



FACULDADE DE DIREITO
UNIVERSIDADE D
COIMBRA

Giuliana de Moraes

**CONTROLE DIFUSO DE
CONSTITUCIONALIDADE:
UMA ANÁLISE COMPARATIVA ENTRE OS
ORDENAMENTOS JURÍDICOS PORTUGUÊS E
BRASILEIRO**

VOLUME 1

Dissertação no âmbito do do 2.º Ciclo de Estudos em Direito (conducente ao grau de Mestre), na Área de Especialização em Constitucional orientada pelo Professor Doutor Pedro Costa Gonçalves apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra.

Maio de 2023

Giuliana de Moraes
(texto em português do Brasil)



FACULDADE DE DIREITO
UNIVERSIDADE DE
COIMBRA

**CONTROLE DIFUSO DE CONSTITUCIONALIDADE: UMA ANÁLISE
COMPARATIVA ENTRE OS ORDENAMENTOS JURÍDICOS PORTUGUÊS
E BRASILEIRO**

**Diffuse Control of Constitutionality: a comparative analysis between Portuguese
and Brazilian legal system**

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 Constitucional.

Orientador: Pedro Costa Gonçalves

**COIMBRA
2023**

AGRADECIMENTOS

Gostaria de agradecer e dedicar esta dissertação à minha família, em especial meus pais Alexandre e Viviane, pelo suporte e incentivo de sempre, aos meus irmãos Gabriela e Alexandre, pela encorajamento e companheirismo e às minhas avós Glaucia e Maria José pelo ânimo e ensinamentos de vida.

Aos meus amigos, pela torcida durante esta jornada e compreensão de minha ausência e aos meus colegas de trabalho pela paciência.

Ao meