclamada pela Corte Suprema<sup>190</sup>. Foi um grande retrocesso no sistema de controlo jurisdicional da constitucionalidade no Brasil.

A redemocratização do País, conferiu à Constituição promulgada em 1946 um caráter político-liberal, com aspecto descentralizador em reação ao centralismo da Constituição de 1937, repristinando as inovações trazidas na Constituição de 1934. Foi recomposto o controlo judicial de constitucionalidade, mantendo o sistema difuso, e introduzindo controlo abstrato de constitucionalidade. Reintroduziu-se, também, a possibilidade resolução suspensiva do Senado. Esta Constituição permitiu que o controlo difuso fosse exercido pelo Supremo Tribunal Federal em sede de recurso extraordinário, além de preservar a exigência de maioria absoluta dos membros do Tribunal para a eficácia da decisão declaratória de inconstitucionalidade<sup>191</sup>.

No regime da Constituição de 1967 foram mantidos o controlo de constitucionalidade misto com mínimas alterações redacionais. A grande alteração foi uma mudança na prática do STF. A Suprema Corte comunicava a declaração de inconstitucionalidade ao Senado Federal, para que este resolvesse sobre a suspensão, tanto

---

<sup>188</sup> Cf. BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de Direito Constitucional**. 22ª ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2010, p. 559.

<sup>189</sup> CUNHA JÚNIOR, Dirley da. **Controle de Constitucionalidade: teoria e prática**. 6ª. ed. Salvador: Editora Juspodivm, 2012, p. 104

<sup>190</sup> LEAL, Saul Tourinho. **Controle de Constitucionalidade moderno**. 2ª ed. Niterói: Editora Impetus, 2012, p. 143.

<sup>191</sup> BULOS, Uadi Lammêgo. **Curso de direito constitucional**. 7. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2012, p. 203.



em casos de fiscalização concreta, como de fiscalização abstrata. Entretanto o Senado Federal nunca se viu obrigado a automaticamente criar a resolução suspensiva dos efeitos da norma impugnada, somente o fazendo quando achava conveniente, pois a sua deliberação, nessa situação, possui nítido conteúdo político.

Portanto, a despeito do reconhecimento da inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal pelo STF, o Senado Federal se omitia de suspender a execução da norma impugnada, não atribuindo efeito *erga omnes* às decisões da Corte. Assim, milhares de demandas continuavam chegando ao STF e por ele deviam ser individualmente julgadas, ainda que se tratassem de ações repetidas. Entretanto, no julgamento da Representação nº 933<sup>192</sup>, em 11 de dezembro de 1975, o STF atravessou o limite entre as suas funções jurisdicionais, para a função legislativa, deferindo limitar que conferia efeitos gerais à decisão, sem a necessidade de Resolução do Senado Federal. Nesse julgado, o Supremo Tribunal deferiu liminar, suspendendo a eficácia dos atos impugnados, o que representou, na prática, adiantar, pela via cautelar, ato que não era da Corte, mas que por ela seria requisitado após o julgamento ao Poder Legislativo.

Assim, se o STF poderia conceder cautelar antecipando os efeitos da resolução do Senado Federal, passou a ser desnecessário que nas representações de inconstitucionalidade fosse a decisão comunicada ao órgão legislativo, ficando reservada a comunicação somente para os casos de reconhecimento na fiscalização concreta de inconstitucionalidade. Em 1977, a Emenda Constitucional nº 7 respaldou o precedente ao conceder formalmente ao STF o poder de processar e julgar o pedido de medida cautelar nas representações oferecidas pelo Procurador-Geral da República.

A Constituinte de 1988, responsável pela atual Constituição da República Federativa do Brasil, muito discutiu sobre o Poder Judiciário e sobre a sua estrutura e funções no Estado Democrático de Direito, muitas vezes partindo da desarrazoada crença de que poderiam os tribunais, por si só, redimir os pecados do sistema político<sup>193</sup>. No final de tantos

---

<sup>192</sup> Disponível em <https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/14619493/questao-de-ordem-na-epresentacao-rp-933-rj>, acesso em 10 de maio de 2017, às 15:52h.

<sup>193</sup> SLAIBI FILHO, Nagib. **Breve História do Controle de Constitucionalidade**. Disponível em: [http://www.tjrj.jus.br/c/document\\_library/get\\_file?uuid=ea10bf6f-babb-4f4e-86954a09b786e3&groupId=10136](http://www.tjrj.jus.br/c/document_library/get_file?uuid=ea10bf6f-babb-4f4e-86954a09b786e3&groupId=10136), p. 20, acesso em 10 de dezembro de 2016, às 17:07h.

debates, o Poder Judiciário, exceto por pequenas alterações, acabou ficando com o mesmo formato que oferecia na época da ditadura militar.

Atualmente, a fiscalização da constitucionalidade no Brasil pode ocorrer por meio da fiscalização concreta, que é exercida por qualquer juiz ou tribunal, em todas as esferas normativas; ou pela fiscalização abstrata, na qual a declaração da inconstitucionalidade é o objeto principal da ação.

#### **4.2- Características do atual sistema de controlo de constitucionalidade brasileiro**

No ordenamento jurídico brasileiro, o controlo de constitucionalidade é exercido por todos os poderes constituídos, os quais possuem o dever de zelar pelo respeito à Constituição. O controlo pode ser exercido de forma preventiva, em um projeto de lei, buscando evitar que uma lei inconstitucional ingresse no ordenamento jurídico<sup>194</sup>, ou de forma repressiva, o qual recai sobre a própria lei, buscando afastar a incidência de uma norma inconstitucional.

O controlo preventivo é exercido pelos Poderes Legislativo e Executivo, que podem impedir a aprovação de ato legislativo inconstitucional, excepcionalmente este controlo pode ser realizado pelo Poder Judiciário<sup>195</sup>, desde que seja acionado por violação ao devido processo legislativo previsto constitucionalmente. O Poder Legislativo efetua o controlo por meio da Comissão de Constituição e Justiça (CCJ), obrigatória em todas as casas legislativas, que examina o projeto de ato legislativo sob o aspecto da constitucionalidade, antes da votação em plenário. Já o Poder Executivo exercita o controlo através do poder de veto ao projeto de lei aprovado pelo Poder Legislativo. O veto do Chefe do Executivo pode ser político, quando contrário ao interesse público, ou jurídico, quando o projeto aprovado pelo Poder Legislativo for inconstitucional, nos termos do art. 66, §1º, da CF<sup>196</sup>. Tal veto não é passível de controlo judicial, conforme decidiu o STF no julgamento da ADPF nº1, de 15/02/00.

---

<sup>194</sup> MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 17ª ed. São Paulo: Editora Atlas, 2005, p.632.

<sup>195</sup> Nesse sentido, cf. Mandado de Segurança (MS) 24.667 de 23/04/04, MS 33311 de 13/11/2014 e MS 34530 de 19/12/2016, todos julgados pelo STF.

<sup>196</sup> “Art. 66. (...)”

Em relação ao controlo repressivo, este pode ser político, jurisdicional ou misto. O controlo político ocorre em Estados onde um órgão distinto dos três Poderes é garantidor da Supremacia da Constituição, como ocorre na França, em que o controlo de constitucionalidade é realizado pelo *Conseil Constitutionnel*. Em relação ao controlo jurisdicional, como o próprio nome já indica, é realizado pelo Poder Judiciário, tanto através de um único órgão (controlo concentrado), bem como por qualquer juiz ou tribunal (controlo difuso). Por fim, pode haver controlo de constitucionalidade misto, em que a constituição submete certas categorias de lei ao controlo político e outras ao controlo jurisdicional, como ocorre na Suíça, onde as leis federais ficam sob o controlo político da Assembleia Nacional e as leis locais sob o controlo jurisdicional<sup>197</sup>.

No ordenamento jurídico brasileiro, em regra, foi adotado o controlo de constitucionalidade repressivo jurídico<sup>198</sup>, no qual o Poder Judiciário realiza o controlo de lei ou ato normativo perante a Constituição Federal, para retirá-los do ordenamento jurídico, quando contrários a ela<sup>199</sup>.

A fiscalização abstrata ou direta de constitucionalidade é um processo de natureza objetiva, no qual questiona-se a própria constitucionalidade de uma lei, não se admitindo a

---

§ 1º - Se o Presidente da República considerar o projeto, no todo ou em parte, inconstitucional ou contrário ao interesse público, vetá-lo-á total ou parcialmente, no prazo de quinze dias úteis, contados da data do recebimento, e comunicará, dentro de quarenta e oito horas, ao Presidente do Senado Federal os motivos do veto”.

<sup>197</sup> Cf. SILVA NETO, Manoel Jorge. **Curso de direito constitucional**. 4ª ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2009, p. 49.

<sup>198</sup> Nesse sentido, julgamos que o sistema de controlo de constitucionalidade repressivo português também pode ser considerado jurídico. Em sentido contrário, Jorge Miranda afirma que o TC pode ser visto como, possuindo uma natureza híbrida, uma vez que é definido pela Constituição, enquanto tribunal e possui competências, organização e funcionamento de ordem jurisdicional e de dizer o direito, enquanto ao mesmo tempo, é um órgão com características políticas, regulado num capítulo autónomo, relativamente aos outros tribunais, designadamente, o capítulo VII, em vez do título V, capítulo II, da C.R.P., estando desintegrado da estrutura do poder judicial (MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito Constitucional**, Tomo VI, 4.ª ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2013, pp. 185 a 188). Também há quem atribua ao TC de natureza jurídica de órgão constitucional semelhante aos órgãos de soberania, cf. BOTELHO, Catarina Santos. **A tutela directa dos direitos fundamentais – Avanços e recuos na dinâmica garantística das justiças constitucional, administrativa e internacional**. Coimbra: Editora Almedina, 2010, p. 55 e 56. Todavia, não me parece essa a natureza jurídica apontada pela CRP ao TC, visto que aquando de sua criação, na revisão de 1982, que pôs termo ao controlo político exercido pelo Conselho da Revolução, foi optado pela criação de um órgão jurisdicional, para continuar o trabalho desenvolvido pela Comissão Constitucional. Ademais, o próprio Jorge Miranda e Rui Medeiros afirmam que o TC é um verdadeiro tribunal, com competências jurisdicionais, e os juizes que o compõem estão vinculados à Constituição e à lei, possuindo garantias de independência, inamovibilidade, imparcialidade e irresponsabilidade, bem como estão sujeitos às incompatibilidades previstas para os juizes dos outros tribunais (MIRANDA, Jorge; MEDEIROS, Rui. **Constituição Portuguesa Anotada**, Tomo III. Coimbra: Coimbra Editora, 2007, pp. 251–256).

<sup>199</sup> MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 17ª ed. São Paulo: Editora Atlas, 2005, p.633.

demanda de interesses meramente individuais. Nessa forma de controlo o objeto da ação é a própria declaração da inconstitucionalidade do ato legislativo ou normativo, a decisão terá efeito *erga omnes* e, sendo declarada a inconstitucionalidade, a lei torna-se imediatamente inaplicável.

São contempladas, na CF de 1988, as seguintes espécies de controlo concentrado de constitucionalidade<sup>200</sup>: a) Ação Direta de Inconstitucionalidade, prevista no art. 102, I, a, da CF/88<sup>201</sup>; b) Ação Direta de Inconstitucionalidade Interventiva, nos termos do art. 36, III, da CF/88<sup>202</sup>; c) Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão, prevista no art. 103, § 2º da CF<sup>203</sup>; d) Ação Declaratória de Constitucionalidade, de acordo com o art. 102, I, a, in fine, da CF/88; e, e) Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental, de acordo com o art. 102, §1º, da CF<sup>204</sup>.

Como já referido anteriormente, a fiscalização concreta se caracteriza pela permissão a qualquer juiz mediante um caso, manifestar-se acerca de eventual incompatibilidade de lei ou ato normativo com a Constituição Federal. Entraremos em mais detalhes sobre esse tipo de fiscalização a seguir.

Em regra, a competência do controlo repressivo é do Poder Judiciário, todavia o Poder Legislativo também pode realizá-lo excepcionalmente, como ocorre, a título de exemplo, quando rejeita Medida Provisória que não preencheu os requisitos da relevância e da urgência, nos termos do art.62, § 5º, CF<sup>205</sup>.

---

<sup>200</sup> Necessário ressaltar que não constitui objetivo deste trabalho fazer um estudo aprofundado da fiscalização abstrata de constitucionalidade no Brasil. Apenas citamos as espécies de ação para uma compreensão mais ampla do leitor do sistema de controlo de constitucionalidade brasileiro.

<sup>201</sup> “**Art. 102. Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe:** I - processar e julgar, originariamente:

a) a ação direta de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal ou estadual e a ação declaratória de constitucionalidade de lei ou ato normativo federal”.

<sup>202</sup> “**Art. 36. A decretação da intervenção dependerá:** (...)III - de provimento, pelo Supremo Tribunal Federal, de representação do Procurador-Geral da República, na hipótese do art. 34, VII, e no caso de recusa à execução de lei federal”.

<sup>203</sup> “**Art. 103. Podem propor a ação direta de inconstitucionalidade e a ação declaratória de constitucionalidade:** (...) § 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”.

<sup>204</sup> “**Art. 102.** (...) § 1.º A arguição de descumprimento de preceito fundamental, decorrente desta Constituição, será apreciada pelo Supremo Tribunal Federal, na forma da lei”.

<sup>205</sup> “**Art. 62.** Em caso de relevância e urgência, o Presidente da República poderá adotar medidas provisórias, com força de lei, devendo submetê-las de imediato ao Congresso Nacional. (...)

§ 5º A deliberação de cada uma das Casas do Congresso Nacional sobre o mérito das medidas provisórias dependerá de juízo prévio sobre o atendimento de seus pressupostos constitucionais”.

#### 4.3- O aspecto difuso da fiscalização concreta de constitucionalidade

O controlo difuso é o modelo mais antigo no Brasil, sendo o único mecanismo de controlo de constitucionalidade das leis presente no direito brasileiro até a Emenda Constitucional nº 16/1965, que introduziu a fiscalização abstrata de constitucionalidade. Atualmente, tal modelo passou por avanços, não se tratando mais exclusivamente de simples defesa contra a aplicação de um ato inconstitucional<sup>206</sup>, ou de alegação de inconstitucionalidade emanada de pessoa cujos direitos tenham sido ofendidos pela lei<sup>207</sup>.

A instituição das garantias constitucionais do habeas corpus e do mandado de segurança individual e coletivo estenderam, significativamente, a via de defesa contra ato ou omissão inconstitucional, admitindo-se, inclusive, a utilização desses remédios constitucionais em caráter preventivo<sup>208</sup>. Inclusive, se reconheceu a legitimidade da ação declaratória ordinária como instrumento processual hábil para obter a pronúncia da inconstitucionalidade de lei ou ato desconforme com a ordem constitucional<sup>209</sup>.

Como já dito anteriormente, quando tratamos do aspecto difuso da fiscalização concreta em Portugal, o objeto é uma questão incidental de caráter constitucional no processo, cabendo ao juiz ou tribunal que esteja julgando o processo principal a competência para conhecer e decidir a constitucionalidade. Portanto, todo e qualquer juiz ou tribunal do país tem competência para conhecer e controlar a constitucionalidade de uma lei, desde que a discussão da constitucionalidade seja um impedimento para o julgamento de um processo de sua competência.

A questão da inconstitucionalidade pode ser suscitada em qualquer processo, independentemente de sua natureza, podendo ser um rito ordinário, sumário, ação especial, ação constitucional, processo de execução, mandado de segurança, medida cautelar, ou até

---

<sup>206</sup> BITTENCOURT, Carlos Alberto Lucio. **O controle jurisdicional da constitucionalidade das leis**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1968, p. 97. Cf. nesse mesmo sentido, BASTOS, Celso Ribeiro. **Op. Cit.**, 2010, p.58.

<sup>207</sup> BUZAID, Alfredo. **Da ação direta de inconstitucionalidade no direito brasileiro**. São Paulo: Editora Saraiva, 1958, p. 24.

<sup>208</sup> Cf. BITTENCOURT, Carlos Alberto Lucio. **O controle jurisdicional da constitucionalidade das leis**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1968, p. 105-110. BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de direito constitucional**. 22ª ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2010, p.558-60.

<sup>209</sup> MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 9ª ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2014, p. 1087.

mesmo em sede de ação popular ou ação civil pública<sup>210</sup>. Releva observar que no processo é necessário que haja um conflito de interesses, uma lide a ser resolvida pelo juiz, uma vez que o objetivo da ação não é a declaração de inconstitucionalidade da lei em abstrato, mas sim a proteção de um direito que seria violado pela lei, além da solução do conflito. Portanto, no âmbito da fiscalização concreta não é permitida a propositura de ação com o único objetivo de obter a declaração de inconstitucionalidade de lei, posto que tal competência pertence de controlo abstrato concentrado<sup>211</sup>.

Saliente-se, entretanto, que o juiz singular não declara a inconstitucionalidade de uma lei, apenas deixa de aplicá-la<sup>212</sup>, a declaração de inconstitucionalidade somente pode ser feita respeitando a cláusula de reserva de plenário, prevista no art. 97, da CF. Analisaremos mais profundamente a questão da cláusula da reserva de plenário a seguir.

Ademais, em relação ao prazo para alegação da inconstitucionalidade, infere-se que o réu a alegue na primeira oportunidade em que se manifestar nos autos, ou seja, na defesa apresentada. Todavia, a legislação não impede que seja feito depois, visto que se trata de questão de ordem pública, podendo ser alegada a qualquer momento e, inclusive, passível de ser conhecida de ofício pelo magistrado<sup>213</sup>. Por fim, só é preciso que seja alegada antes do julgamento do caso concreto, para fins de prequestionamento em sede de recurso extraordinário<sup>214</sup>.

Em relação aos efeitos, na fiscalização concreta estes são *inter partes*, ou seja, vinculam apenas as partes que litigaram em juízo. Assim, como a lei declarada inconstitucional é nula, em regra, as decisões serão retroativas (*ex tunc*). Com a repercussão geral, súmulas vinculantes e outras mudanças recentes, cada vez mais as decisões no controlo difuso têm ganhado efeitos *erga omnes*, aproximando-se das decisões em sede de

---

<sup>210</sup> BARROSO, Luís Roberto. **O Controle de Constitucionalidade no Direito Brasileiro**. São Paulo: Editora Saraiva, 2004, pp. 23-32.

<sup>211</sup> Nesse sentido, cf. a Súmula 266 do STF, que estabelece: “Não cabe mandado de segurança contra lei em tese”, ou seja, entende a Suprema Corte brasileira que uma ação não pode funcionar como substituto da ação direta de inconstitucionalidade, instrumento processual apto a atacar, em tese, lei ou ato normativo.

<sup>212</sup> STRECK, Lênio Luiz. **Jurisdição Constitucional e Hermenêutica: Uma nova crítica do Direito**. 2ª. ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2004, p. 456.

<sup>213</sup> Cf. Apelação Cível 1403064 SP, julgada pelo Tribunal Regional Federal da 3ª Região.

<sup>214</sup> Abordaremos mais sobre o prequestionamento a seguir, ao estudar os requisitos para julgamento do Recurso Extraordinário pelo STF.

fiscalização abstrata. Este fenômeno vem sendo chamado pela doutrina de abstrativização do controlo difuso, ocorrendo sob o comando do STF e do Senado Federal<sup>215</sup>

#### **4.4 – O Incidente de Arguição de Inconstitucionalidade**

O novo Código de Processo Civil Brasileiro (CPC), passou a prever em seus artigos 948 a 950 o incidente de arguição de inconstitucionalidade. Trata-se de inovação legislativa, pois o antigo CPC não trazia normas específicas, bem como seu modo de julgamento não era previsto individualmente em nenhuma legislação infraconstitucional.

Caso a inconstitucionalidade, de lei ou de ato normativo do poder público, seja arguida em sede de fiscalização concreta, o relator, após ouvir o Ministério Público e as partes, submeterá a questão à Turma ou à Câmara à qual competir o conhecimento do processo. Assim, sendo arguida, em controlo difuso, a questão da inconstitucionalidade com o objetivo único de que a lei ou o ato não sejam aplicados ao caso concreto, haverá a decisão, pelo pleno ou pelo órgão especial, exclusivamente quanto à questão da constitucionalidade, não realizando a análise de qualquer prova ou questão do caso concreto.

Caso a arguição seja rejeitada, o julgamento prosseguirá normalmente; na hipótese de ser acolhida, a questão será submetida ao plenário do tribunal ou ao seu órgão especial, onde houver. Quando já houver pronunciamento do plenário do tribunal ou do plenário do STF sobre a questão, os órgãos fracionários não a submeterão novamente à análise, por força do princípio da economia processual. Assim que for remetida cópia do acórdão a todos os juízes, o presidente do tribunal designará a sessão de julgamento.

Necessário ressaltar que as pessoas jurídicas de direito público responsáveis pela edição do ato questionado poderão manifestar-se no incidente de inconstitucionalidade, desde que requerido no prazo e respeitadas as condições previstas no regimento interno do tribunal. Além disso, as partes legitimadas à propositura das ações na fiscalização abstrata, previstas no art. 103 da Constituição Federal, poderão manifestar-se, por escrito, sobre a questão constitucional objeto de apreciação, dentro do prazo previsto pelo regimento interno,

---

<sup>215</sup> Analisaremos melhor a abstrativização do controlo difuso quando examinarmos os efeitos das decisões do STF, como última instância, em sede de fiscalização concreta.

sendo-lhe assegurado o direito de apresentar memoriais ou de requerer a junção de documentos.

Além deles, por força dos arts. 138<sup>216</sup> e 950, §3<sup>o217</sup>, ambos do CPC, o *amicus curiae* passou a ser admitido, a fim de manifestar-se, por escrito, sobre a questão constitucional. O amigo da corte é um terceiro admitido no processo, a fim de fornecer subsídios instrutórios ao caso concreto, que possui questões revestidas de especial relevância ou complexidade. Todavia, este terceiro não passa a ser parte na ação, nem mesmo limitada e subsidiariamente, como o assistente simples. Sua intervenção não se ampara no interesse jurídico na vitória de uma das partes, por isso ele não adquire poderes processuais para auxiliar qualquer das partes. Ele apenas auxilia o órgão jurisdicional, trazendo mais elementos para decidir, em razão disso, surge o nome de “amigo da corte”.

A decisão do plenário, que é irrecurível<sup>218</sup>, vincula o órgão fracionário no caso concreto, sendo incorporada ao julgamento do recurso ou da causa como premissa inafastável<sup>219</sup>. Assim que publicado o acórdão, reinicia-se o julgamento da questão no órgão fracionário.

#### 4.4.1 - A legitimidade no incidente de inconstitucionalidade

Em tese, no âmbito da fiscalização concreta, o direito de arguir a inconstitucionalidade pertence ao réu, em razão disso é que o controle concreto de constitucionalidade também é denominado de controle por via de exceção ou defesa, pois a arguição de inconstitucionalidade insere-se no conjunto conferido ao demandado para resistir à pretensão do autor (matéria de defesa)<sup>220</sup>. Entretanto, também é reconhecida a

---

<sup>216</sup> “Art. 138. O juiz ou o relator, considerando a relevância da matéria, a especificidade do tema objeto da demanda ou a repercussão social da controvérsia, poderá, por decisão irrecurível, de ofício ou a requerimento das partes ou de quem pretenda manifestar-se, solicitar ou admitir a participação de pessoa natural ou jurídica, órgão ou entidade especializada, com representatividade adequada, no prazo de 15 (quinze) dias de sua intimação”.

<sup>217</sup> “Art. 950. (...)§ 3º Considerando a relevância da matéria e a representatividade dos postulantes, o relator poderá admitir, por despacho irrecurível, a manifestação de outros órgãos ou entidades. ”

<sup>218</sup> Nesse sentido, cf. a Súmula 513 do STF: “A decisão que enseja a interposição de recurso ordinário ou extraordinário não é a do plenário, que resolve o incidente de inconstitucionalidade, mas a do órgão (Câmaras, Grupos ou Turmas) que completa o julgamento do feito”.

<sup>219</sup> MOREIRA, José Carlos Barbosa. **Comentários ao Código de Processo Civil**. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2006, p. 54.

<sup>220</sup> José Afonso da Silva assevera que “a palavra exceção é empregada também em sentido amplo para abranger toda a matéria de defesa; significa defesa e é nesse sentido que se fala em exercício da justiça constitucional por via de exceção, quer dizer, por via da defesa do demandado”. Cf. SILVA, José Afonso da. **O Controle de**



possibilidade de suscitar a questão de inconstitucionalidade ao autor, ao Ministério Público, quer como parte ou como fiscal da lei, bem como os terceiros intervenientes<sup>221</sup>. O tribunal somente conhecerá da alegação de inconstitucionalidade quando emanar de pessoa cujos direitos individuais tenham sido ofendidos pela lei em discussão.

Além desses, há a possibilidade de a questão de constitucionalidade ser suscitada de ofício pelo juiz da causa<sup>222</sup>, quando não houver manifestação das partes, em virtude de, no exercício de aplicação legal, o magistrado não poder olvidar a análise da constitucionalidade da norma, fazendo a fiscalização concreta, em razão do princípio da supremacia da Constituição<sup>223</sup>. Assim, o magistrado não pode permanecer inerte diante da verificação da inconstitucionalidade da norma, até pelo princípio *jura novit curia*, deve o juiz observar o problema e, se encontrar lei ou ato normativo contrário à Constituição, que tenha relação com a causa, está na obrigação funcional de se manifestar, decretando a invalidade da lei ou do ato normativo, determinando sua não-aplicação ao caso<sup>224</sup>.

Todavia, conforme destaca Barroso<sup>225</sup>, na senda da jurisprudência do STF (RE 117.805, de 27/08/93), em sede de recurso extraordinário, não tendo havido prequestionamento da matéria constitucional, a regra de que a inconstitucionalidade poder ser declarada de ofício deve ser recebida com temperamento<sup>226</sup>, em razão da discussão anterior da matéria ser requisito para que o recurso seja conhecido no STF.

---

**Constitucionalidade das Leis no Brasil**, in *La jurisdicción constitucional en Iberoamerica*. Madrid: Editora Dykinson, 1997, p 398.

<sup>221</sup> BARROSO, Luís Roberto. **O Controle de constitucionalidade no direito brasileiro**. 6ª edição. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 114.

STRECK, Lênio Luiz. **Jurisdição Constitucional e Hermenêutica: Uma nova crítica do Direito**. 2ª. ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2004, p. 456.

<sup>223</sup> Nesse sentido, cf. MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 9ª ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2014, p. 1068.

<sup>224</sup> Cf. VELOSO, Zeno **Controle jurisdicional de constitucionalidade**. 3ª ed. Belo Horizonte: Editora Del Rey, 2000, p. 42. PAULO, Vicente; ALEXANDRINO, Marcelo. **Controle de constitucionalidade**. 8ª. Ed. São Paulo: Editora Método, 2008, pp.42-43. Em sentido contrário, assinala José Afonso da Silva que “não há possibilidade de controle de ofício, porque vigora duas regras que o impedem: existe presunção de constitucionalidade, que só dever ser afastada por instância do réu”. SILVA, José Afonso da. **Do Recurso Extraordinário no Direito Processual Brasileiro**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1963, p.398.

<sup>225</sup> BARROSO, Luís Roberto. BARROSO, Luís Roberto. **O Controle de constitucionalidade no direito brasileiro: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência**. 6ª edição. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 114.

<sup>226</sup> Esta ressalva consta do acórdão mencionado e se relaciona com a falta de prequestionamento da questão constitucional em sede de recurso Extraordinário (adiante aprofundado).

#### 4.4.2 – Cláusula da Reserva de Plenário

Visando a garantia do princípio da segurança jurídica e estabilidade às questões decididas em sede de controlo de constitucionalidade, desde a Carta de 1934 é necessário *quorum* especial para a declaração de inconstitucionalidade realizada pelos tribunais. Na Constituição de 1988 essa regra vem prevista no art. 97, estabelecendo que, somente pelo voto da maioria absoluta de seus membros, os tribunais poderão declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do Poder Público, devendo ser aplicada a todos os tribunais na via difusa e ao STF, inclusive, no controlo abstrato. A adoção deste quórum qualificado para declaração da inconstitucionalidade de normas, tem sua justificação no princípio do *favor legis* ou da presunção de constitucionalidade das leis.

Uma vez inobservada, implica em nulidade absoluta da decisão judicial colegiada. Todavia, o STF<sup>227</sup> tem entendido que se a inconstitucionalidade da lei já houver sido declarada por ele, não há necessidade de se submeter o feito ao órgão especial ou plenário<sup>228</sup>, de acordo com o art. 949, § único, do CPC.

*A priori*, a regra do art. 97 pode indicar que a declaração de inconstitucionalidade é de competência exclusiva dos tribunais, entretanto não é esta a correta exegese do dispositivo. A exigência de *quorum* especial representa condição de eficácia jurídica da declaração, porém constitui regra instrumental, não regra de competência, de modo que em nada influi na competência do juiz singular, que continua normalmente investido do poder de reconhecer, em via incidental, a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo submetido a sua apreciação<sup>229</sup>. Ademais, a cláusula de reserva de plenário não pode ser exigida nos juizados especiais, posto que de acordo com a configuração que lhes foi atribuída pelo

---

<sup>227</sup> CF. ARE nº 705.958, de 04/12/2012, ARE nº 732283, de 28/05/2014 e ARE nº 726283, de 26/08/2014, todos julgados pelo STF.

<sup>228</sup> Criticando tal exceção, Lênio Streck afirma: “Tenho sérias dúvidas acerca da constitucionalidade desse dispositivo. Observe-se que o dispositivo vai ao ponto de dispensar o incidente pelos tribunais inferiores na hipótese de pronunciamentos originários deles mesmos, o que proporciona uma vinculação jurisprudencial imprópria para o sistema romano-germânico. Um olhar constitucional sobre a matéria indica que a dispensa de suscitação do incidente é bem-vinda quando à decisão vem do plenário do Supremo Tribunal Federal, entretanto, quando a decisão advém de outro tribunal, o incidente não pode ser dispensado, estando presente, aqui, a violação do art. 97 da Constituição” (STRECK, Lênio Luiz. **Jurisdição Constitucional e Hermenêutica: Uma nova crítica do Direito**. 2ª. ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2004, p. 364).

<sup>229</sup> POLETTI, Ronaldo Rebello de Britto. **Controle de constitucionalidade das leis**. 2.ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2001, p. 196-198.

legislador, esses juizados não funcionam sob o regime de plenário ou de órgão especial na esfera recursal.<sup>230</sup>

Nesse diapasão, doutrina e jurisprudência são uníssonas, reconhecendo a possibilidade de exame da inconstitucionalidade na via difusa por todos os membros do Judiciário, seja um juiz monocrático ou tribunal. A decisão do plenário ou do órgão especial, num sentido ou noutro, é naturalmente vinculativa para o órgão fracionário, no caso concreto<sup>231</sup>.

Ao ser decidido o caso concreto no órgão fracionário<sup>232</sup>, estes muitas vezes afastavam a incidência da norma, embora não declarassem expressamente sua inconstitucionalidade, visto que não possuem competência para tal. Tal prática se mostrou colidente com o princípio da reserva de plenário, visto que a declaração de inconstitucionalidade *incidenter tantum*, em controlo difuso, é pressuposto para o afastamento da aplicação da norma tida por inconstitucional e que tal declaração, em se tratando de decisão proferida por tribunal, só pode ser feita pelo plenário ou pelo órgão especial, por maioria absoluta<sup>233</sup>

Em decorrência de reiteradas ocorrências, o STF editou a Súmula Vinculante nº 10, afirmando que viola a cláusula de reserva de plenário a decisão de órgão fracionário de tribunal que, embora não declare expressamente a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do Poder Público, afasta a sua incidência no todo ou em parte.

Nesse sentido, o pleno decidirá, por unanimidade ou maioria absoluta, somente a inconstitucionalidade, pois o julgamento é puramente de direito, em torno da questão controvertida. Não há devolução da matéria de fato, nem de outras questões de direito não

---

<sup>230</sup> Cf. o **ARE nº 792.562**, de 02/04/14, julgado pelo STF.

<sup>231</sup> MOREIRA, José Carlos Barbosa *apud* BARROSO, Luís Roberto **O Controle de constitucionalidade no direito brasileiro: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência**. 6ª edição. São Paulo: Saraiva, 2012, p.124.

<sup>232</sup> Órgãos fracionários são as câmaras, turmas ou seções de um tribunal, ou seja, as frações de um tribunal. São formas de o tribunal atuar de maneira mais eficiente, dividindo o trabalho entre seus membros, mas garantindo uma atuação de maneira coletiva, visto que os órgãos fracionários são sempre compostos de mais de dois magistrados.

<sup>233</sup> BARROSO, Luís Roberto. BARROSO, Luís Roberto. **O Controle de Constitucionalidade no direito brasileiro: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência**. 6ª edição. São Paulo: Saraiva, 2012, p.120. Nesse sentido, cf. o RE nº 179.170, de 30/10/1998, julgado pelo STF.

atingidas pela arguição<sup>234</sup>. Portanto, a cognição do pleno ou órgão especial é limitada, em sentido horizontal, à questão de constitucionalidade.

Além disso, o plenário não é vinculado aos fundamentos do incidente de inconstitucionalidade alegados pelas partes, em razão de não haver uma suposta *causa petendi*, até porque a arguição não constitui pedido em sentido técnico, e as questões de direito são livremente suscetíveis, *ex officio*, pelos órgãos judiciais, na área que lhes toque exercer atividade cognitiva<sup>235</sup>. Caso tenha declarado a constitucionalidade da lei, remeterá os autos à Turma originária para se pronunciar sobre a matéria de fato, pois todo tribunal tem competência para declarar a inconstitucionalidade de lei, mas dentro dele só o plenário tem essa competência<sup>236</sup>. Tal competência de apreciação da constitucionalidade das normas nos tribunais é funcional, portanto, absoluta.

#### **4.4.3 – O Mandado de Injunção como forma de sanar omissões inconstitucionais na fiscalização concreta**

Na fiscalização concreta, conforme supra afirmado, qualquer juiz ou tribunal pode analisar a questão da inconstitucionalidade de uma norma. Assim, qualquer ação pode ter como questão prejudicial a inconstitucionalidade de uma norma, ou veicular o incidente de inconstitucionalidade. Como as outras ações, o mandado de injunção também pode veicular uma questão de inconstitucionalidade, só que possui o condão de julgar inconstitucional a ausência de uma norma regulamentadora no caso concreto, que torna inviável o exercício de determinado direito ou garantia constitucional.

Com previsão expressa no art. 5º, inciso LXXI, da CF/88, o mandado de injunção (MI) será concedido sempre que a falta de norma regulamentadora torne inviável o exercício dos direitos e liberdades constitucionais, bem como das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania. Trata-se de um instrumento específico do ordenamento jurídico brasileiro, não existindo, no direito comparado, outro instituto com

---

<sup>234</sup> Cf. THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de Direito Processual Civil**. 38ª ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2002, p.578.

<sup>235</sup> MOREIRA, José Carlos Barbosa. **O novo processo civil brasileiro**. 25ª ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2007, p. 182.

<sup>236</sup> NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. **Código de Processo Civil Comentado e legislação extravagante**. 7ª. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003, p.823.

real semelhança. Em relação à legitimidade, não destoa da regra geral: tem-na o titular do direito cujo exercício está obstado por falta de norma regulamentadora<sup>237</sup>

A grande discussão envolvendo este instituto tem relação com o seu objeto, melhor dizendo, quais as consequências e procedimentos posteriores ao seu conhecimento pelo órgão julgador. A controvérsia se sobressai em duas linhas<sup>238</sup>: 1) o órgão julgador deveria apenas estimular a produção da norma por parte do órgão competente; ou 2) deveria esse mesmo órgão julgador suprir a lacuna deixada pela norma faltante, concretizando o direito no caso concreto sob análise.

Nesse sentido, a doutrina<sup>239</sup> prevê quatro correntes para os efeitos da decisão do mandado de injunção: 1) tese não concretista, na qual o julgador apenas comunica ao órgão competente para que elabore a norma; 2) tese concretista individual intermediária, em que o órgão julgador estabelece determinado prazo ao legislativo para que supra sua omissão inconstitucional e, ao fim deste, em caso de persistência da omissão, atua de forma a permitir a concretização do direito do autor. Nesta hipótese os efeitos da decisão são somente *inter partes*; 3) tese concretista individual direta, na qual a decisão proferida implementa o direito do autor, produzindo efeitos apenas *inter partes*; por fim, 4) tese concretista geral, segundo a qual o tribunal, ao proferir decisão no caso concreto, atua como legislador, conferindo à decisão efeito *erga omnes*. Tal efeito permanece até que o Poder Legislativo edite norma regularizando a matéria. Sobrevindo norma regulamentadora, esta passará a ser aplicada, sem prejuízo de eventual questionamento de sua constitucionalidade.

O STF, inicialmente, adotou a posição não concretista, porém a tese era bastante criticada pela doutrina, na medida em que não conduzia a nenhum efeito prático. Na jurisprudência recente dessa Corte têm sido verificados casos de adoção da posição concretista geral, na qual o STF legisla no caso concreto, produzindo a decisão efeitos *erga omnes* até que sobrevenha norma integrativa pelo Legislativo. Nesse sentido, o mandado de injunção passou a ser considerado como ação constitucional de

---

<sup>237</sup> BARROSO, Luís Roberto. **O Controle de Constitucionalidade no Direito Brasileiro**. São Paulo: Editora Saraiva, 2004, p. 95

<sup>238</sup> *Ibidem*, p. 98.

<sup>239</sup> Cf. MACHADO, Joana de Souza. **Ativismo Judicial no Supremo Tribunal Federal**. Rio de Janeiro: Editora da Faculdade de Direito da Pontifícia Universidade Católica, 2008, pp. 62-63. LENZA, Pedro. **Curso de Direito Constitucional Esquematizado**. 8ª ed. São Paulo: Editora Método, 2005, p. 740.

natureza mandamental, destinada a integrar a regra constitucional ressentida, em sua eficácia, pela ausência de norma que assegure a ela o vigor pleno.

Tal posição já foi explicitada em diversos mandados de injunção julgados pelos STF<sup>240</sup> e recentemente no mandado de injunção impetrado por entidades sindicais, visando assegurar o direito de greve dos servidores públicos<sup>241</sup>. Infelizmente a corrente concretista geral, apesar de corrigir a omissão regulamentar, não é imune a críticas, visto que o STF ou outro tribunal, ao decidir com efeitos *erga omnes*, na fiscalização concreta, estaria assumindo a função do Poder Legislativo, contrariando o princípio da separação dos poderes. Acreditamos que a adoção da tese concretista individual intermediária em nosso ordenamento jurídico seria a opção mais correta, visto que impediria que o órgão julgador agisse como legislador positivo amplamente, bem como evitaria a inércia do mesmo, ao concretizar o direito em discussão no caso de inação do Poder Legislativo.

No ordenamento jurídico português, o controlo de inconstitucionalidade por omissão é previsto no art. 283.º, da CRP, como concentrado e em via principal<sup>242</sup>, entretanto o TC poucas vezes teve a oportunidade de realizar este tipo de controlo. A concepção dominante em Portugal sobre a competência do tribunal constitucional é a de que ele exerce uma função de controlo de carácter essencialmente negativo, não podendo substituir o legislador ordinário ou vinculá-lo na sua atuação<sup>243</sup>. Nesse sistema, as omissões legislativas inconstitucionais decorrem do não cumprimento de imposições constitucionais legiferantes *strictu sensu*, isto é, do não cumprimento de normas que, de forma permanente e concreta, vinculam o legislador à adoção de medidas legislativas concretizadoras da constituição<sup>244</sup>. Entretanto, o TC nega-se a admitir a análise de omissão na fiscalização concreta de inconstitucionalidade, só admitindo o julgamento da questão na fiscalização por via principal<sup>245</sup>. Assim sendo, por não estar a analisar um caso concreto, em que se possa efetivar

---

<sup>240</sup> Cf. MI nº 828, de 15/04/2009; MI nº 850, de 15/04/2009; MI nº 857, de 15/04/2009; MI nº 879, de 15/04/2009; MI nº 905, de 15/04/2009; MI nº 927, de 15/04/2009; MI nº 938, de 15/04/2009; MI nº 962, de 15/04/2009; MI nº 998, de 15/04/2009; MI 841/DF, de 22/05/2009, todos julgados pelo STF.

<sup>241</sup> MI nº 708, de 31.10.2008, julgado pelo STF.

<sup>242</sup> COSTA, José Manuel M. Cardoso da. **A Jurisdição Constitucional em Portugal**. 3.ª ed. Coimbra: Editora Almedina, 2007, p. 67.

<sup>243</sup> Cf. CANOTILHO, J. J. Gomes. **A concretização da Constituição pelo legislador e pelo Tribunal Constitucional**, in *Nos dez anos da Constituição*. Lisboa, 1986, p. 353. COSTA, José Manuel M. Cardoso da. **Algumas reflexões em torno da justiça constitucional**, in *Perspetivas do Direito no início do século XXI*. Coimbra: Editora Studia Iuridica, 1999, p. 121.

<sup>244</sup> CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**, 7.ª ed. Coimbra: Editora Almedina, 2003, p. 1034.

<sup>245</sup> Cf. Acórdãos n.ºs 39/84, 499/97, 474/02, todos do TC.

o direito, as decisões do Tribunal Constitucional no âmbito da inconstitucionalidade por omissão não possuem nenhuma eficácia jurídica direta, estando desprovida de qualquer efeito vinculante. A decisão proferida pelo TC não elimina a inconstitucionalidade, visto que não obriga o legislador a adotar as medidas legislativas em falta<sup>246</sup>.

Mas isso não significa que a omissão não seja sanada, pois em diversas ações<sup>247</sup> foi suficiente o desencadeamento do processo de fiscalização para o legislador vir a suprir a falta de legislação. Assim sendo, mesmo sem qualquer instrumento que possa ser utilizado na fiscalização concreta, como o mandado de injunção do ordenamento jurídico brasileiro, as omissões legislativas tendem a ser sanadas pela via abstrata.

#### **4.4.4- A questionada compatibilidade da Ação Civil Pública como instrumento de controlo de constitucionalidade por via de exceção**

A Ação Civil Pública (ACP) constitui um dos mais importantes instrumentos de defesa de direitos da coletividade, que possuem esta nomenclatura em virtude de ultrapassarem a tutela jurisdicional individual, atingindo um grupo de pessoas com pretensão em comum. A partir do momento que a ACP é utilizada na fiscalização concreta de constitucionalidade, passa a ser necessário uma atenção especial, em razão de possível abstrativização da natureza do pedido em razão da natureza desta ação, visto que por tratar-se de ação coletiva, os efeitos serão *erga omnes*.

Em relação à legitimidade para a propositura da ACP, esta está consagrada no art. 5º, da lei 7.347/85, incluindo o Ministério Público, a Defensoria Pública, a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, as autarquias, empresas públicas, fundações, sociedades de economia mista e associações. Apesar desse rol taxativo de legitimados, importante lembrar que o principal titular da ação civil pública é a própria sociedade, em

---

<sup>246</sup> CHABY, Estrela; COSTA, Joana Fernandes; RAPOSO, João António; RODRIGUES, João Pedro Silva; URBANO, Maria Benedita; e, Xavier, Francisco Cunha. **Omissão Legislativa na Jurisprudência Constitucional**, in *Anuário Português de Direito Constitucional*. Vol. VI – 2007/2008. Coimbra: Editora Coimbra, 2010, p. 72.

<sup>247</sup> Cf. Acórdãos n.ºs 276/89, 36/90, 351/91 e 638/95.

razão da proteção dos direitos coletivos não se enquadrar mais como interesse meramente público ou particular<sup>248</sup>, mas sim, como direitos sociais<sup>249</sup>.

Nas ações de fiscalização concreta de constitucionalidade, em regra, os efeitos são apenas *inter partes*. Entretanto, nas ações coletivas, de acordo com o art. 103 do Código de Defesa do Consumidor<sup>250</sup>, a sentença faz coisa julgada *erga omnes*, mesmo que os indivíduos não tenham atuado no processo. Em razão da própria natureza das ações coletivas, é deduzível que as sentenças devem alcançar uma coletividade, não sendo razoável falar em uma decisão limitada às partes efetivamente litigantes em juízo, pois iria de encontro com a essência do processo civil coletivo<sup>251</sup>. Especificamente, em sede de ACP, por força do art. 16 da lei 7.347/85<sup>252</sup>, a coisa julgada é *erga omnes secundum eventum litis*, isto é, os efeitos da decisão alcançam pessoas ausentes do processo decisório, mas que foram prejudicadas pelo evento danoso, desde que a sentença tenha sido benéfica. Mesmo que mais restrita que o resto das ações coletivas, os efeitos do julgamento da ACP atingem mais pessoas do que as partes originárias da ação<sup>253</sup>.

A grande problemática em relação à utilização da ACP na fiscalização concreta de constitucionalidade decorre de uma suposta equivalência do efeito da sua decisão com a proferida em sede de controlo abstrato de constitucionalidade. Assim, os argumentos contrários baseiam-se numa suposta usurpação da competência originária do STF, pois em virtude do efeito *erga omnes*, característico das decisões proferidas em ACP, esta se confundiria com as ações abstratas de controlo de constitucionalidade. Apesar de todas as divergências doutrinárias, o STF possui jurisprudência uníssona em relação à aceitação da

---

<sup>248</sup> Cf. SAAD, Eduardo Gabriel. **Comentários ao Código de Defesa do Consumidor**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1998, p. 70.

<sup>249</sup> Cf. WALD, Arnoldo. **Aspectos Polêmicos da Ação Civil Pública**. 2ª ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2007, p. 12.

<sup>250</sup> “Art. 103. Nas ações coletivas de que trata este código, a sentença fará coisa julgada:

I - *erga omnes*, exceto se o pedido for julgado improcedente por insuficiência de provas, hipótese em que qualquer legitimado poderá intentar outra ação, com idêntico fundamento valendo-se de nova prova, na hipótese do inciso I do parágrafo único do art. 81”.

<sup>251</sup> GRINOVER, Ada Pellegrini; MANDES, Aluisio Gonçalves de Castro; WATANABE, Kazuo (coord.). **Direito Processual Coletivo e o anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007, p. 174.

<sup>252</sup> “Art. 16. A sentença civil fará coisa julgada *erga omnes*, nos limites da competência territorial do órgão prolator, exceto se o pedido for julgado improcedente por insuficiência de provas, hipótese em que qualquer legitimado poderá intentar outra ação com idêntico fundamento, valendo-se de nova prova”.

<sup>253</sup> TAVARES, André Ramos. **Aspectos atuais do controle de constitucionalidade no Brasil: recurso extraordinário e arguição de descumprimento de preceito fundamental**. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2003, p. 115.



ACP como ação a ser utilizada na fiscalização concreta de constitucionalidade, permitindo a declaração incidental de inconstitucionalidade<sup>254</sup>.

Gilmar Mendes<sup>255</sup>, ao tratar do assunto, postula por uma nova análise da viabilidade do controlo concreto de inconstitucionalidade ocorrer dentro de uma ACP, pois entende que a declaração de inconstitucionalidade, com efeito amplo e geral, constitui prerrogativa exclusiva do STF, não devendo a inconstitucionalidade ser declarada, com efeitos *erga omnes*, por qualquer tribunal. Arnaldo Wald<sup>256</sup> também tece críticas ao instrumento, afirmando que com a utilização da ACP no controlo de constitucionalidade, tem-se a outorga de poderes de declaração de inconstitucionalidade com efeitos *erga omnes* diretamente à jurisdição ordinária de primeiro grau. Poderes estes que a Constituição não assegura sequer ao STF.

Acreditamos que não exista qualquer impedimento para o controlo *incidenter tantum* ocorrer via ação civil pública<sup>257</sup>, visto que o controlo de constitucionalidade não é exclusivo das ações individuais, podendo ser feito em defesa de direitos coletivos, por meio de ação civil pública, bem como por ações populares e mandados de segurança. Além disso, a circunstância de uma decisão tutelar a coletividade e, assim, produzir efeitos *erga omnes* é autônoma em relação a ter o juiz considerado, para proferir esta decisão, incidentalmente uma norma inconstitucional. A definição da inconstitucionalidade, incidentalmente na ação civil pública além de não produzir coisa julgada material, é limitada ao litígio<sup>258</sup>.

A inaplicabilidade da ACP resultaria em gigante retrocesso na proteção dos direitos metaindividuais, que por meio desta ação encontram um instrumento capaz de defendê-los, sendo que muitas vezes para garantir a efetiva tutela desses direitos será imprescindível a declaração de inconstitucionalidade incidental de lei ou ato normativo. Assim, defendemos a utilização desta ação no controlo concreto de constitucionalidade, desde que a controvérsia

---

<sup>254</sup> Cf. Recurso Extraordinário (RE) nº 511.961, de 12/11/2009; Embargos de Declaração na Reclamação nº 1898 DF, de 10/06/2014; RE nº 915.335, de 01/03/2016; e, ARE nº 1.041.864, de 02/06/2017, todos julgados pelo STF.

<sup>255</sup> MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 9ª ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2014, p. 1030.

<sup>256</sup> Cf. WALD, Arnaldo. **Aspectos Polêmicos da Ação Civil Pública**. 2ª ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2007, p. 197.

<sup>257</sup> Cf. MAZZILLI, Hugo Nigro. **A defesa dos interesses difusos em juízo**. 24ª ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2011, p. 134. NERY JUNIOR, Nelson. **Princípios do processo na Constituição Federal: processo civil, penal e administrativo**. 9ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009, p. 89.

<sup>258</sup> Cf. MOREIRA, José Carlos Barbosa. **Comentários ao código de processo civil**. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2006, p. 263.

constitucional seja um pedido incidental, isto é, uma questão prejudicial a ser julgada para a solução da demanda. Julgamos ser perfeitamente possível a utilização deste instrumento, pois apesar de possuir características similares às ações do controlo de constitucionalidade abstrato, estes não se confundem.

#### **4.5 – O aspecto concentrado da fiscalização concreta de constitucionalidade no Brasil: O Recurso Extraordinário**

O Recurso Extraordinário (RE) é um mecanismo processual que possibilita a análise de questões constitucionais pelo STF, de modo concentrado, no âmbito da fiscalização concreta. A fim de que o recurso seja analisado pela Suprema Corte, é necessário que o jurisdicionado tenha utilizado todos os meios ordinários, isto é, que tenha esgotado as demais instâncias judiciais do País. De todos os meios de impugnação das sentenças, nenhum tem maior importância político-social do que o recurso extraordinário<sup>259</sup>.

As hipóteses recursais estão expressamente previstas no Art. 102, III, da CF/88<sup>260</sup>. Além da previsão constitucional, o art. 987, do CPC<sup>261</sup>, afirma expressamente que do julgamento do incidente de inconstitucionalidade caberá recurso extraordinário, a ser interposto no prazo de quinze dias. Ressalta-se que o mero inconformismo das partes não é suficiente para interpor junto ao STF a reanálise do caso concreto, devendo a matéria estar dentro do rol daquelas previstas no dispositivo constitucional. Além disso, no ordenamento jurídico brasileiro não há inconstitucionalidade superveniente. Quando for alterada a

---

<sup>259</sup> Cf. BUZUID, Alfredo. **Nova Conceituação do recurso extraordinário na Constituição do Brasil**, in *Revista da Faculdade de Direito da Universidade do Paraná*. nº 11, 1968, p. 51. SILVA, José Afonso da. **Do Recurso Extraordinário no Direito Processual Brasileiro**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1963. p. 18.

<sup>260</sup> “Art. 102. Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe: (...) III - julgar, mediante recurso extraordinário, as causas decididas em única ou última instância, quando a decisão recorrida:

- a) contrariar dispositivo desta Constituição;
- b) declarar a inconstitucionalidade de tratado ou lei federal;
- c) julgar válida lei ou ato de governo local contestado em face desta Constituição.
- d) julgar válida lei local contestada em face de lei federal”.

<sup>261</sup> “Art. 987. Do julgamento do mérito do incidente caberá recurso extraordinário ou especial, conforme o caso.

§ 1º O recurso tem efeito suspensivo, presumindo-se a repercussão geral de questão constitucional eventualmente discutida.

§ 2º Apreciado o mérito do recurso, a tese jurídica adotada pelo Supremo Tribunal Federal ou pelo Superior Tribunal de Justiça será aplicada no território nacional a todos os processos individuais ou coletivos que versem sobre idêntica questão de direito”.

Constituição e essa norma não for compatível, ela não será recepcionada, entretanto é considerada constitucional de acordo com o princípio da contemporaneidade, isto é, uma lei só é constitucional perante o paradigma em relação ao qual ela foi produzida. No sistema de controlo jurisdicional de constitucionalidade em Portugal, em sentido contrário ao brasileiro, admite-se a tese da inconstitucionalidade superveniente, por força do art. 282.º, 2, da CRP<sup>262</sup>.

Quanto ao objeto do recurso, este consiste na decisão do tribunal *a quo*, entretanto somente na parte que este tribunal se pronunciou sobre a questão de inconstitucionalidade<sup>263</sup>. Assim, o STF, em um primeiro momento, julga tão somente a questão de inconstitucionalidade, só tutelando reflexamente o interesse das partes, por isso não há efeito devolutivo em relação ao reexame das questões de direito. Nesse sentido, o objeto do recurso sempre será uma lei ou ato de governo local, contestada em face da Constituição.

Entretanto, tal limitação ao exame das questões constitucionais está adstrita ao juízo de cassação da decisão impugnada, pois após a análise da questão de constitucionalidade, o STF deve efetuar um novo julgamento da causa, podendo analisar as provas existentes nos autos e as questões de ordem pública não apreciadas pelas instâncias ordinárias. Tal competência decorre do STF conjugar funções de corte constitucional e suprema corte, situando-se no ápice do Poder Judiciário brasileiro. Assim, além de decidir sobre a questão de constitucionalidade, ele deve efetuar um novo julgamento da causa, utilizando ou não a norma em questão, de acordo com a Súmula 456 do STF<sup>264</sup> e o art. 177, do Regimento Interno deste tribunal<sup>265</sup>.

Em relação à competência, é competente para receber o RE o presidente ou o vice-presidente do tribunal *a quo*, de acordo com o art. 1.029, do CPC<sup>266</sup>. Compete ao STF, nos moldes do art. 102, III da CF/88 julgar o recurso. Caso o recurso não seja admitido pelo tribunal recorrido, caberá agravo no prazo de quinze dias, de acordo com o art. 1.070, do CPC.

---

<sup>262</sup> Nesse sentido, cf. CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**, 7.ª ed, Coimbra: Editora Almedina, 2003, p 1013.

<sup>263</sup> O ordenamento jurídico português também segue esta tese. Cf. COSTA, José Manuel M. Cardoso da. **A Jurisdição Constitucional em Portugal**. 3.ª ed. Coimbra: Editora Almedina, 2007, p. 79. CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. *Cit*, p.989

<sup>264</sup> “**Súmula 456** - O Supremo Tribunal Federal, conhecendo do recurso extraordinário, julgará a causa, aplicando o direito à espécie”.

<sup>265</sup> “**Art. 177**. O Plenário julgará a prejudicial de inconstitucionalidade e as demais questões da causa”.

<sup>266</sup> “**Art. 1.029**. O recurso extraordinário e o recurso especial, nos casos previstos na Constituição Federal, serão interpostos perante o presidente ou o vice-presidente do tribunal recorrido, em petições distintas”.

Por fim, outra novidade introduzida com o novo CPC foi a possibilidade expressa de ser admitida a figura do *amicus curiae* no incidente de inconstitucionalidade e no julgamento de Recurso Extraordinário, de acordo com o art.138, supracitado. Este instituto jurídico era típico do controlo abstrato de constitucionalidade, entretanto por meio de jurisprudência do STF já estava sendo utilizado em sede de controlo difuso. Com este artigo, a participação deste passou a ser permitida não apenas na análise da repercussão geral, como ocorria no antigo CPC, mas também na discussão da questão constitucional, sendo aceita sua intervenção, com representatividade adequada.

A admissão do *amicus curiae* no processo pode decorrer de pedido de uma das partes, do próprio terceiro, ou sendo requisitado de ofício pelo juiz. Assim sendo, essa é uma modalidade de intervenção que tanto pode ser voluntária quanto provocada. Necessário ressaltar que o amigo da corte não é parte, por isso não pode interpor RE<sup>267</sup>. Cabe a ele apenas ajudar o STF na decisão da questão, de acordo com os conhecimentos técnicos que possam ser uteis à demanda.

#### 4.5.1 – Requisitos do Recurso Extraordinário

Exige-se que o recorrente preencha alguns requisitos para que o RE possa ser recebido pelo STF, dentre os quais: esgotamento das vias recursais ordinárias, ofensa direta ao texto constitucional, prequestionamento da questão constitucional no ato impugnado e a repercussão geral da questão constitucional discutida. Além destes pressupostos específicos, o RE tem de respeitar todos os pressupostos genéricos de admissibilidade dos recursos, tais como cabimento, legitimidade recursal, preparo, tempestividade, regularidade formal e inexistência de fato impeditivo ou extintivo do direito de recorrer, nos termos dos arts. 994 a 1.008, do CPC.

Em relação ao esgotamento dos recursos ordinários, exige-se que o pronunciamento do juiz singular ou do tribunal seja definitivo, ou seja, o provimento há de se mostrar imune a outro recurso na instância ordinária, com exceção feita aos embargos de

---

<sup>267</sup> Em sentido contrário, afirmando que o *amicus curiae* é um terceiro, que direta ou indiretamente poderá ser afetado pela decisão proferida, a ele devendo ser garantida a legitimidade recursal, de maneira a impetrar qualquer recurso como terceiro prejudicado, cf. BINENBOJM, Gustavo. **A dimensão do *amicus curiae* no processo constitucional brasileiro: requisitos, poderes processuais e aplicabilidade no âmbito estadual.** Disponível em [http://www.coad.com.br/busca/detalhe\\_42/1139/Doutrina](http://www.coad.com.br/busca/detalhe_42/1139/Doutrina), acesso em 22 de maio de 2017, às 15:39h.

declaração ou ao próprio recurso extraordinário<sup>268,269</sup>. Nesse aspecto, o sistema brasileiro difere parcialmente do português, no qual, como explanado no capítulo anterior, as decisões de quaisquer tribunais que recusarem aplicação a uma norma, em razão da inconstitucionalidade, autorizam recurso *per saltum* para o Tribunal Constitucional, interrompendo o prazo dos recursos ordinários.

Outro requisito é a exigência de ofensa direta à Constituição, que ocorre quando o próprio texto constitucional é desrespeitado, sem lei federal de permeio, ainda que por um acaso também tenha sido violada<sup>270</sup>. Esta restrição possui dois fundamentos: primeiramente, ao STF compete apenas o controlo das questões constitucionais. As questões federais integram os domínios do recurso especial, de competência do Superior Tribunal de Justiça, de acordo com o art. 105, III, da CF; em segundo lugar, as espécies do art. 102, II, “a” e “c”, se mostram rígidas e não comportam interpretação elástica para incluir a questão federal posta concomitantemente à aplicação da Constituição. Nesse caso, o recorrente há de interpor, simultaneamente, o recurso extraordinário e recurso especial, hipótese prevista no art. 1.031, do CPC<sup>271</sup>. Entretanto quando a norma federal questionada consistir em mera repetição do texto constitucional, há ofensa direta, e não reflexa. Tal entendimento está presente na Súmula nº 636, do STF<sup>272</sup>.

O prequestionamento constitui o próprio conteúdo do pronunciamento judicial e sua consumação surge com a fundamentação do acórdão<sup>273</sup>. É a concretização das hipóteses contempladas no art. 102, III, da CF/1988. Para se ter como prequestionada, a matéria deve ter sido trazida nas razões do recurso e abordada no acórdão recorrido, ou, caso omissis o tribunal recorrido, suscitada em embargos de declaração. Assim, para que a ofensa seja

---

<sup>268</sup> CORTES, Osmar Mendes Paixão. **Recurso Extraordinário – Origem e Desenvolvimento no Direito**. São Paulo: Editora Forense, 2006, p. 241.

<sup>269</sup> O STF possui a Súmula nº 281 a dispor sobre o assunto, estabelecendo que: “É inadmissível o recurso extraordinário, quando couber, na justiça de origem, recurso ordinário da decisão impugnada”

<sup>270</sup> MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Recurso Extraordinário de Recurso Especial**. 7ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001, p. 168.

<sup>271</sup> “Art. 1.031. Na hipótese de interposição conjunta de recurso extraordinário e recurso especial, os autos serão remetidos ao Superior Tribunal de Justiça.

§ 1º Concluído o julgamento do recurso especial, os autos serão remetidos ao Supremo Tribunal Federal para apreciação do recurso extraordinário, se este não estiver prejudicado”.

<sup>272</sup> “**Súmula 636**. Não cabe recurso extraordinário por contrariedade ao princípio constitucional da legalidade, quando a sua verificação pressuponha rever a interpretação dada a normas infraconstitucionais pela decisão recorrida”

<sup>273</sup> BOMFIM, Edson Rocha. **Recurso Especial**. Belo Horizonte: Editora Del Rey, 1992, p. 27.

considerada prequestionada, o tribunal a quo deve ter a oportunidade de se manifestar, mesmo que por embargos de declaração, acerca da violação apontada<sup>274</sup>.

Nem sempre as matérias suscitadas pelas partes no decorrer do processo e dos recursos ordinários serão utilizadas na fundamentação do Recurso Extraordinário, às vezes questões constitucionais decididas *ex officio*, pelo tribunal *a quo*, trazem o quesito obrigatório, independentemente da vontade das partes<sup>275</sup>. Este requisito não se subordina, absolutamente, à iniciativa das partes, não existindo qualquer vínculo obrigatório entre as atividades dessas e o prequestionamento<sup>276</sup>.

O prequestionamento não está expressamente previsto na Constituição Federal, em razão disso, por muito tempo discutiu-se se seria obrigatório ou não. O STF pôs termo à discussão quando editou a Súmula nº 282<sup>277</sup>, a qual prevê expressamente a obrigatoriedade do prequestionamento. O Recurso Extraordinário não investe o STF de competência para analisar o acórdão recorrido, à procura de uma norma que poderia ser pertinente ao caso, mas da qual não se cogitou. Em razão disso, ocorre a necessidade de pronunciamento explícito do Tribunal *a quo* sobre a questão suscitada no recurso extraordinário.

Ademais, necessário ressaltar que o prequestionamento deve ser explícito, isto é, quando a decisão impugnada emitir juízo explícito a respeito do tema, inclusive indicando o preceito constitucional previamente suscitado nas razões recursais. Assim não se aplica o princípio *jura novit curia*, que é instrumento de revisão judicial das decisões proferidas em única ou última instância<sup>278</sup>. O ordenamento jurídico português também prevê que a inconstitucionalidade da norma deve ter sido suscitada durante o processo, para que caiba recurso ao Tribunal Constitucional, nos termos do art. 280.º, 1, b, da CRP, admite que o princípio *jura novit curia* seja aplicável em sede de contencioso judicial, somente não

---

<sup>274</sup> Nesse sentido, cf. Agravo no AI nº863.622, de 23/02/2016, julgado pelo STF.

<sup>275</sup> ASSIS, Araken de. **Manual dos Recursos**. 7ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015, p. 745.

<sup>276</sup> Nesse sentido, cf. OLIVEIRA, Eduardo Andrade Ribeiro de. **Pquestionamento**. Disponível em <http://www.e-jus.gov.br>, acesso em 17 de janeiro de 2017, às 10:59, p., 249. Em sentido contrário, cf. MEDINA, José Miguel. **O prequestionamento nos recursos extraordinários e especial**. 2ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1998. p. 306-350. Também, RODRIGUES, Maria Stella. **Recursos da Nova Constituição**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1990, p., 30.

<sup>277</sup> “Súmula 282 - É inadmissível o recurso extraordinário, quando não ventilada, na decisão recorrida, a questão federal suscitada”.

<sup>278</sup> A Jurisprudência do STF afirma, claramente, que no exame do recurso extraordinário não é aplicável o princípio *jura novit curia*, neste diapasão cf. RE nº 294.267, de 04/03/2005, Agravo Regimental no RE nº 424883, de 15/03/2011, Embargos de Declaração no ARE nº 562283, de 05/12/2014 e Embargos de Declaração no RE nº 251.093, de 26/02/2014, todos julgados pelo STF.

podendo ser alterado o objeto do processo, ou seja, a norma que a decisão recorrida tenha aplicado ou recusado aplicação<sup>279</sup>.

Por fim, o último requisito específico do RE é a repercussão geral da questão constitucional, nos termos do art. 102, § 3º, da CF<sup>280</sup>. Tal requisito passou a ser elemento de exclusão do recurso, reservando a atuação do STF às questões constitucionais relevantes, tendo regulamentação legislativa no art. 1.035, do CPC<sup>281</sup>.

Para avaliar a existência de repercussão geral, distribuir-se-á o recurso extraordinário a um relator, após a verificação das condições gerais de admissibilidade na origem. Além de ser relevante, a questão há de ser transcendente, isto é, projetar-se além do interesse das partes<sup>282</sup>. Assim, a questão constitucional discutida tem de ser relevante do ponto de vista econômico, político, social ou jurídico, além de transcender para além do interesse subjetivo das partes na causa. Em razão disso, admite-se a manifestação de terceiros interessados, dentre os quais o *amicus curiae*, no momento da análise da repercussão, nos termos do art.1.035, §4º, do CPC.

Ademais, a análise da repercussão geral há de ser motivada, publicando-se o resultado através de súmula que valerá como acórdão. Sendo negada a repercussão geral, o presidente ou vice-presidente do tribunal de origem negará seguimento aos recursos extraordinários, suspensos na origem, que versem sobre matéria idêntica. Sendo reconhecida, o relator, no STF, determinará a suspensão de todos os processos pendentes em território nacional, que versem sobre a mesma questão. Em Portugal, mesmo que o TC esteja a discutir determinada questão constitucional e, simultaneamente haja uma ação perante

---

279 Nesse sentido, cf. os Acórdãos nº 139/2003, 227/2012, 569/2016 e 176/2017, todos julgados pelo TC.

<sup>280</sup> “Art. 102. (...) § 3º No recurso extraordinário o recorrente deverá demonstrar a repercussão geral das questões constitucionais discutidas no caso, nos termos da lei, a fim de que o Tribunal examine a admissão do recurso, somente podendo recusá-lo pela manifestação de dois terços de seus membros”.

<sup>281</sup> “Art. 1.035. O Supremo Tribunal Federal, em decisão irrecorrível, não conhecerá do recurso extraordinário quando a questão constitucional nele versada não tiver repercussão geral, nos termos deste artigo.

§ 1º Para efeito de repercussão geral, será considerada a existência ou não de questões relevantes do ponto de vista econômico, político, social ou jurídico que ultrapassem os interesses subjetivos do processo.

§ 2º O recorrente deverá demonstrar a existência de repercussão geral para apreciação exclusiva pelo Supremo Tribunal Federal.

§ 3º Haverá repercussão geral sempre que o recurso impugnar acórdão que:

I - contrarie súmula ou jurisprudência dominante do Supremo Tribunal Federal;

II – (Revogado);

III - tenha reconhecido a inconstitucionalidade de tratado ou de lei federal, nos termos do art. 97 da Constituição Federal”.

<sup>282</sup> MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Repercussão geral no recurso extraordinário**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007, p. 33.

outro tribunal, não haverá nenhum fundamento para suspender a instância à espera da decisão do Tribunal<sup>283</sup>.

Por fim, necessário analisar quais fatores determinam a existência da repercussão geral. O art. 102, §3º, da CF/88 utiliza um conceito vago, perante o qual há dualidade de soluções possíveis<sup>284</sup>, para complementá-lo, o art. 1.035, do CPC, arrola dois indicadores positivos: a) que o provimento recorrido contrarie a súmula ou jurisprudência dominante do STF; ou b) que a decisão recorrida tenha reconhecido a inconstitucionalidade de tratado ou lei federal, nos termos do art. 97 da CF.

#### 4.5.2 – Princípios Reguladores

Os recursos, assim como qualquer instituto jurídico, são orientados por princípios que justificam sua razão de existir e norteiam o seu procedimento<sup>285</sup>. Assim, todo e qualquer recurso interposto com base no CPC deve obedecer aos princípios fundamentais que informam a teoria geral dos recursos: do duplo grau de jurisdição, da taxatividade, da singularidade, da fungibilidade e da proibição do *reformatio in pejus*.<sup>286</sup>

A relação entre o princípio do duplo grau de jurisdição e o sistema recursal é ampla, podendo até mesmo serem confundidos entre si, visto que tal princípio é *conditio sine qua non* para a existência do recurso<sup>287</sup>. Todo ato jurisdicional decisório, que possa prejudicar um direito ou um interesse da parte, deve ser recorrível, afim de evitar ou emendar os erros e falhas que são inerentes aos julgamentos humanos.

Logo, o princípio do duplo grau de jurisdição visa garantir, à parte sucumbente, o direito de submeter a matéria decidida a uma nova apreciação jurisdicional, feita por um órgão hierarquicamente superior ao que proferiu a sentença recorrida<sup>288</sup>. Tal hipótese reside

---

<sup>283</sup> Nesse sentido, cf. MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito Constitucional**, Tomo VI, 4.<sup>a</sup> ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2013, p. 250 Em sentido contrário, MORAIS, Carlos Blanco de. **Justiça Constitucional**, Tomo II, 2.<sup>a</sup> ed., Coimbra: Coimbra Editora, 2011, pp. 797-798.

<sup>284</sup> WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. **Controle das decisões judiciais por meio de recurso de estrito direito e de ação decisória**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1997, p. 288-350.

<sup>285</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. **Manual do processo de conhecimento**. 5.<sup>a</sup> ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006, p.518.

<sup>286</sup> JUNIOR, Nelson Nery. NERY, Rosa Maria de Andrade. **Op. Cit.**, p. 703.

<sup>287</sup> Significa “condição indispensável”, cf. DINIZ, Maria Helena. **Dicionário jurídico**. Vol. I. 2.<sup>a</sup> ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2005, p. 906.

<sup>288</sup> SANTOS, Mocyra Amaral. **Primeiras linhas de direito processual civil**. 21.<sup>a</sup> ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2003, p. 86.



na ideia de possibilidade de controle da atividade do juiz<sup>289</sup>, como garantia fundamental de boa justiça<sup>290</sup>.

Vimos que o recurso extraordinário viabiliza possibilidade de revisão de uma decisão que envolva uma questão que se discuta a constitucionalidade de determinada norma num caso concreto, com o objetivo de modificar tal decisão ou invalidá-la. Sabe-se que essa possibilidade de revisão decorre do princípio do duplo grau de jurisdição. Entretanto, aquele que se sentir lesado com a decisão de um incidente de inconstitucionalidade não pode interpor recurso que não esteja previamente estabelecido na lei, nem desrespeitando a regra do esgotamento dos recursos ordinários, é o que determina o princípio da taxatividade. Assim, de acordo com este princípio, só são cabíveis os recursos taxativamente enumerados pela legislação cada qual cumprindo sua função de dupla jurisdição nas decisões às quais se aplicam<sup>291</sup>.

Para o princípio da singularidade, também chamado de princípio da unicidade ou da unirrecorribilidade<sup>292</sup>, é cabível apenas um tipo de recurso para cada decisão judicial, não podendo o prejudicado utilizar-se discricionariamente de qualquer recurso<sup>293</sup>. Assim, consiste na admissibilidade de interposição de somente um recurso, uma única vez. Além disso, em virtude do princípio da consumação, no momento em que o recorrente interpõe o recurso, ele estabelece os limites do seu inconformismo com a decisão recorrida, não podendo modificá-lo ou aditá-lo por meio de uma segunda iniciativa recursal.

Um dos exemplos, que foge do âmbito de aplicação do princípio da singularidade, é o da interposição de recursos extraordinário e especial quando a decisão impugnada violar, simultaneamente, normas federal e constitucional, de acordo com o art. 1.031, do CPC.

Em decorrência da especificidade de cada recurso, a opção por um dentre os previstos em lei exige atenção, para que não ocorram equívocos. Entretanto, o princípio da fungibilidade vem proporcionar certa flexibilidade ao sistema recursal, visto que aceita a

---

<sup>289</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. *Cit.*, p. 505.

<sup>290</sup> NERY JÚNIOR, Nelson. **Princípios do processo civil na Constituição Federal**. 8ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004, p.39

<sup>291</sup> SCHLICHTING, Arno Melo. **Teoria Geral do processo: concreta, objetiva, atual**. p. 120.

<sup>292</sup> Sinônimos apresentados por NERY JUNIOR, Nelson. **Princípios fundamentais: teoria geral dos recursos**. 5ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004, p.93. WAMBIER, Luiz, Rodrigues. **Curso avançado de processo civil**. Vol. I. 9ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, p. 540. PORTANOVA, Rui. **Princípios do processo civil**. 6ª ed. Porto Alegre: Editora Livraria do Advogado, 2005, p. 271.

<sup>293</sup> NERY JUNIOR, Nelson. **Princípios fundamentais: teoria geral dos recursos**. 5ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004, p.48.

interposição de um recurso por outro, desde que observadas as seguintes condições: a existência de dúvida objetiva a respeito do recurso cabível; a inexistência de erro grosseiro; e o atendimento do prazo para o recurso correto.

Este princípio, no âmbito da fiscalização concreta, passou a ser previsto especificamente no art. 1.032, do novo CPC<sup>294</sup>, que admite a transformação de Recurso Especial em Recurso Extraordinário quando houver questão de constitucionalidade; o contrário também foi previsto no art. 1.033, do CPC<sup>295</sup>, que estabelece que o Recurso Extraordinário pode ser transformado em Recurso Especial quando for reflexa a ofensa à Constituição e seja necessária a interpretação de lei federal ou tratado.

#### 4.5.3 – Legitimidade Recursal

Mesmo que a segurança jurídica seja um dos fundamentos para a instituição e manutenção dos recursos, é inaceitável que se permitisse a todos impugnar as soluções apresentadas, sem que possuíssem aptidão para tanto.<sup>296</sup> Nesse contexto, surge o problema da legitimidade, sendo necessário analisar se quem interpôs o recurso está incluso ou não no rol dos habilitados a fazê-lo, e cuja essência é a mesma aplicável, *mutatis mutandis*, à legitimidade para o exercício do direito de ação. O CPC, em seu art. 996, estabelece que o recurso pode ser interposto pela parte vencida, pelo terceiro prejudicado e pelo Ministério Público.

O autor e o réu, essencialmente, são partes legítimas a recorrer, bem como os litisconsortes, que a estes se equiparam, desde que possuam legitimação individual, pois a qualquer deles é permitido manifestar seu inconformismo em relação à tutela jurisdicional apresentada. Nesse sentido, poderão recorrer na via especial, por meio de RE, os que intervierem no curso do processo como oponentes, denunciados à lide ou chamados ao

---

<sup>294</sup> “Art. 1.032. Se o relator, no Superior Tribunal de Justiça, entender que o recurso especial versa sobre questão constitucional, deverá conceder prazo de 15 (quinze) dias para que o recorrente demonstre a existência de repercussão geral e se manifeste sobre a questão constitucional.

Parágrafo único. Cumprida a diligência de que trata o caput, o relator remeterá o recurso ao Supremo Tribunal Federal, que, em juízo de admissibilidade, poderá devolvê-lo ao Superior Tribunal de Justiça”.

<sup>295</sup> “Art. 1.033. Se o Supremo Tribunal Federal considerar como reflexa a ofensa à Constituição afirmada no recurso extraordinário, por pressupor a revisão da interpretação de lei federal ou de tratado, remetê-lo-á ao Superior Tribunal de Justiça para julgamento como recurso especial”.

<sup>296</sup> “Na realidade, por óbvias razões de conveniência, trata a lei de limitar o círculo dos possíveis recorrentes”, MOREIRA, José Carlos Barbosa. **Comentários ao código de processo civil: Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973. V. 5: arts. 476 a 565.** Rio de Janeiro: Forense, 1998, P. 287.

processo, desde que permaneçam nessa condição até a prolação da decisão sujeita a RE. Já a nomeação à autoria aceita, transforma o nomeado em parte, e a assistência litisconsorcial equipara o assistente a litisconsorte, garantindo a ambos, portanto, com tratamento de parte<sup>297</sup>.

Os terceiros, isto é, os estranhos ao processo, também têm legitimidade para interpor recurso, desde que demonstrem a existência de um liame entre a decisão e o prejuízo que esta causou<sup>298</sup>. O conceito de terceiro é determinado contrapondo-se com o de parte: é terceiro quem não seja parte, quer nunca o tenha sido, quer haja deixado de sê-lo em momento anterior àquele em que se profira a decisão<sup>299</sup>. Ademais, o terceiro legitimado a recorrer é aquele que tem interesse jurídico em impugnar a decisão, não um mero interesse de fato ou econômico<sup>300</sup>. Além disso, a despeito de estarem fora da relação jurídica processual, os terceiros devem respeitar os demais requisitos para a admissibilidade do recurso extraordinário, não havendo qualquer regra especial para quando o RE for impetrado por terceiro<sup>301</sup>.

Necessário, ainda, ressaltar que não há recurso adesivo de terceiro prejudicado, devendo este interpor o recurso no mesmo prazo conferido à parte<sup>302</sup>, não podendo aguardar exaurir o prazo com advento de recurso para, então, recorrer<sup>303</sup>.

O Ministério Público, a teor do art. 966, do CPC, possui legitimidade recursal nos processos em que é parte, bem como naqueles em que oficiou como fiscal da lei. Naturalmente, não há necessidade de o Ministério Público haver efetivamente funcionado nos autos como *custos legis* para que se legitime a recorrer, bastando apenas ter havido a possibilidade de fazê-lo<sup>304</sup>.

Portanto, para que se haja legitimidade recursal, basta a configuração de um dos pressupostos de intervenção do Ministério Público como fiscal da lei, previstos no art. 178,

---

<sup>297</sup> SARAIVA, José. **Recurso Especial e o STJ**. São Paulo: Editora Saraiva, 2002. p. 128.

<sup>298</sup> NERY JUNIOR, Nelson. **Princípios fundamentais: teoria geral dos recursos**. 5ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004, p. 310.

<sup>299</sup> MOREIRA, José Carlos Barbosa **Comentários ao código de processo civil**. Rio de Janeiro: Forense, 1998, p. 291.

<sup>300</sup> NERY JUNIOR, Nelson. *Op. Cit.*, p. 311.

<sup>301</sup> MEDINA, José Miguel Garcia. **O prequestionamento nos recursos extraordinário e especial**. 6ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002, p. 348

<sup>302</sup> PINTO, Nelson Luiz. **Manual dos Recursos Cíveis**. São Paulo: Editora Malheiros, 2003. p. 69.

<sup>303</sup> MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Op. Cit.*, p.316.

<sup>304</sup> PINTO, Nelson Luiz. **Recurso Especial para o STJ**. São Paulo: Editora Malheiros, 1996. p. 96

do CPC<sup>305</sup>, não sendo necessário que ele tenha atuado efetivamente no processo. Tal requisito, caso existisse, configuraria um formalismo exacerbado, o que não atende ao princípio da economia processual<sup>306</sup>. Além disso, ainda quando atue como fiscal da lei, o *parquet* poderá recorrer mesmo se a parte assim não o fizer, nesse sentido está a Súmula nº 99 do Superior Tribunal de Justiça<sup>307</sup>.

#### 4.5.4 – Efeitos

Por meio da análise da missão constitucional do STF e do Recurso Extraordinário, podemos perceber uma tendência de objetivação deste mecanismo recursal, cujo julgamento é capaz de gerar efeitos *pan-processuais*, isto é, além dos autos em que eles se concretizaram, o que vem aproximando os efeitos do julgamento do recurso em fiscalização concreta daqueles tipicamente previstos para os pronunciamentos gerados pela fiscalização abstrata.

A declaração de inconstitucionalidade em sede de controlo concreto, em princípio, gera efeitos apenas no processo em que foi proferida, ou seja, *inter partes*, tanto no julgamento do incidente de inconstitucionalidade, quanto no julgamento do Recurso Extraordinário pelo STF. Ainda que o STF decida a inconstitucionalidade num determinado caso concreto, tal julgamento não vincula os demais membros do Poder Judiciário, isto é, não tem observância obrigatória. Tal acórdão, que não é uma *stare decisis*, apenas será aplicado ao caso em análise pelo Supremo, tendo efeitos somente entre as partes.

Entretanto, pode acontecer que os efeitos dessa decisão se estendam a terceiros, que sejam partes em outras ações cujo objeto seja o mesmo, gerando efeitos *erga omnes*. Tal fenômeno foi intitulado pela doutrina como abstrativização do controlo difuso de constitucionalidade e ocorre por meio das Súmulas Vinculantes, da suspensão de lei declarada inconstitucional pelo Senado Federal e, pela repercussão geral, supra analisada.

---

<sup>305</sup> “Art. 178. O Ministério Público será intimado para, no prazo de 30 (trinta) dias, intervir como fiscal da ordem jurídica nas hipóteses previstas em lei ou na Constituição Federal e nos processos que envolvam:

I - interesse público ou social;

II - interesse de incapaz;

III - litígios coletivos pela posse de terra rural ou urbana.

Parágrafo único. A participação da Fazenda Pública não configura, por si só, hipótese de intervenção do Ministério Público”.

<sup>306</sup> PINTO, Nelson Luiz. **Recurso Especial para o STJ**. São Paulo: Editora Malheiros, 1996. p. 96

<sup>307</sup> “**Súmula 99**. O Ministério Público tem legitimidade para recorrer no processo em que oficiou como fiscal da lei, ainda que não haja recurso da parte”

A Súmula Vinculante é um enunciado jurisprudencial, editado pelo STF, cujo efeito vinculante passa a obrigar os demais órgãos do Poder Judiciário e da Administração Pública a adotarem o conteúdo deste pronunciamento. De acordo com o art. 103-A, da CF, o STF poderá, de ofício ou por provocação, por meio de decisão de dois terços de seus membros, após reiteradas decisões sobre matéria constitucional, aprovar súmula que, a partir de sua publicação, terá efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal, bem como proceder a sua revisão ou cancelamento na forma estabelecida em lei. Em Portugal, existe o recurso para uniformização de jurisprudência, dirigido ao Supremo Tribunal de Justiça (STJ) ou ao Supremo Tribunal Administrativo (STA). Poderá ser interposto recurso ao Supremo Tribunal de Justiça quando existir contradição entre o acórdão recorrido e o acórdão fundamento, um e outro do STJ, sobre a mesma questão fundamental de direito, de acordo com o art. 688.º do CPC português. Nesse mesmo sentido, o art. 152.º, do Código de Processos nos Tribunais Administrativos (Lei n.º 15/2002), admite recurso para uniformização da jurisprudência quando existir contradição, sobre a mesma questão fundamental de direito, entre acórdão do Tribunal Central Administrativo e acórdão anteriormente proferido por este mesmo tribunal ou pelo STA, ou entre dois acórdãos do STA.

Além do próprio STF, que possui competência para iniciar de ofício esse processo, as mesmas pessoas ou órgãos que podem ingressar com ação direta de inconstitucionalidade, previstas no art. 103, da CF, poderão propor ação de aprovação, revisão ou cancelamento de súmula. As decisões de juízes ou tribunais que contrariarem a súmula vinculante estão sujeitas a reclamação perante o STF que, julgando procedente a ação, anulará o ato administrativo ou cassará a decisão judicial<sup>308</sup>.

---

<sup>308</sup> Tal instrumento não é aceito como inteiramente benéfico pela doutrina brasileira. Há doutrinadores que afirmam que as Súmulas Vinculantes engessam o sistema judiciário, evitando os avanços. Nesse diapasão, cf. DALARI, Dalmo de Abreu. **Efeito vinculante: prós e contras**, in *Revista Consulex* - especial sobre a Reforma do Judiciário, n.º 3, de 31/3/1997. HERKENHOFF, João Baptista. **Justiça, direito do povo**. 12ª ed. Rio de Janeiro: Editora Thex, 2000, pp. 36 e 37. CARVALHO JUNIOR, Adelardo Branco de. **Carta à revista Consulex**, n.º 9, de 30/09/1997. Em sentido contrário, na esteira daqueles que concordam que o efeito vinculativo da súmula possui propriedades positivas ao direito brasileiro, cf. DINAMARCO, Cândido Rangel. **A Instrumentalidade do Processo**. 8º ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2000, p. 97 e **Instituições de Direito Processual**. 5ª ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2004. v. I, p. 105. ARAÚJO, João Carlos de. **Incidente de Uniformização de Jurisprudência – Comentários**. São Paulo: Editora LTR, 2002, pp. 22 e 23. STRECK, Lênio Luiz. **Súmulas no Direito Brasileiro: Eficácia, Poder e Função**. Porto Alegre: Editora Livraria do Advogado, 1998, p. 43. LENZA, Pedro. **Curso de Direito Constitucional Esquematizado**. 8ª ed. São Paulo: Editora Método, 2005, p. 75.

Assim, ainda que o STF decida a inconstitucionalidade num determinado caso concreto, tal julgamento não vincula os demais membros do Poder Judiciário, isto é, não tem observância obrigatória, a menos que seja editada uma súmula vinculante, como explanado acima. Tal acórdão, que não é uma *stare decisis*, apenas será aplicado ao caso em análise pelo Supremo, tendo efeitos somente entre as partes. A fim de suprir tal insuficiência de se designarem efeitos *erga omnes*, nas decisões do STF em controle concreto, por meio de previsão regimental, foi estabelecido no art. 178 do Regimento Interno, que declarada lei inconstitucional em controle difuso pela Corte, com deliberação da maioria absoluta do tribunal pleno, será enviado comunicado dessa decisão ao Senado Federal para efeitos do art. 52, X, da CF<sup>309</sup>. Tal resolução terá efeitos *ex nunc*, isto é, não retroagindo. Analisaremos com mais detalhes tal fenômeno a seguir.

Por fim, ainda em relação aos efeitos, importante também falarmos sobre a modulação dos efeitos da decisão no controle difuso. Apesar de, em regra, as decisões na fiscalização concreta possuírem efeitos *ex tunc*, isto é, retroagindo e invalidando a norma desde a sua promulgação, o STF, jurisprudencialmente, passou a admitir a modulação temporal dos efeitos da decisão, ou seja, que a norma seja declarada inconstitucional sem a atribuição de efeitos retroativos.

Para tal, é necessário que estejam presentes no caso concreto razões de segurança jurídica ou excepcional interesse social. Ocorrendo qualquer uma das duas hipóteses, o STF pelo voto de oito dos seus onze ministros (2/3), poderá atribuir efeitos *ex nunc* (não retroativos) ou *pro futuro* à decisão. Por analogia, aplica-se o artigo 27 da Lei 9.868/1999<sup>310</sup>, que disciplina a modulação dos efeitos na Ação Direta de Inconstitucionalidade e da Ação Declaratória de Constitucionalidade<sup>311</sup>.

---

<sup>309</sup> “Art. 52. Compete privativamente ao Senado Federal: (...)X - suspender a execução, no todo ou em parte, de lei declarada inconstitucional por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal”.

<sup>310</sup> “Art. 27. Ao declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, e tendo em vista razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social, poderá o Supremo Tribunal Federal, por maioria de dois terços de seus membros, restringir os efeitos daquela declaração ou decidir que ela só tenha eficácia a partir de seu trânsito em julgado ou de outro momento que venha a ser fixado”.

<sup>311</sup> Cf. RE nº 197.917, de 24/03/04 (Casa Mira Estrela) e o Habeas Corpus nº 82.959-7, de 23/02/2006 (Lei de Crimes Hediondos), ambos julgados pelo STF.

Por fim, caberá Reclamação<sup>312</sup> ao STF para garantir a observância de acórdão proferido em sede de julgamento de recurso extraordinário, nos termos do art. 988, IV, do CPC<sup>313</sup>, mais uma maneira pela qual os efeitos dos julgamentos em fiscalização concreta têm se aproximado, ainda mais, dos efeitos das ações em fiscalização abstrata de controle de constitucionalidade, visto que antes só era cabível Reclamação contra enunciado de Súmula Vinculante.

#### **4.5.4.1 - A suspensão de lei declarada inconstitucional pelo STF: vinculação ou discricionariedade do Senado?**

A suspensão de leis declaradas inconstitucionais pelo STF tem previsão expressa no art. 52, X, da CF/88, sendo de competência expressa do Senado Federal. A suspensão pode ser ocorrer em relação às leis nas três esferas, ou seja, a lei pode ser federal, quanto estadual, distrital ou municipal, através de resolução do Senado Federal<sup>314</sup>. Em decorrência do princípio federativo, também é possível a suspensão da execução de lei estadual e municipal pela Assembleia Legislativa do Estado, como consequência da declaração de inconstitucionalidade frente à Constituição Estadual, em decisão definitiva do Tribunal de Justiça do Estado correspondente.

Contudo, conforme entendimento do STF e do próprio Senado, este não está obrigado a suspender a execução da lei, tratando-se de competência discricionária<sup>315</sup>. Caso contrário, haveria afronta à separação de poderes. Nesse sentido, a não suspensão não configura omissão ou qualquer infração a princípio de ordem constitucional. Caso o Senado decida pela suspensão, a ele é vedado restringir ou ampliar a extensão da declaração<sup>316</sup>. Portanto, se a lei for declarada inconstitucional em seu todo, só poderá o Senado suspendê-

---

<sup>312</sup> A reclamação é uma ação autônoma de impugnação dotada de perfil constitucional, podendo ser utilizada quando houver a usurpação de competência do STF ou do STJ, bem como para garantir o respeito à autoridade das decisões dos Tribunais Superiores.

<sup>313</sup> “Art. 988. Caberá reclamação da parte interessada ou do Ministério Público para: (...)IV – garantir a observância de acórdão proferido em julgamento de incidente de resolução de demandas repetitivas ou de incidente de assunção de competência”.

<sup>314</sup> Resumidamente, resolução é “a deliberação que uma das Câmaras do Poder Legislativo, ou o próprio Congresso Nacional toma, fora do processo de elaboração das leis e sem ser lei, que tem por fim regulamentar as matérias de competência privativa do Senado Federal dispostas no artigo 52 da Carta da República”. (FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Do processo legislativo**. 5ª ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2002, p. 199)

<sup>315</sup> Cf. MI nº 460-9, de 16/06/94, julgado pelo STF; Senado Federal – Pareceres nºs 154/71, 261/71 e 282/71.

<sup>316</sup> MENDES, Gilmar Ferreira. **Curso de Direito Constitucional**. Brasília: Editora Saraiva, 2008, p. 1082.

la integralmente, bem como se a declaração é referente a apenas parte da lei, deve o Senado se limitar à suspensão desta parte. Ademais, o Senado esgota sua competência ao editar a resolução que suspende a lei, não podendo alterá-la.

Esta resolução não retroage para atingir situações passadas, passando a valer apenas após sua publicação. Logo, eventual interessado deverá submeter ação judicial individual caso queira que a suspensão opere efeitos retroativos. Entretanto, o art. 1º, §2º do Decreto n.º 2.346/97<sup>317</sup> admite expressamente a produção de efeito *ex tunc* (retroativos) para a resolução do Senado, apenas no que diz respeito à Administração Pública Federal direta e indireta.

Isto posto, o Senado Federal ao suspender lei declarada inconstitucional pelo STF, em fiscalização concreta, tem a função de dar efeito *erga omnes* a uma *decisão incidenter tantum*, que antes gerava efeitos somente às partes do processo. As ações da fiscalização abstrata já possuem, por si mesmas, eficácia *erga omnes*, não sendo necessária resolução do Senado. Destaca-se que o Senado Federal não revoga o ato declarado inconstitucional, visto que não possui competência para tanto. Trata-se de ato político, que empresta eficácia *erga omnes* à decisão do STF proferida em caso concreto<sup>318</sup>.

Vale ressaltar que o STF, em algumas oportunidades, atribuiu eficácia *erga omnes* a decisões em controlo difuso, independentemente de o Senado Federal haver exercido a sua competência privativa de suspender a lei declarada inconstitucional pelo Supremo e, em outras situações, conferiu efeito vinculante à decisão de inconstitucionalidade, tornando a participação do Senado um tanto quanto desnecessária. Tal teoria foi chamada de abstrativização do controlo difuso, que preconiza que caso o Plenário do STF decida a

---

<sup>317</sup> “Art. 1º As decisões do Supremo Tribunal Federal que fixem, de forma inequívoca e definitiva, interpretação do texto constitucional deverão ser uniformemente observadas pela Administração Pública Federal direta e indireta, obedecidos aos procedimentos estabelecidos neste Decreto.

§ 1º Transitada em julgado decisão do Supremo Tribunal Federal que declare a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, em ação direta, a decisão, dotada de eficácia *ex tunc*, produzirá efeitos desde a entrada em vigor da norma declarada inconstitucional, salvo se o ato praticado com base na lei ou ato normativo inconstitucional não mais for suscetível de revisão administrativa ou judicial.

§ 2º O disposto no parágrafo anterior aplica-se, igualmente, à lei ou ao ato normativo que tenha sua inconstitucionalidade proferida, incidentalmente, pelo Supremo Tribunal Federal, após a suspensão de sua execução pelo Senado Federal”.

<sup>318</sup> MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 9ª ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2014, p. 1112.



inconstitucionalidade de uma lei ou ato normativo, ainda que em controlo difuso, tal decisão terá os mesmos efeitos do controlo concentrado, portanto, eficácia *erga omnes* e vinculante.

Para a teoria da abstrativização do controlo difuso, ocorreu uma autêntica mutação constitucional, em razão da completa reformulação do sistema jurídico e, conseqüentemente, da nova compreensão que se conferiu à regra do art. 52, X, da Constituição de 1988<sup>319</sup>. Entretanto, o STF não acolheu tal teoria, mantendo o papel do Senado Federal conforme previsto no art. 52, X, da CF<sup>320</sup>. Assim, a regra da necessidade de resolução do Senado Federal, para suspensão de lei julgada inconstitucional pelo STF, está em pleno uso, não havendo como cogitar desuso que pudesse justificar mutação constitucional a dispensar a manifestação do Senado Federal. Na medida em que o julgamento em fiscalização concreta pelo STF não produz efeito vinculante, somente por meio de reforma constitucional (alterando o art. 52, X) é que seria possível assegurar a constitucionalidade dessa teoria.

Infelizmente, a impossibilidade de se conferir efeitos gerais à decisão do próprio STF faz com que haja várias demandas repetitivas, até à edição de Súmula Vinculante, visto que como se trata de competência discricionária a suspensão de lei pelo Senado Federal, este decide quais leis efetivamente deve suspender, não podendo o STF fazer nada a respeito. Necessário ressaltar que a súmula não suspende lei declarada inconstitucional, apenas faz com que determinado entendimento do STF seja de observância obrigatória pelos demais tribunais e pela Administração Pública. O ordenamento jurídico português adotou solução diferente e, provavelmente mais eficiente, tendo em vista que não depende da ação de outro

---

<sup>319</sup> MENDES, Gilmar Ferreira. **O papel do Senado no Controle de Constitucionalidade: um caso clássico de mutação constitucional**, in *Revista de informação legislativa*. Brasília: Edições Técnicas do Senado Federal, 2004, p. 165-166. Em sentido contrário, afirmando que não houve mutação constitucional, mas que as decisões do STF passaram a ter força expansiva, cf. ZAVASCKI, Teori. **Eficácia das sentenças na jurisdição constitucional**. 4ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017. p. 135-136

<sup>320</sup> Cf. Reclamação nº 4335-4, julgada em 20/03/14 pelo STF. Tal Reclamação julgou que não houve mutação constitucional do art. 52, X, da CF/88. Apenas dois Ministros (Gilmar Mendes e Eros Grau) votaram contra, afirmando expressamente que as decisões do Plenário do STF proferidas em controlo difuso de constitucionalidade possuem efeitos *erga omnes* e que o papel do Senado, atualmente, é o de tão-somente dar publicidade ao que foi decidido, tendo havido mutação constitucional do art. 52, X, da CF/88. A maioria dos Ministros refutou expressamente ou não aderiu a tais conclusões. Assim, para a maioria do STF, a decisão em controlo concreto continua produzindo, em regra, efeito apenas *inter partes* e o papel do Senado é o de ampliar essa eficácia, gerando efeitos *erga omnes*. Entretanto, mesmo não tendo adotado a teoria da mutação constitucional do art. 52, X, da CF, a tese vencedora consagrou a força expansiva das decisões do STF. Nas palavras do falecido Ministro Teori Zavaski: “É inegável que, atualmente, a força expansiva das decisões do STF, mesmo quando tomadas em casos concretos, não decorre apenas e tão somente da resolução do Senado, nas hipóteses do artigo 52, inciso X, da Constituição”, e o fenômeno “está se universalizando por força de todo um conjunto normativo constitucional e infraconstitucional direcionado a conferir racionalidade e efetividade às decisões dos Tribunais Superiores e especialmente à Suprema Corte”.

poder para suspender lei declarada inconstitucional. O Tribunal Constitucional aprecia e declara, com eficácia *erga omnes*, a inconstitucionalidade de qualquer norma, desde que tenha sido por ele julgada inconstitucional em pelo menos três casos concretos, conforme o art. 280.º, 3, da CRP.

#### 4.5.5 – O problema do ativismo e as decisões políticas do STF

##### 4.5.5.1 – O neoconstitucionalismo<sup>321</sup> como fator base de desenvolvimento do ativismo judicial

O neoconstitucionalismo ou pós-positivismo<sup>322</sup> desenvolveu-se na Europa durante a segunda metade do século XX e, no Brasil, com o advento da Constituição Federal de 1988. No plano teórico, foi reconhecida a força normativa da Constituição e houve uma expansão da jurisdição constitucional, além da constitucionalização do direito infraconstitucional, ocasionando uma irradiação dos princípios e regras constitucionais por todo ordenamento jurídico<sup>323</sup>.

É proposta a superação do paradigma da validade meramente formal do direito, no qual era suficiente que o Estado cumprisse o processo legislativo para que a lei viesse a ser a expressão jurídica. Estreitam-se, assim, os vínculos entre direito e política, na medida em que conceitos com os de razoabilidade, senso comum e interesse público passam a ser

---

<sup>321</sup> Este trabalho não possui como objetivo um estudo aprofundado do Neoconstitucionalismo, tendo em vista a extensão de seu conteúdo e as divergências em sua conceituação por diversos doutrinadores. Sendo assim, fugiria ao objetivo deste estudo fazer uma resenha de todo pensamento jurídico sobre o tema.

<sup>322</sup> As expressões não são unânimes, principalmente em razão da sua vagueza. Não é por outra razão que alguns autores se referem a vários “neoconstitucionalismos”. Nesse sentido: DIDIER, Fredie. **Teoria do Processo e Teoria do Direito: o neoprocessualismo**. Disponível em: <http://www.academia.edu/>, p. 2. Acesso em 22 de março de 2016.

<sup>323</sup> Daniel Sarmiento afirma que: “Os adeptos do neoconstitucionalismo buscam embasamento no pensamento de juristas que se filiam a linhas bastante heterogêneas, como Ronald Dorkin, Robert Alexy, Peter Häberle, Gustavo Zagrebelsky, Luigi Ferrajoli e Carlos Santiago Nino, e nenhum destes se define hoje, ou já se definiu, no passado, como neoconstitucionalista. Tanto dentre os referidos autores, como entre aqueles que se apresentam como neoconstitucionalistas, constata-se uma ampla diversidade de posições jusfilosóficas e de filosofia política: há positivistas e não-positivistas, defensores da necessidade do uso do método na aplicação do Direito e ferrenhos opositores do emprego de qualquer metodologia na hermenêutica jurídica, adeptos do liberalismo político, comunitaristas e procedimentalistas. Neste quadro, não é tarefa singela definir o neoconstitucionalismo, talvez porque, como já revela o bem escolhido título da obra organizada por Carbonell, não exista um único neoconstitucionalismo, que corresponda a uma concepção teórica clara e coesa, mas diversas visões sobre o fenômeno jurídico na contemporaneidade, que guardam entre si alguns denominadores comuns relevantes, o que justifica que sejam agrupadas sob um mesmo rótulo, mas compromete a possibilidade de uma conceituação mais precisa.” (SARMENTO, Daniel. **O neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades**. Disponível em: <http://www.danielsarmiento.com.br/wp-content/uploads/2012/09/O-Neoconstitucionalismo-no-Brasil.pdf>. Acesso em 03 de fevereiro de 2016. pp. 03-04.)

informados por relações de poder. A interpretação das normas infraconstitucionais passa a ser feita de acordo com a Carta Magna, a fim de concretizar a eficácia da Constituição, deixando o seu texto de ter um caráter meramente teórico e passando a ser mais efetivo, principalmente diante da necessidade de concretização dos direitos fundamentais<sup>324</sup>.

Há doutrinadores<sup>325</sup> que defendem que, atualmente, é possível falar em um momento de constitucionalismo que se caracteriza pela superação da supremacia do Parlamento, sendo marcado pela superioridade da Constituição, a que se subordinam todos os poderes por ela constituídos, garantida por mecanismos jurisdicionais de controlo de constitucionalidade. Passa-se, então, de um modelo de Estado fundado na lei (Estado legislativo) para um modelo de Estado fundado na Constituição (Estado Constitucional)<sup>326</sup>. Postulados éticos-morais ganham vinculatividade jurídica e passam a ser objeto de definição pelos juízes constitucionais, que nem sempre dispõem, para essa tarefa, de critérios de fundamentação objetivos, que sejam preestabelecidos no próprio sistema jurídico.

Por fim, afirmar que as normas constitucionais possuem *força normativa* é reconhecer que a Constituição não consiste somente em uma carta de intenções políticas, mas sim que está dotada de caráter jurídico imperativo. Se a Constituição é válida como qualquer lei, as regras e os princípios constitucionais possuem *normatividade*, regulando jurídica e efetivamente as condutas e dando segurança a expectativas de comportamentos. Assim sendo, reconhecer a força normativa da Constituição acarreta uma ruptura com o Direito Constitucional clássico, onde se visualizavam *normas constitucionais programáticas* que seriam simples declarações políticas, exortações morais ou programas futuros e, por isto, destituída de positividade ou de eficácia vinculativa<sup>327</sup>.

Estabelecido o significado do neoconstitucionalismo, passaremos à análise da expansão do ativismo judicial, base da teoria do STF como legislador positivo, em detrimento à supremacia do Poder Legislativo.

---

<sup>324</sup> Cf. CAMBI, Eduardo. **Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo: direitos fundamentais, políticas públicas e protagonismo judiciário**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p.37.

<sup>325</sup> Nesse sentido, cf. MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 9ª ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 61-62.

<sup>326</sup> DIDIER, Fredie. **Teoria do Processo e Teoria do Direito**. pp. 02-04. Disponível em: <[http://www.academia.edu/225914/Teoria\\_do\\_Processo\\_e\\_Teoria\\_dos\\_Direitos](http://www.academia.edu/225914/Teoria_do_Processo_e_Teoria_dos_Direitos)> Acesso em: 22 de março de 2016.

<sup>327</sup> CAMBI, Eduardo. **Neoconstitucionalismo e Neoprocessualismo: direitos fundamentais, políticas públicas e protagonismo judiciário**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, pp. 6-7.

#### **4.5.5.2 – O ativismo judicial como fundamento do papel de legislador positivo do Supremo Tribunal Federal**

Como visto, o órgão judiciário passou a ser o responsável pela proteção e garantia da supremacia da Constituição com a constitucionalização dos princípios fundamentais. Além disso, com o reconhecimento da superioridade da Carta Magna, adquiriu plena participação na efetivação dos direitos fundamentais, na proteção dos direitos coletivos e individuais e no controlo de constitucionalidade.

Nesse rumo, a jurisdição constitucional exerce um papel importantíssimo no controlo jurídico da legitimidade do poder político. Nenhum dos poderes da República está acima da Constituição. Assim sendo, qualquer desvio jurídico-constitucional praticado por instância de poder, está sujeito à fiscalização judicial.

A grande alteração trazida pela expansão da jurisdição constitucional foi o aumento do ativismo judicial nos tribunais. O Judiciário deixou de tomar uma postura meramente observadora e sem interferências, para assumir uma participação mais ativa e intensa na concretização de direitos fundamentais. Não que concordemos com esta atitude tão ativa, mas primeiramente iremos analisar seus fundamentos a fim de tecer mais comentários.

A concepção de ativismo judicial está relacionada a uma participação mais ampla e intensa do Judiciário na concretização dos valores e fins constitucionais, com maior interferência no espaço de atuação dos outros dois Poderes. A postura ativista se manifesta por meio de diferentes condutas, as quais incluem: (a) a aplicação direta da Constituição a situações não expressamente previstas em seu texto e independentemente de manifestação do legislador ordinário; (b) a declaração de inconstitucionalidade de atos normativos emanados do legislador, com base em critérios menos rígidos que os de patente e ostensiva violação da Constituição; (c) a imposição de condutas ativas ou de abstenções ao Poder Público, notadamente em matéria de políticas públicas.<sup>328</sup>

Ressalte-se que os defensores do ativismo judicial afirmam que a discricionariedade judicial comporta gradações, no sentido de liberdade mínima diante de enunciado normativo claro, exato e objetivo, até a máxima na circunstância integrativa de lacuna, porém, em geral,

---

<sup>328</sup> BARROSO, Luiz Roberto. **Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática**. p. 6. Disponível em: [http://www.plataformademocratica.org/Publicacoes/12685\\_Cached.pdf](http://www.plataformademocratica.org/Publicacoes/12685_Cached.pdf). Acesso em 09 de março de 2016)

o juiz detém ampla margem de possibilidades decisórias, visto que mesmo a vagueza e abstratividade são porventura intencionalmente carregadas ao processo legislativo. Nos casos difíceis, dotados de pluralidade exegética intrinsecamente discrepante, cumpre ao julgador engendrar construção normativa justa que de certa forma manifeste o pensamento jurídico geral, em vez de valoração personalista baseada em conveniência e oportunidade.

Conforme observado, há tradição jurídica nos ordenamentos jurídicos brasileiro e português de filiação ao *civil law*, o qual postula à atividade judiciária observância rigorosa das normas prévia e tipicamente geradas em sede legislativa. Assim, podemos considerar que o ativismo judicial consiste numa desnaturação ou anomalia da competência judicante, usurpando a atividade legislativa pelo subterfúgio de omissões e mesmo equívocos parlamentares, bem como a atividade administrativa, pela judicialização das políticas públicas.

A judicialização e o ativismo judicial<sup>329</sup>, aliados ao poder de interpretação e criador do direito, favorecem o protagonismo político do magistrado, além de o fortalecer na tarefa de intérprete e criador da norma. Com isso, os juízes dos ordenamentos *civil law* aproximaram-se do modo de atuação dos juízes *common law*, no que diz respeito à liberdade na tomada de decisão, entretanto sem o controlo operado pelos precedentes<sup>330</sup>.

Tanto no Brasil quanto em Portugal, há esforços no sentido de uniformizar ao menos parte da jurisprudência, por meio, respectivamente, das súmulas vinculantes editadas pelo STF e do recurso para uniformização de jurisprudência, dirigido ao STJ em Portugal. Além disso, o novo Código de Processo Civil brasileiro, em seu art. 926<sup>331</sup>, passou a prever expressamente a teoria dos precedentes, admitindo que os tribunais devem uniformizar sua

---

<sup>329</sup> Maria Benedita Urbano utiliza o termo “judicial policy-making” como sinônimo para ativismo judicial, a fim de descrever a atuação do poder judiciário como ramo político, desempenhando um papel ativo na elaboração de políticas públicas, intervindo nas decisões políticas a custo das prerrogativas tanto do legislativo, quanto do executivo, instituições políticas majoritárias. (URBANO, Maria Benedita. **Politics and the Judiciary: A Naïve Step Towards the End of Judicial Policy-Making**, in *Judicial Activism. An Interdisciplinary Approach to the American and European Experiences*. (ed. Luís Pereira Coutinho, Massimo La Torre, Steven D. Smith). New York, Dordrecht, London: Springer International Publishing, 2015, p. 162.)

<sup>330</sup> A teoria dos precedentes prevê que casos semelhantes devem ser julgados de forma semelhante, o que faz com que um julgamento anterior possua força vinculante na tomada de decisões que tenham por base circunstâncias fáticas semelhantes e, especialmente, quando houverem as mesmas razões de direito.

<sup>331</sup>“Art. 926. Os tribunais devem uniformizar sua jurisprudência e mantê-la estável, íntegra e coerente.

§ 1º Na forma estabelecida e segundo os pressupostos fixados no regimento interno, os tribunais editarão enunciados de súmula correspondentes a sua jurisprudência dominante.

§ 2º Ao editar enunciados de súmula, os tribunais devem ater-se às circunstâncias fáticas dos precedentes que motivaram sua criação”.

jurisprudência, admitindo a criação de súmulas a fim de cumprir este objetivo. Assim, agora todo e qualquer tribunal tem competência para editar súmulas que irão vincular os tribunais hierarquicamente inferiores.

Os defensores do ativismo judicial afirmam que a intervenção do Poder Judiciário, nas ações de outros poderes, possui a finalidade de suprir a ausência do Estado, que é inerte na concretização dos direitos e garantias fundamentais. Assim, o Judiciário não apenas exerceria sua função interpretativa das leis, como também deveria criar direitos diante do caso concreto. A assunção de um papel mais ativo pelos juízes constitucionais teria como finalidade garantir a eficácia da Constituição, bem como garantir a supremacia desta, visto que os magistrados seriam designadamente as melhores pessoas para fazerem isso, em virtude da imparcialidade no julgamento das questões, pois buscam fazer aquilo que é certo<sup>332</sup>.

Nesse sentido, no ativismo judicial o poder judiciário ora pode agir como legislador negativo, ao invalidar atos e leis dos poderes legislativos ou executivos democraticamente eleitos, ora como legislador positivo – interpretando as regras e princípios e lhes atribuindo juízo de valor. Assim, mesmo que os magistrados estejam exercendo competências exacerbadas com a jurisdição constitucional, a democracia dos tempos atuais requer que o Poder Judiciário supra a lacuna deixada pelos Poderes Legislativo e Executivo, a fim de buscar a efetivação dos direitos fundamentais, que é objetivo próprio da democracia. Em ambas atuações, há interferência do Judiciário nas esferas de competência dos outros poderes, ferindo, assim o princípio da separação dos poderes<sup>333</sup>.

Portanto, o poder judiciário atuaria como “poder contramajoritário”<sup>334</sup>, protegendo as minorias contra as imposições desarrazoadas ou indignas da maioria, em decorrência da ineficiência das instituições majoritárias<sup>335</sup>. A fim de evitar praticas reiteradas do ativismo

---

<sup>332</sup> Cf. URBANO, Maria Benedita. **Curso de Justiça Constitucional: Evolução Histórica e Modelos de Controle de Constitucionalidade**. 2ª ed. Coimbra: Editora Almedina, 2016, pp. 149-150.

<sup>333</sup> ALMEIDA, Vicente Paulo de. **Ativismo judicial**. Disponível em: <http://jus.com.br/artigos/19512>. Acesso em: 21 de maio de 2017, às 23:51h.

<sup>334</sup> Cf. TASSINARI, Clarissa. **Jurisdição e Ativismo judicial. Limites da atuação do Judiciário**. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2013. p. 29. TATE, Chester Neal; VALLINDER, Torbjörn. **The global expansion of Judicial Power: the judicialization of politics**, in *The global expansion of Judicial Power*. New York: New York University Press, 1995, p. 194 e ss.

<sup>335</sup> No Acórdão do julgamento do HC nº 104.907, de 19/05/11, afirma-se que “a função contramajoritária do Supremo Tribunal Federal no Estado democrático de direito é a proteção das minorias analisada na perspectiva de uma concepção material de democracia constitucional”.

judicial, a doutrina brasileira estabeleceu dois marcos limitativos para a atuação do julgador: a reserva do possível e a reserva de consistência.

A reserva do possível está relacionada com a disponibilidade de recursos do Estado para a concretização da tutela jurisdicional, procurando identificar o fenômeno econômico da limitação dos recursos disponíveis diante das necessidades sempre infinitas a serem supridas com a implementação dos direitos; devendo, ainda, o juiz observar o mínimo existencial, que garante as condições materiais mínimas de tutela da dignidade da pessoa humana<sup>336</sup>. Entretanto, a interpretação desta fez dela uma teoria da reserva do financeiramente possível, na medida em que se considerou como limite absoluto à efetivação de direitos fundamentais sociais (i) a suficiência de recursos públicos e (ii) a previsão orçamentária da respectiva despesa<sup>337</sup>.

Já a reserva da consistência é a argumentação do julgador durante a interpretação judicial, devendo apresentar argumentos substanciais de que o ato ou a omissão do agente público é incompatível com a Constituição<sup>338</sup>. Tal instituto é analisado como limite de autocontenção por parte do magistrado, para fundamentar suas decisões, mas também como um caminho da contribuição da interpretação de uma sociedade aberta e plural<sup>339</sup>. Infelizmente, como veremos a seguir, tais limites não foram suficientes para evitar um ativismo judicial exacerbado por parte do STF.

Obviamente, tanto o processo judiciário quanto o legislativo resultam em criação do direito, visto que ambos são “law-making processes”, diferindo-se apenas no procedimento e estrutura<sup>340</sup>. Entretanto, quando o magistrado, que deve apenas acatar a lei,

---

<sup>336</sup> Cf. ALEXY, Robert. **Colisão e ponderação como problema fundamental da dogmática dos direitos**, in *Revista Escritos*, n. 34. Rio de Janeiro: Editora Fundação Casa de Rui Barbosa, 1998, p. 39.

<sup>337</sup> MÂNICA, Fernando Borges. **Teoria da Reserva do Possível: Direitos Fundamentais a Prestações e a Intervenção do Poder Judiciário na Implementação de Políticas Públicas**. p.13. Disponível em: [http://advcom.com.br/artigos/pdf/artigo\\_reserva\\_do\\_possivel\\_com\\_referencia.pdf](http://advcom.com.br/artigos/pdf/artigo_reserva_do_possivel_com_referencia.pdf). Acesso em 06 de fevereiro de 2016, às 02:39h.

<sup>338</sup> Cf. CAMBI, Eduardo. **Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo: direitos fundamentais, políticas públicas e protagonismo judiciário**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 312. MORO, Sergio Fernando. **Por uma revisão da teoria da aplicabilidade das normas constitucionais**, in *Revista de Direito Constitucional e Internacional*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, n.37. Out-dez/2001.

<sup>339</sup> Cf. HÄBERLE, Peter. **Hermenêutica Constitucional em Crise: A sociedade aberta dos intérpretes da Constituição**. Porto Alegre: Editora Fabris, 1997, p. 42. MARTINS, Marianne Rios. **Os limites de atuação do poder judiciário como legislador positivo para efetivar direitos humanos de 2ª dimensão**. p.2. Disponível em: [http://www.conpedi.org.br/manuel/arquivos/anais/manaus/direito\\_humano\\_td\\_marianne\\_rios\\_martins.pdf](http://www.conpedi.org.br/manuel/arquivos/anais/manaus/direito_humano_td_marianne_rios_martins.pdf). Acesso em 07 de março de 2016, às 17:42h. FREIRE JUNIOR, Américo Bedê. **O controle judicial de políticas públicas**. São Paulo: Revista os Tribunais, 2005, p.121.

<sup>340</sup> CAPPELLETTI, Mauro. **Juizes Legisladores**. Porto Alegre: Editora Sergio Antonio Fabris, 1999, p. 74.

interpretá-la e aplicá-la em um determinado caso concreto, decide como a lei deve funcionar, ele não apenas cria uma lei para determinada situação, como também cria uma jurisprudência nova que poderá ser copiada por outros juízes. Atua, assim, como legislador positivo, criando uma nova lei. Um bom juiz deve ser criativo, dinâmico e ativista, manifestando-se como tal; todavia apenas um juiz ruim agiria com as formas e modalidade do legislador, pois assim deixaria simplesmente de ser juiz<sup>341</sup>.

Certamente o juiz não deve se limitar ao texto da lei, devendo considerar os valores, o contexto, ao ordenamento jurídico como um todo e à finalidade da lei; entretanto, é temerário autorizar que juízes decidam como verdadeiros legisladores, o que sucumbiria a democracia representativa. Os tribunais constitucionais devem proferir decisões corretas e não se envolver na tarefa legislativa, de criar o direito a partir de valores preferencialmente aceitos. A interpretação constitucional, nesse sentido, deve decidir qual pretensão e qual conduta são corretas em um dado conflito e não como equilibrar interesses ou relacionar valores<sup>342</sup>.

Os defensores da atuação do juiz como legislador positivo sustentam que não há qualquer vedação constitucional que impeça tal atuação judicial, sendo totalmente amparada pelos princípios da supremacia da Constituição e da efetividade<sup>343</sup>. Ademais, afirmam que já se reconhece a possibilidade de suprimento da omissão inconstitucional, pelo Poder Judiciário, no controlo concreto de constitucionalidade<sup>344</sup>. Não é racional que se espere *ad eternum* que uma norma seja implementada pelo Poder Legislativo, se este se recusa a fazê-lo.

Assim, como as constituições não mais apenas garantem direitos já assegurados, mas também realizam promessas constitucionais de direitos – como a universalização da saúde e da educação, cuja implementação demanda atuação do poder público, resta evidente

---

<sup>341</sup> Idem.

<sup>342</sup> Cf. HABERMAS, Jürgen. **Between Facts and Norms. Contributions to a Discourse Theory of Law and Democracy**. Cambridge: Massachusetts Institute of Technology Press, 1996, pp. 239-240.

<sup>343</sup> MORO, Sergio Fernando. **Por uma revisão da teoria da aplicabilidade das normas constitucionais**, in *Revista de Direito Constitucional e Internacional*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, n.37. Out-dez/2001, p.104.

<sup>344</sup> Analisamos esta hipótese no estudo do mandado de injunção, em tópico anterior.



que a eficácia da jurisdição constitucional será comprometida caso seja atribuído ao juiz função meramente negativa<sup>345</sup>.

Entretanto, a própria CF/88 instituiu diversos mecanismos processuais a fim de atribuir eficácia aos seus princípios, sendo esta tarefa de responsabilidade de uma cidadania juridicamente participativa, que dependerá também da atuação dos Tribunais, mas não apenas destes, e sim principalmente do nível de pressão e mobilização política que os cidadãos fizerem sobre os poderes Legislativo e Executivo, não cabendo apenas aos magistrados essa função<sup>346</sup>.

Em algumas questões em que há grande discordância sobre o direito apresentado, alguém deve possuir a competência para pôr termo ao debate, caso contrário ele jamais se encerrará. Entretanto, não há como negar ao Poder Legislativo tal incumbência em relação às divergências pertinentes a direitos, visto que ele é o órgão eleito e escolhido pelo povo, diferentemente do Judiciário. Assim, o Judiciário ao realizar a decisão, está usurpando esta competência do legislativo<sup>347,348</sup>.

A intervenção do Poder Judiciário deve ocorrer somente posteriormente, para verificar se a decisão do legislador infringiu alguma norma constitucional, atendo-se à uma questão jurídica. Logo, o papel do juiz não é deliberar sobre o conteúdo ou alcance de um direito fundamental, uma vez que tal tarefa cabe ao legislador. A incumbência da Jurisdição Constitucional seria somente a de aferir se a decisão da maioria está em conformidade com

---

<sup>345</sup> MORO, Sergio Fernando. **Jurisdição constitucional como Democracia**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004, p.238.

<sup>346</sup> CITTADINO, Gisele. **Poder Judiciário, ativismo judiciário e democracia**. Disponível em: [https://publique.rdc.puc-rio.br/revistaalceu/media/alceu\\_n9\\_cittadino.pdf](https://publique.rdc.puc-rio.br/revistaalceu/media/alceu_n9_cittadino.pdf). Acesso em 03 de maio de 2017, às 03:18h.

<sup>347</sup>CF. WALDRON, Jeremy. **Law and Disagreement**. New York: Editora Oxford, 2004, p. 1371-1376.

<sup>348</sup> Jeremy Waldron critica a competência do Poder Judiciário para a última palavra sobre a interpretação da constituição, sustentando para tanto a necessidade de a teoria dos direitos fundamentais ser complementada pela teoria da autoridade. Por essa teoria, aduz que o desacordo no âmbito dos direitos fundamentais seria a respeito do seu conteúdo e alcance, sendo que os Tribunais também decidiriam por maioria e suas decisões seriam tão imprevisíveis quanto às emanadas do Poder Legislativo, agravada pelo fato de carecerem de legitimidade democrática. Conclui que a competência para dizer o conteúdo do direito seria do parlamento, uma vez que teria sido observado o procedimento democrático de decisão. Segundo o autor, atribuir tal competência ao Poder Judiciário seria substituir um procedimento democrático de tomada de decisão por outro antidemocrático, na qual se atribuiria a uma elite judicial a decisão sobre o conteúdo dos direitos dos cidadãos. (WALDRON, Jeremy. **The core of the case against Judicial Review**, in *The Yale Law Journal*, nº 1346 - 2006, pp. 1348-1406. Disponível em <http://www.yalelawjournal.org/search?q=The+core+of+the+case+against+Judicial+Review>, acesso em 28 de abril de 2017, às 21:31h).

os preceitos da Constituição<sup>349</sup>. Cabe ao tribunal, quando existirem parâmetros jurídico-constitucionais para o comportamento político, apreciar a violação desses parâmetros<sup>350</sup>.

Assim, considerando a Constituição como norma jurídica, cabe ao Poder Judiciário a decisão irrevogável sobre a constitucionalidade dos atos do Poder Público<sup>351</sup>. Não faria sentido em atribuir ao Legislador democrático, representante da maioria, a decisão a respeito da constitucionalidade de um ato que afeta um direito fundamental. Como os direitos fundamentais são exatamente para defesa contra eventuais desmandos da maioria, a atribuição dessa competência ao Legislador deixaria os direitos fundamentais desprotegidos<sup>352</sup>.

Ademais, há de se evidenciar que não podem prosperar argumentos que apontem defeitos nos sistemas eleitorais para negar ao Legislativo essa última palavra, uma vez que todo o sistema democrático é baseado nessa premissa. Caso constatados problemas no sistema eleitoral, ele deve ser revisto e repensado, porém jamais usado como justificação para permitir ao Judiciário que se imponha ao Legislativo<sup>353</sup>.

Lamentavelmente, o STF não vem respeitando os limites impostos pelo princípio da separação de poderes e temos inúmeros exemplos de ativismo judicial que podem ser citados em sede de controlo concreto<sup>354</sup>. Nesses casos, como se trata de controlo de

---

<sup>349</sup> Cf. NOVAIS, Jorge Reis. **Direitos fundamentais e Justiça Constitucional em Estado de Direito Democrático**. Coimbra: Editora Coimbra, 2012, pp. 155-181.

<sup>350</sup> CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**, 7.<sup>a</sup> ed., Coimbra: Editora Almedina, 2003, p. 1224.

<sup>351</sup> KELSEN, Hans. **A Garantia Jurisdicional da Constituição (A Justiça Constitucional)**. Disponível em [http://dspace.idp.edu.br:8080/xmlui/bitstream/handle/123456789/443/Direito%20Publico%20n12003\\_Hans%20Kelsen.pdf?sequence=1](http://dspace.idp.edu.br:8080/xmlui/bitstream/handle/123456789/443/Direito%20Publico%20n12003_Hans%20Kelsen.pdf?sequence=1), p. 19. Acesso em 06 de dezembro de 2016, às 17:23h.

<sup>352</sup> CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. *Op. Cit.*, pp. 143-147.

<sup>353</sup> Cf. WALDRON, Jeremy. **Law and Disagreement**. New York: Editora Oxford, 2004, p. 1371-1376

<sup>354</sup> No controlo abstrato de constitucionalidade a vertente ativista do STF é ainda maior, configurando claramente um legislador positivo e a usurpação da competência do Poder Legislativo. Um grande exemplo é o do reconhecimento, pelo STF, da União homoafetiva como entidade familiar, no julgamento em conjunto da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.277 e da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 132, ambas julgadas em 14/10/11. Resumindo a controvérsia, O STF declarou que o art. 1.723 do Código Civil Brasileiro deve ser interpretado a fim de reconhecer a união de pessoas do mesmo sexo como entidade familiar, tendo como base o art. 3º, IV, da CF, que veda qualquer tipo de discriminação em virtude do sexo; assim, ninguém pode ser discriminado em função de sua preferência sexual. Claramente o STF assumiu o papel do Poder Legislativo, a quem caberia fazer qualquer alteração na legislação a fim de que a união estável passasse a ser reconhecida entre pessoas do mesmo sexo. (Art. 1.723. É reconhecida como entidade familiar a união estável entre o homem e a mulher, configurada na convivência pública, contínua e duradoura e estabelecida com o objetivo de constituição de família). Assim, mesmo que haja a adoção, no futuro, de lei proibindo expressamente o casamento homoafetivo, não será modificado o quadro atual. Não houve, assim, atuação do Judiciário diante de lacuna deixada pelo Legislativo, mas sim imposição de determinado entendimento antes que qualquer lei pudesse ser produzida, ou que o Código Civil fosse alterado.

constitucionalidade incidentalmente discutido em um caso concreto, as sentenças ativistas têm o efeito de efetivamente conferir prestações sociais<sup>355</sup>.

No julgamento da perda do mandato parlamentar por desfiliação partidária<sup>356</sup>, o STF teve postura claramente ativista: o parlamentar que eleito por um partido e depois migrasse para outro partido sem justa causa, perderia seu mandato, pois este pertenceria ao partido que o elegeu e não ao próprio parlamentar. O Ministro Carlos Brito, em seu voto, recorreu à dogmática do moralismo jurídico de Dworkin e uma suposta superação do positivismo jurídico para justificar a perda do mandato de parlamentar que deixasse seu partido político. A perda de mandato por desfiliação partidária representa uma severa restrição a um direito político fundamental, sem qualquer autorização na CF/88 que a justifique, uma vez que não consta do rol de hipóteses de perda do mandato previstas no art. 55 da Lei Maior<sup>357</sup>.

Outro exemplo no qual o STF adotou postura ativista foi o julgamento do agravo regimental em Recurso Extraordinário n.º 410.715-5, de 22 de novembro de 2005, no qual, mesmo reconhecendo tacitamente que se tratava de norma de eficácia limitada e natureza programática, a Corte entendeu pela existência de direito subjetivo e correlato dever do Município de Santo André em garantir a educação infantil para crianças até cinco anos de idade, em creches e pré-escolas, com base no art. 208, IV, da CF. O município teria obrigação constitucional de criar condições objetivas que possibilitassem, de maneira concreta, o efetivo acesso e atendimento em creches para crianças até os cinco anos de idade, sob pena de configurar-se inaceitável omissão governamental. Ressalte-se que, por tratar-se de concretização de direitos sociais derivados de normas programáticas<sup>358</sup>, eventual existência de direito subjetivo deveria restar condicionada à intermediação do legislador ordinário, o

---

<sup>355</sup> De acordo com Carlos Blanco, nessa circunstância “configura o Judiciário como um centro de poder normador e prestador de benefícios sociais dotado de caráter supletivo em relação aos Poderes Legislativo e Administrativo.” (MORAIS, Carlos Blanco de. **O controle de inconstitucionalidade por omissão no ordenamento brasileiro e a tutela dos direitos sociais**, in *Revista de Direito Constitucional e Internacional*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, ano 20, n.º 78, janeiro- março, 2012, p. 162.)

<sup>356</sup> Adin n.º 5.081, de 27/05/15.

<sup>357</sup> RAMOS, Elival da Silva. **Ativismo Judicial – Parâmetros Dogmáticos**. 2ª Ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2015, p. 245.

<sup>358</sup> PIZARRO, Patrícia Ulson. **O Direito Social e o Direito Público Subjetivo à Saúde- O desafio de compreender um direito com duas faces**, in *Revista de Direito Sanitário da Universidade de São Paulo*. Disponível em <http://www.revistas.usp.br/rdisan/article/view/13119>, acesso em 29 de abril de 2017, às 20:24h, pp.105-126.

qual levaria em conta as operações materiais e administrativas necessárias, além das condições econômicas<sup>359</sup>.

Outrossim, no julgamento do Agravo Regimental em RE nº 639.337, de 23 de agosto de 2011, o STF entendeu que a omissão total ou parcial dos Poderes Executivo e Legislativo na efetivação de políticas públicas sociais, previstas em normas programáticas constitucionais, autorizaria a intervenção do Poder Judiciário para concretização dos direitos sociais. Neste mesmo aresto, julgou-se ser possível a imposição de *astreintes* contra o Poder Público, a fim de cessar a omissão inconstitucional, isto é, além do Poder Judiciário decidir uma questão relativa às políticas públicas, de competência dos Poderes Executivo e Legislativo, ele ainda pode impor multa diária a esses poderes, caso a decisão judicial não seja respeitada. Ademais, como fundamento do acórdão, há a defesa da existência de um pretenso direito ao não retrocesso social<sup>360</sup>.

O afastamento em relação à tradicional metodologia interpretativa suscita grande subjetivismo na aplicação das normas constitucionais, ensejando o ativismo judicial, com muitos excessos e desvios, caracterizado pela ausência de vinculação do Poder Judiciário à sua competência prevista constitucionalmente, com invasão da alçada reservada ao Poder Legislativo e ao Poder Executivo, resultando nítida violação do princípio da separação de poderes e do princípio democrático.

Além disso, do ponto de vista sociológico a concretização de direitos sociais por meio de decisões judiciais ativistas pode acarretar o efeito maléfico de excluir os mais

---

<sup>359</sup> RAMOS, Elival da Silva. **Ativismo Judicial – Parâmetros Dogmáticos**. 2ª Ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2015, p. 264.

<sup>360</sup> Tal princípio estaria implícito na CF/88, sendo decorrente do sistema jurídico-constitucional brasileiro, tendo por objetivo, resumidamente, a vedação da supressão ou da redução de direitos fundamentais sociais, em níveis já alcançados e garantidos aos brasileiros. No ordenamento jurídico português tal princípio já possui vem sendo utilizado há bem mais tempo, desde o paradigmático acórdão nº39/84, julgado pelo TC, no qual o Conselheiro Vital Moreira desenvolveu argumentos da proibição de retrocesso social para afirmar a inconstitucionalidade do debatido art. 17º do Decreto-lei nº 254/82, que revogava parte da Lei nº 56/79 que instituiu o Sistema Nacional de Saúde em Portugal. Canotilho já se manifestou sobre o assunto, afirmando que o princípio do não retrocesso social garante que os direitos sociais e econômicos, “uma vez alcançados ou conquistados, passam a constituir, simultaneamente, uma garantia institucional e um direito subjectivo”. (CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**, 7.ª ed., Coimbra: Editora Almedina, 2003, p.468). Todavia, atualmente já se fala da profunda desatualização do princípio da proibição do retrocesso social e os perigos que sua garantia constitucional pode trazer. Nesse sentido, os defensores da dogmática unitária dos direitos fundamentais propõem que o retrocesso social passe a ser tratado no quadro do regime jurídico geral da restrição de direitos fundamentais, apoiando a legitimidade do retrocesso na proporção ou desproporção da restrição imposta. Cf. SILVA, Suzana Tavares da. **Direitos Fundamentais na Arena Global**. 2ª ed. Coimbra: Imprensa da Universidade de Coimbra, 2014, p.208.

necessitados. Especialmente no Brasil, onde apenas as pessoas com melhor situação econômica possuem condições de litigar no Poder Judiciário, a grande maioria da população não teria meios de concretizar seus direitos. A cada ano, o ativismo dos tribunais, notadamente do STF, vem crescendo, a ponto de nos depararmos com decisões que criam direitos não elencados na Constituição, desconsiderando, inclusive, a reserva do possível e a reserva de consistência.

Assim, chegamos ao estágio em que o ativismo dos tribunais brasileiros não mais se justifica com base na ausência do Estado, que seria inerte na concretização dos direitos e garantias fundamentais. Novos limites devem ser estabelecidos aos tribunais brasileiros para que a democracia continue a estar presente em nosso ordenamento jurídico.

#### **4.5.5.3 - Modos de prevenção e limites ao ativismo judicial**

Ronald Dworkin<sup>361</sup>, ao discorrer sobre a relação dos juízes como legisladores positivos, já previa que as decisões dos juízes poderiam ser políticas, visto que muitas vezes os problemas constitucionais também são problemas políticos. Entretanto, os juízes ao prolatarem decisões com base em motivação política devem tomar cuidado para que não seja a decisão que certo grupo político deseja, mas sim com fundamento em certos princípios da moralidade política que estejam corretos. Ademais, o autor distingue dois tipos de argumentos políticos que os magistrados podem utilizar nas decisões: argumentos políticos de princípio (“arguments of political principle”), os quais recorrem aos direitos políticos individuais dos cidadãos como fundamento da decisão; e os argumentos políticos de ação (“arguments of political policy”), os quais pretendem que determinada decisão proporcione um bem-estar geral ou interesse público.

Dworkin admite que os juízes utilizem, no julgamento de casos controversos, os argumentos políticos de princípio, mas não aceita que os argumentos políticos de ação possam orientar a atuação desses. Conforme analisado no tópico anterior, o STF acaba por utilizar inúmeras vezes os argumentos políticos de ação, visando gerar um bem-estar geral, o que seria inadequado de acordo com a doutrina de Dworkin. Outrossim, mesmo com os limites estabelecidos pela doutrina brasileira, cada vez mais o ativismo vem se

---

<sup>361</sup> DWORKIN, Ronald. **A Matter of Principle**. Cambridge: Harvard University Press, 1985, p.11.

desenvolvendo e os tribunais excedendo as fronteiras de suas competências constitucionalmente previstas.

Dessa maneira, verifica-se a indispensabilidade de aperfeiçoamento no exercício da jurisdição constitucional, principalmente no STF. Não estamos afirmando que seja necessário o regresso aos antigos paradigmas ou mesmo prejudicar a independência dos magistrados, visto que possíveis alterações e limitações não podem, nem devem ter como intuito o enfraquecimento do Poder Judiciário. São adequações, normalmente procedimentais, voltadas para eliminar atuações que excedam competências constitucionalmente previstas.

Maria Benedita Urbano<sup>362</sup> propõe alguns meios de prevenção do ativismo judicial que poderiam ser utilizados na realidade brasileira: a) promoção da autocontenção judicial<sup>363</sup>; b) o reforço das instituições maioritárias, garantindo que o legislativo e o executivo cumpram suas funções constitucionais de maneira eficaz para que o ativismo judicial não seja visto como solução para os problemas no processo político; c) reforçar a presunção da constitucionalidade de normas, nesse sentido os juízes devem sempre levar em consideração que a declaração de inconstitucionalidade de uma norma possui caráter excepcional, devendo apenas ser utilizado quando for inevitável; d) reafirmar o dever de fundamentação das decisões judiciais, permitindo que os cidadãos possam analisar se os juízes estão decidindo ou não os casos de acordo com suas próprias convicções pessoais, políticas ou ideológicas; e) evitar a mediatização dos tribunais, evitando uma exposição mediática excessiva, o que infelizmente acontece no Brasil por meio da TV Justiça, que transmite os julgamentos do STF ao vivo. Tal situação pode induzir a veneração dos

---

<sup>362</sup> URBANO, Maria Benedita. **Politics and the Judiciary: A Naïve Step Towards the End of Judicial Policy-Making**, in *Judicial Activism. An Interdisciplinary Approach to the American and European Experiences*. (ed. Luís Pereira Coutinho, Massimo La torre, Steven D. Smith). New York, Dordrecht, London: Springer International Publishing, 2015, pp. 167-170. Idem, **Curso de Justiça Constitucional: Evolução Histórica e Modelos de Controlo de Constitucionalidade**. 2ª ed. Coimbra: Editora Almedina, 2016, pp. 151-154.

<sup>363</sup> De acordo com Luís Roberto Barroso, o oposto do ativismo é a autocontenção judicial, conduta pela qual o Poder Judiciário reduz sua interferência nas ações dos outros Poderes. Nesse sentido, juízes e tribunais evitam aplicar diretamente a Constituição a situações que não estejam no seu âmbito de incidência expressa, aguardando o pronunciamento do legislador ordinário, utilizam critérios rígidos e conservadores para a declaração de inconstitucionalidade de leis e atos normativos e abstêm-se de interferir na definição das políticas públicas (BARROSO, Luís Roberto. **Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática**. p. 6. Disponível em: [http://www.plataformademocratica.org/publicacoes/12685\\_Cached.pdf](http://www.plataformademocratica.org/publicacoes/12685_Cached.pdf). Acesso em 09 de março de 2016).

magistrados, além da possibilidade de fomentar o desejo pessoal dos juízes de se tornarem proeminentes atores políticos nacionais.

Além dos meios de prevenção supracitados, esta doutrinadora propõe a imposição da unanimidade ou quase unanimidade das decisões judiciais em questões constitucionais controversas, sensíveis e fraturantes. Tal hipótese já é prevista claramente no art. 97, da CF/88, a chamada cláusula de reserva de plenário que analisamos anteriormente. Outra proposta que já foi implementada no ordenamento jurídico brasileiro são os sistemas de triagem dos casos a serem julgados. A existência dos institutos do prequestionamento, da repercussão geral e das Súmulas Vinculantes conseguiu diminuir bastante o número de casos que chega ao STF, ainda não alcançamos um resultado satisfatório, mas provavelmente sem estes institutos a Suprema Corte estaria ainda mais sobrecarregada no número de processos.

Infelizmente, como visto anteriormente, os tribunais brasileiros, especialmente o STF, têm atuado cada vez mais de forma ativista, desrespeitando a separação de poderes e agindo como legisladores positivos. Os limites ao ativismo admitidos pela doutrina brasileira não estão sendo suficientes para evitar excessos, razão pela qual devemos admitir outros meios de prevenção.

## 5 - CONCLUSÃO

Através do estudo dos modelos tradicionais ou puros de controlo jurisdicional da constitucionalidade, verificamos, em princípio, a originalidade do sistema luso-brasileiro de fiscalização concreta da constitucionalidade em decorrência de seu aspecto misto, tendo a presença concomitante de uma forma difusa e uma forma concentrada na fiscalização concreta de constitucionalidade. Característica presente em poucos sistemas do mundo, o aspecto misto identifica-se, por um lado, pela competência conferida a todos os juizes para apreciar e decidir as questões de inconstitucionalidade, e, por outro lado, pela possibilidade de recurso para discutir a questão da constitucionalidade. Tais tribunais são os órgãos competentes para administrar a justiça em matérias de natureza constitucional.

Essa forma de controlo de constitucionalidade foi baseada na tradição da *common law* norte-americana, que teve origem no famoso caso *Marbury vs. Madison* e consiste justamente na possibilidade de apreciação e julgamento da constitucionalidade de uma norma por intermédio de um caso concreto, o qual pode ser julgado por qualquer órgão jurisdicional, sendo a questão da constitucionalidade analisada de forma incidental na lide a ser decidida. Releva observar que nos Estados Unidos, a Suprema Corte trouxe para si o poder de controlar a constitucionalidade das leis. Já no Brasil, bem como em Portugal, foi o próprio legislador que deferiu aos órgãos do Poder Judiciário tal competência, estabelecendo que caberia ao sistema de controlo jurisdicional examinar a eventual incompatibilidade de leis ou atos com a Lei Maior.

Assim, através do raciocínio acima apresentado, podemos afirmar que a fiscalização concreta se apresenta com grande similitude no direito luso-brasileiro, sendo marcada pela possibilidade de apreciação, mesmo que de ofício, da constitucionalidade por qualquer juiz. Ademais, há a possibilidade, nos dois sistemas, de recurso a um tribunal superior, na hipótese de decisão em que se julgue a inconstitucionalidade de determinada norma ou em que seja desrespeitado entendimento desse mesmo tribunal superior relativamente à constitucionalidade de uma norma.

Em consequência da quantidade de divergências e questionamentos com os quais nos deparamos no transcurso deste trabalho, limitar-nos-emos a tecer algumas breves considerações finais relativamente àqueles que, em nosso ponto de vista, são os principais pontos de discussão constatados, quer no âmbito do caráter difuso quer no âmbito do caráter



concentrado da fiscalização concreta da constitucionalidade, nos ordenamentos português e brasileiro.

Em relação à produção de efeitos, estes, em regra, são restritos às partes, não possuindo efeito *erga omnes* em nenhum dos dois ordenamentos<sup>364</sup>. Os dois ordenamentos possuem exceções a esta regra, visando conferir efeitos gerais à decisão, quais sejam: a possibilidade de edição de súmula vinculante ou a suspensão de norma julgada inconstitucional pelo Senado Federal, no Brasil; e, no ordenamento português, há a hipótese do processo de declaração de inconstitucionalidade. Nessas hipóteses, os efeitos de um julgamento num caso concreto passam a ser *erga omnes*, não apenas *inter partes*.

No ordenamento jurídico brasileiro temos a questão da Ação Civil Pública, que por ser uma ação coletiva, ao ser discutido o aspecto da constitucionalidade de uma norma no seu bojo, a decisão poderia ter efeitos *erga omnes*, mesmo sendo prolatada no âmbito da fiscalização concreta. Nesse aspecto, julgamos ser esta uma ação possível de analisar a questão da constitucionalidade de uma norma, desde que a constitucionalidade fosse questão incidental para a solução da demanda e os efeitos ficassem limitados ao litígio, não gerais como é a regra das ações coletivas.

O Mandado de Injunção constitui um dos pontos de grande diferenciação entre os ordenamentos brasileiro e português. É uma ação prevista somente no ordenamento brasileiro para cessar omissão constitucional. De acordo com o Supremo Tribunal Federal, as decisões nessas ações possuem efeitos *erga omnes* até que o legislativo supra a falta de norma integrativa. Nesse sentido, o juiz atua claramente como legislador positivo, suprimindo a lacuna legislativa no caso concreto. Não concordamos com tal posição. A nosso ver, deveria ser adotada a tese concretista individual, que concede determinado tempo para o legislador suprimir a omissão constitucional e, apenas ao final deste, em caso de persistência da omissão, o julgador deveria atuar de forma a permitir a concretização do direito do autor. Já o ordenamento jurídico português não admite o controlo de omissões inconstitucionais na fiscalização concreta, admitindo, para isso, somente a fiscalização por via principal. A priori tal posição pode apresentar-se autocontida demais, entretanto em praticamente todas as vezes que foi desencadeado o processo de fiscalização, o legislador português supriu a falta

---

<sup>364</sup> CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**, 7.<sup>a</sup> ed. Coimbra: Editora Almedina, 2003, pp. 982-1003.

de omissão prontamente. Portanto, mesmo com a falta de instrumentos para analisar a omissão na fiscalização concreta, o ordenamento luso tem garantido a efetividade do sistema, suprimindo a falta de legislação.

Em relação às maneiras que os dois ordenamentos jurídicos possuem para garantir a presunção de constitucionalidade das normas, podemos observar que estes encontraram aspectos específicos de tentar preservar tal presunção na fiscalização concreta. No ordenamento brasileiro, é prevista a cláusula de reserva de plenário, que exige um *quorum* especial para o julgamento de inconstitucionalidade de uma norma. Já no ordenamento luso, foram previstos recursos obrigatórios ao Ministério Público para o Tribunal Constitucional quando uma norma for julgada inconstitucional. Nesse sentido, devemos ressaltar que no ordenamento português o Ministério Público tem uma atuação bem mais ativa como garantidor da constituição.

A forma de julgamento das questões no âmbito recursal também é diferente. O Tribunal Constitucional ao decidir sobre a inconstitucionalidade de uma norma, devolve o caso concreto para ser julgado pelo tribunal *a quo*. Já o Supremo Tribunal Federal ao julgar um recurso extraordinário, não apenas decide sobre a questão da inconstitucionalidade, devendo julgar o caso concreto, utilizando ou não a norma em questão.

Por fim, tanto o sistema português, quanto o brasileiro possuem inúmeras controvérsias individuais que engrandecem o estudo de ambos quando analisados em conjunto. Uma dessas controvérsias é a interpretação do alcance do art. 204.º, da CRP, relativa a palavra “tribunais”. Embora já seja entendimento pacífico que o âmbito subjetivo de aplicação deste artigo abrange todos os tribunais, independentemente da sua categoria na organização judiciária ou que a sua existência seja meramente facultativa, constatamos, com base na doutrina de Jorge Miranda e Rui Medeiros, que a doutrina e jurisprudência manifestam uma dupla tendência. De um lado, pela interpretação extensiva, tende-se a incluir órgãos independentes e imparciais, não incluídos em nenhuma das categorias do art. 209.º da Constituição Portuguesa, e, por outro lado, associa-se a fiscalização concreta difusa obrigatoriamente ao exercício da função jurisdicional. Acreditamos que o art. 204.º da CRP deve ser interpretado restritivamente, compreendendo apenas aqueles tribunais constitucionalmente consagrados no art. 209.º, da CRP. Apesar de a Constituição Portuguesa

não ter definido o que são tribunais, ela indicou um elenco taxativo destes que, não havendo qualquer previsão constitucional em contrário, não deve ser desconsiderado.

Ademais, grande inovação trazida pelo ordenamento brasileiro foi a possibilidade de admissão de *amicus curiae* no julgamento do incidente de arguição de inconstitucionalidade na fiscalização concreta, garantindo, assim, uma maior participação social no julgamento da inconstitucionalidade de uma norma. O *amicus curiae* assegura a imparcialidade do magistrado com o fato a ser julgado, fornecendo os elementos mais importantes e relevantes para a prolação da decisão.

Em decorrência das diferenças dos dois modelos de fiscalização de constitucionalidade, chega-se à conclusão de que o modelo brasileiro está mais sujeito à ocorrência do fenômeno do ativismo judicial, enquanto o ordenamento português mostrou-se autocontido em diversos aspectos, o que parece ser corroborado pela atual jurisprudência dos dois países, conforme analisado. Infelizmente, o ativismo judicial brasileiro ultrapassou os limites estabelecidos pela doutrina, transformando os juízes em legisladores positivos. Além de favorecer a existência de fenômenos como a judicialização da política, o que concede ao Poder Judiciário a possibilidade de intervenção sobre o legislativo.

Relevante observar que algumas das decisões prolatadas pela via ativista consistiram em grandes avanços no Brasil. Entretanto, há uma grande possibilidade de que da mesma forma ativista advenham decisões conservadoras e opostas a direitos das minorias, visto que estas não possuem condições, na maioria das vezes, para judicializar seus direitos. Não defendemos que a solução esteja no Judiciário ou no Legislativo, mas sim que ambas as instituições apresentem falhas abissais, que devem ser consertadas para que os direitos fundamentais sejam efetivados.

Como visto, os limites jurídico-constitucionais, os quais há muito tempo são previstos como limites do direito constitucional positivo, vinculando os juízes à constituição e à lei, à distribuição funcional de competências constitucionais, à separação de poderes e ao princípio democrático, não tem sido suficientes para evitar o ativismo judicial. Além desses, a reserva do possível e a reserva de consistência, estabelecidas como marcos limitativos ao ativismo judicial, tem sido desrespeitadas pelos juízes brasileiros.

Apresentamos algumas soluções listadas por Maria Benedita Urbano que deveriam ser adotadas no ordenamento jurídico brasileiro como meio de prevenção do ativismo

judicial no país, visto que as já conhecidas pela doutrina brasileira tem sido insuficientes para evitar tal fenômeno, tais como: promoção da autocontenção judicial, o reforço das instituições majoritárias, reforçar a presunção da constitucionalidade de normas, reafirmar o dever de fundamentação das decisões judiciais, evitar a mediatização dos tribunais, dentre outras.

Enfim, poderíamos imaginar que a utilização, pelo direito luso-brasileiro, de um sistema misto resultaria em um sistema de controlo de constitucionalidade mais eficaz, todavia não é a conclusão a que se chega após um estudo mais minucioso. Verificamos uma série de obstáculos, em sua compreensão e no seu funcionamento, que se manifestaram, em decorrência deste arranjo, em ambos os ordenamentos jurídicos analisados. Todavia, limitar a fiscalização da constitucionalidade destes ordenamentos a um sistema puro de fiscalização concreta, ou somente de fiscalização abstrata seria impossível atualmente.

Ao garantir-se o respeito à supremacia da Constituição, impedindo a eficácia de normas contrárias ao texto constitucional, garante-se o ideal de Estado Constitucional Democrático, salvaguardando os direitos fundamentais garantidos aos cidadãos. Assim, cabe aos operadores do direito encontrar soluções para os problemas surgidos desse sistema misto, tornando eficaz o sistema de controlo de constitucionalidade, sempre com respeito aos limites das competências constitucionais, da separação de poderes e do princípio democrático.

## BIBLIOGRAFIA

ALEXY, Robert. **Colisão e ponderação como problema fundamental da dogmática dos direitos**, in *Revista Escritos*, n. 34. Rio de Janeiro: Editora Fundação Casa de Rui Barbosa, 1998.

ALMEIDA, Luís Nunes de. **O Tribunal Constitucional e o conteúdo, a vinculatividade e os efeitos das suas decisões**, in *Portugal: O Sistema Político e Constitucional 1974-1987*. Lisboa: Instituto de Ciências Sociais da Universidade de Lisboa, 1989.

\_\_\_\_\_. **Da politização da justiça à judicialização da política – do Conselho da Revolução ao Tribunal Constitucional**, in *20 anos da Constituição de 1976*, obra coletiva, Coimbra: Coimbra Editora, 2000.

ALMEIDA, Vicente Paulo de. **Ativismo judicial**. Disponível em: <http://jus.com.br/artigos/19512>. Acesso em: 21 de maio de 2017, às 23:51h.

ARAÚJO, ANTÓNIO. **Construção da justiça constitucional portuguesa: o nascimento do Tribunal Constitucional** - in *Revista Análise Social*, vol. xxx, 1995.

ARAÚJO, António de; COSTA, Joaquim Pedro Cardoso da. **III Conferência da Justiça Constitucional da Ibero-América, Portugal e Espanha (Guatemala, Novembro de 1999): Relatório Português**, in *Separata do Boletim do Ministério da Justiça*, n.º 493, Lisboa, 2000.

ARAÚJO, António de; COSTA, Joaquim Pedro Cardoso da; BRITO, Miguel Nogueira de. **As relações entre os tribunais constitucionais e as outras jurisdições nacionais, incluindo a interferência, nesta matéria, da ação das jurisdições europeias** (Relatório português à XII Conferência dos Tribunais Constitucionais Europeus – Bruxelas, maio de 2002), in *Revista da Ordem dos Advogados*, ano 62, Lisboa, dezembro, 2002.

ARAÚJO, João Carlos de. **Incidente de Uniformização de Jurisprudência – Comentários**. São Paulo: Editora LTR, 2002.

ASSIS, Araken de. **Manual dos Recursos**. 7ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.

AVBELJ, Matej; KOMAREK, Jan. **Constitutional Pluralism in the European Union and Beyond**. Oxford: Oxford University Press, 2012

BARRETO, Ireneu Cabral. **O Tribunal Europeu dos Direitos do Homem e o Tribunal/Juiz Nacional**, in *Jurisprudência do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem: casos nacionais*. Lisboa: Centro de Estudos Judiciários, 2013. Videogravação da comunicação disponível em [http://www.cej.mj.pt/cej/recursos/ebooks/Jurisprudencia/Jurisprudencia\\_Tribunal\\_Europeu\\_Direitos\\_Homem.pdf](http://www.cej.mj.pt/cej/recursos/ebooks/Jurisprudencia/Jurisprudencia_Tribunal_Europeu_Direitos_Homem.pdf), acesso em 11 de maio de 2017, às 17:42.

BARROSO, Luís Roberto. **O Controle de constitucionalidade no direito brasileiro: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência**. 6ª edição. São Paulo: Saraiva, 2012.

\_\_\_\_\_. **Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática**. Disponível em: [http://www.plataformademocratica.org/Publicacoes/12685\\_Cached.pdf](http://www.plataformademocratica.org/Publicacoes/12685_Cached.pdf). Acesso em 09 de março de 2016.

\_\_\_\_\_. **O Controle de constitucionalidade no direito brasileiro: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência**. 6ª edição. São Paulo: Saraiva, 2012.

BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de direito constitucional**. 22ª ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2010.

BINENBOJM, Gustavo. **A dimensão do amicus curiae no processo constitucional brasileiro: requisitos, poderes processuais e aplicabilidade no âmbito estadual**. Disponível em [http://www.coad.com.br/busca/detalhe\\_42/1139/Doutrina](http://www.coad.com.br/busca/detalhe_42/1139/Doutrina), acesso em 22 de maio de 2017, às 15:39h.

BITTENCOURT, Carlos Alberto Lucio. **O controle jurisdicional da constitucionalidade das leis**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1968

BOTELHO, Catarina Santos. **A tutela directa dos direitos fundamentais – Avanços e recuos na dinâmica garantística das justiças constitucional, administrativa e internacional**. Coimbra: Editora Almedina, 2010

BOMFIM, Edson Rocha. **Recurso Especial**. Belo Horizonte: Editora Del Rey, 1992.

BULOS, Uadi Lammêgo. **Curso de direito constitucional**. 7. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2012

BUZUID, Alfredo. **A crise do Supremo Tribunal Federal**, in *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*. Vol. 55, disponível em <http://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/view/66355>, acesso em 13 de fevereiro de 2017, às 02:08h

\_\_\_\_\_. **Da ação direta de inconstitucionalidade no direito brasileiro**. São Paulo: Editora Saraiva, 1958.

\_\_\_\_\_. **Nova Conceituação do recurso extraordinário na Constituição do Brasil**, in *Revista da Faculdade de Direito da Universidade do Paraná*. nº 11, 1968

CAMBI, Eduardo. **Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo: direitos fundamentais, políticas públicas e protagonismo judiciário**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011

CANAS, Vitalino. **Introdução às Decisões de Provimento do Tribunal Constitucional (Conteúdo, Objeto, Efeitos)**. 2.<sup>a</sup> ed. Lisboa: Associação Académica da Faculdade de Direito de Lisboa, 1994.

CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**, 7.<sup>a</sup> ed. (4.<sup>a</sup> reimpressão), Coimbra: Editora Almedina, 2003.

\_\_\_\_\_. **Fiscalização da Constitucionalidade e da Legalidade**, in *Dicionário Jurídico da Administração Pública*, vol. IV, 1991.

\_\_\_\_\_. **A concretização da Constituição pelo legislador e pelo Tribunal Constitucional**, in *Nos dez anos da Constituição*. Lisboa, 1986

\_\_\_\_\_. **Direito, direitos; Tribunal, tribunais, em Portugal - O Sistema Político e Constitucional**, org. por M. Baptista Coelho, 1989, Lisboa.

\_\_\_\_\_. **“Brançosos” e Interconstitucionalidade – Itinerários dos discursos sobre a historicidade constitucional**. Coimbra: Editora Almedina, 2006.

CANOTILHO, J. J. Gomes; MOREIRA, Vital. **Constituição da República Portuguesa Anotada**, vol. II, 4.<sup>a</sup> ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2010.

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

CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes Legisladores**. Porto Alegre: Editora Sergio Antonio Fabris, 1999.

\_\_\_\_\_. **O controle de constitucionalidade das leis no direito comparado**. Porto Alegre: Editora Fabris, 1999

CARVALHO JUNIOR, Adelardo Branco de. **Carta à revista Consulex**, in *Revista Consulex*, n.º 9. São Paulo: Editora Consulex, Setembro de 1997.

CASTRO, Bernardo de. **As sentenças intermédias na ordem constitucional nacional**. Coimbra: Editora Almedina, 2016.

CLÈVE, Clèmerson Merlin. **A fiscalização abstrata da constitucionalidade no direito brasileiro**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

CHABY, Estrela; COSTA, Joana Fernandes; RAPOSO, João António; RODRIGUES, João Pedro Silva; URBANO, Maria Benedita; e, Xavier, Francisco Cunha. **Omissão Legislativa na Jurisprudência Constitucional**, in *Anuário Português de Direito Constitucional*. Vol. VI – 2007/2008. Coimbra: Editora Coimbra, 2010

CITTADINO, Gisele. **Poder Judiciário, ativismo judiciário e democracia**. Disponível em: [https://publique.rdc.puc-rio.br/revistaalceu/media/alceu\\_n9\\_cittadino.pdf](https://publique.rdc.puc-rio.br/revistaalceu/media/alceu_n9_cittadino.pdf). Acesso em 03 de maio de 2017, às 03:18h.

CONTINENTINO, Marcelo Casseb. **História do Controle da Constitucionalidade das Leis no Brasil - percursos do pensamento constitucional no século XIX (1824-1891)**. São Paulo: Editora Almedina, 2015

CORREIA, Fernando Alves. **Justiça Constitucional**. Coimbra: Editora Almedina, 2016.

\_\_\_\_\_. **Relatório Geral I Conferência da Justiça Constitucional da Ibero América, Portugal e Espanha: os órgãos de fiscalização da constitucionalidade: funções, competências, organização e papel no sistema constitucional perante os demais poderes do Estado**, in *Separata do Boletim Documentação e Direito Comparado*, n.ºs 71/72, 1997.

CORTES, Osmar Mendes Paixão. **Recurso Extraordinário – Origem e Desenvolvimento no Direito**. São Paulo: Editora Forense, 2006.



COSTA, José Manuel M. Cardoso da. **Algumas reflexões em torno da justiça constitucional**, in *Perspetivas do Direito no início do século XXI*. Coimbra: Editora Studia Iuridica, 1999.

\_\_\_\_\_. **A Jurisdição Constitucional em Portugal**. 3.<sup>a</sup> ed. Coimbra: Editora Almedina, 2007.

CUNHA JÚNIOR, Dirley da. **Controle de constitucionalidade: teoria e prática**. 6.<sup>a</sup> ed. Salvador: Editora Juspodivm, 2012.

DALARI, Dalmo de Abreu. **Efeito vinculante: prós e contras**, in *Revista Consulex - especial sobre a Reforma do Judiciário*, nº 3, de 31/3/1997

DAVID, René. **Os grandes sistemas do direito contemporâneo**. 4.<sup>a</sup> ed. São Paulo: Martins Fontes, 2001.

DIDIER, Fredie. **Teoria do Processo e Teoria do Direito: o neoprocessualismo**. Disponível em: <http://www.academia.edu/>. Acessado em 22 de março de 2016.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de Direito Processual**. Vol. I. 5.<sup>a</sup> ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2004.

DINAMARCO, Candido Rangel. **A Instrumentalidade do Processo**. 8.<sup>o</sup> ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2000.

DINIZ, Antero Monteiro. **A fiscalização concreta de constitucionalidade como forma privilegiada de dinamização do direito constitucional - o sistema vigente e o ir e vir dialético entre o Tribunal Constitucional e os outros tribunais**, in *Legitimidade e Legitimação da Justiça Constitucional* (Colóquio no 10.<sup>o</sup> Aniversário do Tribunal Constitucional – Lisboa, 28 e 29 de maio de 1993). Coimbra: Coimbra Editora, 1995.

DINIZ, Maria Helena. **Dicionário jurídico**. Vol. I. 2.<sup>a</sup> ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2005.

DWORKIN, Ronald. **A Matter of Principle**. Cambridge: Harvard University Press, 1985.

FABBRINI, Federico. **Fundamental rights in Europe – Challenges and transformations in comparative perspective**. Oxford: Oxford University Press, 2014.

FAVOREU, Luis. **Modèle américain et modele européen de justice constitutionnelle**, in *Annuaire international de justice constitutionnelle*, IV. Aix-em-Provence: Presses Universitaires D'Aix-Marseille, 1988

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Do processo legislativo**. 5ª ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2002

FONSECA, Guilherme. **Fiscalização concreta da Constitucionalidade e da Legalidade: Breves noções**, in *Scientia Iuridica – Revista de Direito Comparado Português e Brasileiro*, Tomo XXXIII, 1984.

FREIRE JUNIOR, Américo Bedê. **O controle judicial de políticas públicas**. São Paulo: Revista os Tribunais, 2005.

GOUVEIA, Jorge Bacelar. **Manual de Direito Constitucional**. Vol. II. Coimbra: Editora Almedina, 2005.

GRINOVER, Ada Pellegrini; MANDES, Aluisio Gonçalves de Castro; WATANABE, Kazuo (coord.). **Direito Processual Coletivo e o anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007, p. 174.

HÄBERLE, Peter. **Hermenêutica Constitucional em Crise: A sociedade aberta dos intérpretes da Constituição**. Porto Alegre: Editora Fabris, 1997

HABERMAS, Jürgen. **Between Facts and Norms. Contributions to a Discourse Theory of Law and Democracy**. Cambridge: Massachusetts Institute of Technology Press, 1996.

HERKENHOFF, João Baptista. **Justiça, direito do povo**. 12ª ed. Rio de Janeiro: Editora Thex, 2000.

KELSEN, Hans. **Justiça Constitucional – A garantia Jurisdicional da Constituição**, in *Revista sub Judice*. Nº 20/21 – janeiro/junho, 2011. Coimbra: Editora Almedina, 2011.

\_\_\_\_\_. **Teoria pura do direito**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003.

\_\_\_\_\_. **A Garantia Jurisdicional da Constituição (A Justiça Constitucional)**.

Disponível em [http://dspace.idp.edu.br:8080/xmlui/bitstream/handle/123456789/443/Direito%20Publico%20n12003\\_Hans%20Kelsen.pdf?sequence=1](http://dspace.idp.edu.br:8080/xmlui/bitstream/handle/123456789/443/Direito%20Publico%20n12003_Hans%20Kelsen.pdf?sequence=1). Acesso em 06 de dezembro de 2016, às 17:23h.

LEAL, Saul Tourinho. **Controle de constitucionalidade moderno**. 2ª ed. Niterói: Editora Impetus, 2012

LENZA, Pedro. **Curso de Direito Constitucional Esquematizado**. 8ª ed. São Paulo: Editora Método, 2005.

MACHADO, Joana de Souza. **Ativismo Judicial no Supremo Tribunal Federal**. Rio de Janeiro: Editora da Faculdade de Direito da Pontifícia Universidade Católica, 2008.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Recurso Extraordinário de Recurso Especial**. 7ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001.

MÂNICA, Fernando Borges. **Teoria da Reserva do Possível: Direitos Fundamentais a Prestações e a Intervenção do Poder Judiciário na Implementação de Políticas Públicas**. Disponível em: [http://advcom.com.br/artigos/pdf/artigo\\_reserva\\_do\\_possivel\\_com\\_referencia\\_.pdf](http://advcom.com.br/artigos/pdf/artigo_reserva_do_possivel_com_referencia_.pdf). Acessado dia 06 de fevereiro de 2016, às 02:39h.

MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Repercussão geral no recurso extraordinário**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007

MARINONI, Luiz Guilherme. **Manual do processo de conhecimento**. 5ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006, p.518.

MARQUES, António Rocha. **O Tribunal Constitucional e os outros tribunais: a execução das decisões do Tribunal Constitucional**, in *Estudos sobre a jurisprudência do Tribunal Constitucional*, Aequitas Editorial Notícias, Lisboa, 1993.

MARTINS, Licínio Lopes. **O conceito de norma na jurisprudência do Tribunal Constitucional**, in *Boletim da Faculdade de Direito*, vol. LXXV, Coimbra, 1999.

\_\_\_\_\_. **Curso de Direito Constitucional da União Europeia**. Coimbra: Editora Almedina, 2004.

MARTINS, Ana Maria Guerra. **Tribunais Constitucionais, Tribunais Europeus e Direitos Fundamentais – Do monólogo cauteloso ao diálogo construtivo**, in *Estudos em homenagem ao conselheiro presidente Rui Moura Ramos*. Vol. I. Coimbra: Editora Almedina, 2016.

\_\_\_\_\_. **A natureza jurídica da revisão do Tratado da União Europeia.** Lisboa: Editora Lex Tema, 2000.

MARTINS, Ana Maria Guerra e ROQUE, Miguel Prata. **Judicial Dialogue in a Multilevel Constitutional Network – the Role of the Portuguese Constitutional Court,** in *Courts and Comparative Law.* Oxford: Oxford University Press, 2015.

MARTINS, Marianne Rios. **Os limites de atuação do poder judiciário como legislador positivo para efetivar direitos humanos de 2ª dimensão.** Disponível em: [http://www.conpedi.org.br/\\_\\_\\_\\_manaus/arquivos/anais/\\_\\_\\_\\_manaus/direito\\_humano\\_td\\_marianne\\_rios\\_martins.pdf](http://www.conpedi.org.br/____manaus/arquivos/anais/____manaus/direito_humano_td_marianne_rios_martins.pdf). Acessado dia 07 de março de 2016, às 17:42h.

MAZZILLI, Hugo Nigro. **A defesa dos interesses difusos em juízo.** 24ª ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2011, p. 134.

MCCLOSKEY, Robert Green. **The American Supreme Court.** 2ªed Chicago: The University of Chicago Press, 1994.

MEDEIROS, Rui. **A decisão de inconstitucionalidade: os autores, o conteúdo e os efeitos da decisão de inconstitucionalidade da lei.** Lisboa: Universidade Católica Editora, 1999.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional.** 9ª ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2014

MENDES, Gilmar Ferreira. **Curso de Direito Constitucional.** Brasília: Editora Saraiva, 2008.

\_\_\_\_\_. **O papel do Senado no controle de constitucionalidade: um caso clássico de mutação constitucional,** in *Revista de informação legislativa.* Brasília: Edições Técnicas do Senado Federal, 2004

Mendes, Leonardo Castanho. **Recursos Excepcionais,** in *Revista de Processo.* Vol. 27, nº 108. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

MEDINA, José Miguel Garcia. **O prequestionamento nos recursos extraordinário e especial.** 6ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002

MIRANDA, Jorge. **Contributo para uma teoria da inconstitucionalidade.** Reimpressão da 1.ª ed. de 1968. Coimbra: Coimbra Editora, 2007.

\_\_\_\_\_. **Manual de Direito Constitucional**, Tomo VI (Inconstitucionalidade e garantia da Constituição), 4.<sup>a</sup> ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2013.

\_\_\_\_\_. **Nos dez anos de funcionamento do Tribunal Constitucional**, in *Legitimidade e Legitimação da Justiça Constitucional* (Colóquio no 10.º Aniversário do Tribunal Constitucional – Lisboa, 28 e 29 de Maio de 1993), Coimbra, 1995.

MIRANDA, Jorge; MEDEIROS, Rui. **Constituição Portuguesa Anotada**, Tomo III (Organização do poder político; Garantia e revisão da Constituição; Disposições finais e transitórias). Coimbra: Coimbra Editora, 2007.

MONTENEGRO FILHO, Misael. **Curso de direito processual civil: teoria geral dos recursos, recursos em espécie e processo de execução**. 4.<sup>a</sup> ed. São Paulo: Editora Atlas, 2007.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 17.<sup>a</sup> ed. São Paulo: Editora Atlas, 2005

MORAIS, Carlos Blanco de. **Justiça Constitucional**, Tomo I (Garantia da Constituição e controlo da constitucionalidade), 2.<sup>a</sup> ed., Coimbra: Coimbra Editora, 2006.

\_\_\_\_\_. **Justiça Constitucional**, Tomo II (O direito do contencioso constitucional), 2.<sup>a</sup> ed., Coimbra: Coimbra Editora, 2011.

\_\_\_\_\_. **O controlo de inconstitucionalidade por omissão no ordenamento brasileiro e a tutela dos direitos sociais**, in *Revista de Direito Constitucional e Internacional*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, ano 20, n.º 78, janeiro- março, 2012.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. **Comentários ao código de processo civil**. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2006.

\_\_\_\_\_. **O novo processo civil brasileiro**. 25.<sup>a</sup> ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2007

MOREIRA, Vital. **A fiscalização concreta no quadro do sistema misto de justiça constitucional**, in *Boletim da Faculdade de Direito*, Volume Comemorativo do 75.º Tomo, Coimbra, 2003.

\_\_\_\_\_. **O Tribunal Constitucional Português: a “Fiscalização Concreta” no Quadro de um Sistema Misto de Justiça Constitucional**, in *Revista Sub Judice*, n.º20/21, jan./jun. 2001.

MORO, Sergio Fernando. **Por uma revisão da teoria da aplicabilidade das normas constitucionais**, in *Revista de Direito Constitucional e Internacional*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, n.37. Out-dez/2001.

\_\_\_\_\_. **Jurisdição constitucional como Democracia**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004

NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. **Código de Processo Civil Comentado e legislação extravagante**. 7ª. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003

NERY JUNIOR, Nelson. **Princípios do processo civil na Constituição Federal**. 8ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004

\_\_\_\_\_. **Princípios do processo na Constituição Federal: processo civil, penal e administrativo**. 9ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009

\_\_\_\_\_. **Princípios fundamentais: teoria geral dos recursos**. 5ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004.

NOVAIS, Jorge Reis. **Direitos fundamentais e Justiça Constitucional em Estado de Direito Democrático**. Coimbra: Editora Coimbra, 2012.

OLIVEIRA, Eduardo Andrade Ribeiro de. **Prequestionamento**. Disponível em <http://www.e-jus.gov.br>, acesso em 17 de janeiro de 2017, às 10:59H.

PERNICE, Ingolf. **Multilevel Constitutionalism and the Crisis of Democracy in Europe**. Oxford: Oxford University Press, 2015.

PINTO, Nelson Luiz. **Recurso Especial para o STJ**. São Paulo: Editora Malheiros, 1996.

\_\_\_\_\_. **Manual dos Recursos Cíveis**. São Paulo: Editora Malheiros, 2003.

PIZARRO, Patrícia Ulson. **O Direito Social e o Direito Público Subjetivo à Saúde- O desafio de compreender um direito com duas faces**, in *Revista de Direito Sanitário da*

*Universidade de São Paulo.* Disponível em <http://www.revistas.usp.br/rdisan/article/view/13119>, acesso em 29 de abril de 2017, às 20:24h

POLETTI, Ronaldo Rebello de Britto. **Controle de constitucionalidade das leis.** 2.ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2001

PORTANOVA, Rui. **Princípios do processo civil.** 6ª ed. Porto Alegre: Editora Livraria do Advogado, 2005

RAMOS, Elival da Silva. **Ativismo Judicial – Parâmetros Dogmáticos.** 2ª Ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2015.

REGO, Carlos Lopes. **Os Recursos de Fiscalização Concreta na Lei e na Jurisprudência do Tribunal Constitucional.** Coimbra: Editora Almedina, 2010.

REALE, Miguel. **Lições Preliminares de Direito.** 27ª ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2003.

RODRIGUES, Maria Stella. **Recursos da Nova Constituição.** São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1990.

ROLO, Nuno. **A fiscalização concreta em Portugal e o controlo difuso da constitucionalidade em Direito Comparado: o sistema americano e o(s) sistema(s) europeu(s),** in *Galileu. Revista de Economia e Direito*, vol. III, n.º 1, 1998 e vol. IV, n.º 1, 1999.

SAAD, Eduardo Gabriel. **Comentários ao Código de Defesa do Consumidor.** São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1998.

SALDANHA, Nelson. **Formação da teoria constitucional.** Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

SANTOS, Mocyrr Amaral. **Primeiras linhas de direito processual civil.** 21ª ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2003

SARAIVA, José. **Recurso Especial e o STJ.** São Paulo: Editora Saraiva, 2002

SARMENTO, Daniel. **O neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades.** Disponível em: <http://www.danielsarmento.com.br/wp-content/uploads/2012/09/O-Neoconstitucionalismo-no-Brasil.pdf>. Acesso em 03 de fevereiro de 2016

SILVA, José Afonso da. **Do Recurso Extraordinário no Direito Processual Brasileiro**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1963.

\_\_\_\_\_. **O Controle de Constitucionalidade das Leis no Brasil**, in *La jurisdicción constitucional en Iberoamerica*. Madrid: Editora Dykinson, 1997.

SILVA, Suzana Tavares da. **Direitos Fundamentais na Arena Global**. 2ª ed. Coimbra: Imprensa da Universidade de Coimbra, 2014.

SILVA NETO, Manoel Jorge. **Curso de direito constitucional**. 4ª ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2009.

SLAGSTAD, Rune. **The Breakthrough of Judicial Review in the Norwegian System**, in *Constitutional Justice Under Old Constitutions*. London: Kluwer Law International, 1995.

SLAIBI FILHO, Nagib. **Breve História do Controle de Constitucionalidade**. Disponível em: [http://www.tjrj.jus.br/c/document\\_library/get\\_file?uuid=ea10bf6f-babb-4f4e-8695-704a09b786e3&groupId=10136](http://www.tjrj.jus.br/c/document_library/get_file?uuid=ea10bf6f-babb-4f4e-8695-704a09b786e3&groupId=10136), acesso em 10 de dezembro de 2016, às 17:07h.

SOUSA, Miguel Teixeira de. **Legitimidade e interesse no recurso de fiscalização concreta da constitucionalidade**, in *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Armando M. Marques Guedes*. Coimbra: Coimbra Editora, 2004.

\_\_\_\_\_. **Prejudicialidade e limites objectivos do caso julgado**, in *Revista de Direito e Estudos Sociais*, ano XXIV, nº 4, outubro-dezembro de 1977. Coimbra: Editora Almedina, 1977.

STRECK, Lênio Luiz. **Jurisdição Constitucional e Hermenêutica: Uma nova crítica do Direito**. 2ª. ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2004

\_\_\_\_\_. **Súmulas no Direito Brasileiro: Eficácia, Poder e Função**. Porto Alegre: Editora Livraria do Advogado, 1998, p. 43.

TASSINARI, Clarissa. **Jurisdição e Ativismo judicial. Limites da atuação do Judiciário**. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2013

TATE, Chester Neal; VALLINDER, Torbjörn. **The global expansion of Judicial Power: the judicialization of politics**, in *The global expansion of Judicial Power*. New York: New York University Press, 1995.



TAVARES, André Ramos. **Aspectos atuais do controle de constitucionalidade no Brasil: recurso extraordinário e arguição de descumprimento de preceito fundamental**. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2003.

TELES, Miguel Galvão. **A concentração da competência para o conhecimento jurisdicional da inconstitucionalidade das leis**, in *O Direito: Revista de Ciências Jurídicas e Administração Pública*, ano 103.º, 1971.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de Direito Processual Civil**. 38ª ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2002.

TRIBE, Laurence H. **American Constitutional Law**. Vol. I. New York: Foundation Press, 2000.

URBANO, Maria Benedita. **Curso de Justiça Constitucional: Evolução Histórica e Modelos de Controlo de Constitucionalidade**. 2ª ed. Coimbra: Editora Almedina, 2016.

\_\_\_\_\_. **Politics and the Judiciary: A Naïve Step Towards the End of Judicial Policy-Making**, in *Judicial Activism. An Interdisciplinary Approach to the American and European Experiences*. (ed. Luís Pereira Coutinho, Massimo La torre, Steven D. Smith). New York, Dordrecht, London: Springer International Publishing, 2015.

WALD, Arnoldo. **Aspectos Polêmicos da Ação Civil Pública**. 2ª ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2007.

WALDRON, Jeremy. **Law and Disagreement**. New York: Editora Oxford, 2004.

\_\_\_\_\_. **The core of the case against Judicial Review**, in *The Yale Law Journal*, nº 1346 - 2006, pp. 1348- 1406. Disponível em <http://www.yalelawjournal.org/search?q=The+core+of+the+case+against+Judicial+Review>, acesso em 28 de abril de 2017, às 21:31h.

WAMBIER, Luiz, Rodrigues. **Curso avançado de processo civil**. Vol. I. 9ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. **Controle das decisões judiciais por meio de recurso de estrito direito e de ação decisória**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1997

WEILER, J. H. H. **The worlds of European Constitucionalism**. Cambridge: Cambridge University Press, 2012.

ZAVASCKI, Teori. **Eficácia das sentenças na jurisdição constitucional**. 4ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017

## **LEGISLAÇÃO CONSULTADA**

Código Civil Português (Decreto-Lei n.º 47344/66).

Código Civil Brasileiro (Lei n.º 10.406/02).

Código de Processo Civil Português (Lei n.º 41/2013).

Código de Processo Civil Brasileiro (Lei n.º 13.105/05).

Código de Processo nos Tribunais Administrativos (Lei n.º 15/2002).

Constituição Política do Império do Brasil, de 25 de março de 1824. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao24.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao24.htm).

Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil, de 24 de fevereiro de 1891, disponível em <https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/1375>.

Constituição da República Federativa do Brasil, de 5 de outubro de 1988, disponível em [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm).

Constituição Política da República Portuguesa, de 21 de agosto de 1911, disponível em <http://purl.pt/6925>.

Constituição Política da República Portuguesa, de 22 de fevereiro de 1933, disponível em <https://dre.pt/application/file/210931>.

Constituição da República Portuguesa, de 2 de abril 1976.

Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789, disponível em <http://www.assemblee-nationale.fr/connaissance/constitution.asp#declaration>.

Decreto n.º 848, de 11 de outubro de 1890, disponível em <http://www4.planalto.gov.br/legislacao>.

Lei Constitucional n.º 1/82, disponível em [www.dre.pt](http://www.dre.pt).

Lei Orgânica do Tribunal Constitucional (Lei n.º 28/82).

Lei n.º 221, disponível em <http://www4.planalto.gov.br/legislacao>.

Lei n.º 1963, disponível em [www.dre.pt](http://www.dre.pt).

Lei n.º 3/71, disponível em [www.dre.pt](http://www.dre.pt).

Lei n.º 3/74, disponível em [www.dre.pt](http://www.dre.pt).

Lei n.º 67/07, disponível em [www.dre.pt](http://www.dre.pt).

Lei n.º 29/2013, disponível em [www.dre.pt](http://www.dre.pt).

Lei n.º 7.347/85, disponível em [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L7347orig.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L7347orig.htm).

The Constitution of the United States, disponível em [http://www.archives.gov/exhibits/charters/constitution\\_transcript.html](http://www.archives.gov/exhibits/charters/constitution_transcript.html)

15<sup>a</sup> Emenda à Constituição dos Estados Unidos, disponível em <https://www.archives.gov/founding-docs/amendments-11-27>.

## JURISPRUDÊNCIA

### Acórdãos do Supremo Tribunal Federal

(Disponíveis em <http://www.stf.jus.br>)

- Representação nº 933, de 11/12/75;
- RE 117.805, de 27/08/93;
- MI nº 460-9, de 16/06/94;
- RE nº 179.170, de 30/10/98;
- ADPF nº1, de 15/02/00;
- RE nº 197.917, de 24/03/04
- MS nº 24.667; de 23/04/04;
- RE nº 294.267, de 04/03/05;
- RE nº 410.715-5, de 22/11/05;
- HC nº 82.959-7, de 23/02/06;
- MI nº 708, de 31/10/08;
- MI nº 828, de 15/04/09;
- MI nº 850, de 15/04/09;
- MI nº 857, de 15/04/09;
- MI nº 879, de 15/04/09;
- MI nº 905, de 15/04/09;
- MI nº 927, de 15/04/09;
- MI nº 938, de 15/04/09;
- MI nº 962, de 15/04/09;
- MI nº 998, de 15/04/09;
- MI 841/DF, de 22/05/09;
- ED no ARE nº 582.415, de 08/10/09;
- RE nº 511.961 SP, de 12/11/09;
- ARE nº 505.058, de 09/09/10;
- HC nº 104.907, de 19/05/11;
- RE nº 639.337, de 23/08/11;
- ADIN nº 4277, de 14/10/11;
- ADPF nº 132, de 14/10/11;
- ARE nº 705.958, de 04/12/12;
- ED no RE nº 647.302, de 15/10/13;
- ED no RE nº 251.093, de 26/02/14;
- ARE 792.562, de 18/03/14;
- Reclamação nº 4335-4, de 20/03/14
- ARE nº732283, de 28/05/14;
- ARE nº 562283, de 05/12/14;
- ED na Reclamação nº 1.898 DF, de 10/06/14;
- ARE nº 726283, de 26/08/14;
- MS nº 33.311, de 13/11/14;
- Adin nº 5081, de 27/05/15;
- Agravo Regimental no AI nº863.622, de 23/02/16;
- RE nº 915.335, de 01/03/2016;
- MS nº 34.530, de 19/12/2016;
- ARE nº 1.041.864, de 02/06/2017.

## Acórdãos do Tribunal Constitucional

(Disponíveis em <http://www.tribunalconstitucional.pt>)

- Acórdão n.º 2/82;
- Acórdão n.º 3/83;
- Acórdão n.º 8/83;
- Acórdão n.º 39/84;
- Acórdão n.º 128/84;
- Acórdão n.º 26/85;
- Acórdão n.º 44/85;
- Acórdão n.º 151/85;
- Acórdão n.º 39/86;
- Acórdão n.º 80/86;
- Acórdão n.º 92/86;
- Acórdão n.º 150/86;
- Acórdão n.º 211/86;
- Acórdão n.º 238/86;
- Acórdão n.º 29/87;
- Acórdão n.º 69/87;
- Acórdão n.º 75/87;
- Acórdão n.º 190/87;
- Acórdão n.º 388/87;
- Acórdão n.º 127/88;
- Acórdão n.º 199/88;
- Acórdão n.º 276/89;
- Acórdão n.º 472/89;
- Acórdão n.º 479/89;
- Acórdão n.º 481/89;
- Acórdão n.º 491/89;
- Acórdão n.º 36/90;
- Acórdão n.º 76/90;
- Acórdão n.º 163/90;
- Acórdão n.º 207/91;
- Acórdão n.º 235/91;
- Acórdão n.º 234/91;
- Acórdão n.º 267/91;
- Acórdão n.º 294/91;
- Acórdão n.º 345/91;
- Acórdão n.º 351/91;
- Acórdão n.º 141/92;
- Acórdão n.º 169/92;
- Acórdão n.º 255/92;
- Acórdão n.º 172/93;
- Acórdão n.º 209/93;
- Acórdão n.º 355/93;
- Acórdão n.º 392/93;
- Acórdão n.º 195/94;
- Acórdão n.º 214/94;
- Acórdão n.º 309/94;
- Acórdão n.º 367/94;
- Acórdão n.º 489/94;
- Acórdão n.º 636/94;
- Acórdão n.º 60/95;
- Acórdão n.º 171/95;
- Acórdão n.º 178/95;
- Acórdão n.º 222/95;
- Acórdão n.º 569/95;
- Acórdão n.º 638/95;
- Acórdão n.º 730/95;
- Acórdão n.º 595/96;
- Acórdão n.º 604/96;
- Acórdão n.º 1187/96;
- Acórdão n.º 250/97;
- Acórdão n.º 368/97;
- Acórdão n.º 386/97;
- Acórdão n.º 400/97;
- Acórdão n.º 449/97;
- Acórdão n.º 664/97;
- Acórdão n.º 24/98;

- Acórdão nº 200/98;
- Acórdão nº 229/98;
- Acórdão nº 242/98;
- Acórdão nº 637/98;
- Acórdão nº 284/99;
- Acórdão nº 658/99;
- Acórdão nº 667/99;
- Acórdão nº 53/00;
- Acórdão nº 240/00;
- Acórdão nº 278/00;
- Acórdão nº 442/00;
- Acórdão nº 446/00;
- Acórdão nº 492/00;
- Acórdão nº 235/01;
- Acórdão nº 474/02;
- Acórdão nº 10/03;
- Acórdão nº 92/03;
- Acórdão nº 103/03;
- Acórdão nº 113/03;
- Acórdão nº 139/03;
- Acórdão nº 580/04;
- Acórdão nº 717/04;
- Acórdão nº 225/05;
- Acórdão nº 283/06;
- Acórdão nº 165/07;
- Acórdão nº 181/07;
- Acórdão nº 273/07;
- Acórdão nº 409/07;
- Acórdão nº 457/07;
- Acórdão nº 174/08;
- Acórdão nº 235/08;
- Acórdão nº 121/10;
- Acórdão nº 549/11;
- Acórdão nº 227/12;
- Acórdão nº 391/12;
- Acórdão nº 427/12;
- Acórdão nº 296/15;
- Acórdão nº 403/15;
- Acórdão nº 569/16;
- Acórdão nº 176/17.

### **Acórdãos da Suprema Corte dos Estados Unidos**

(Disponíveis em <https://www.supremecourt.gov/>)

*Marbury v. Madison*, 5 U.S. 137 (1803);

*Martin v. Hunter's Lessee*, 14 U.S. 304 (1816);

*Cohen v. Virginia*, 19 U.S. 264 (1821);

*South Carolina v. Katzenbach*, 383 U.S. 301 (1966);

*United States v. Nixon*, 418 U.S. 683 (1974).

## **Acórdãos do Tribunal de Justiça da União Europeia**

(Disponíveis em <https://curia.europa.eu>)

- Roquetes Freres, de 22/10/2002;
- Volkerund Markus, de 09/11/2010;
- Digital Rights Ireland Ltd., de 08/04/2014.

### **Outros**

- Apelação Cível nº140.306-4 SP, julgada pelo Tribunal Regional Federal da 3ª Região, disponível em <http://www.trf3.jus.br/>.
- Pareceres do Senado Federal nºs 154/71, 261/71 e 282/71, disponíveis em <http://www12.senado.leg.br/hpsenado>.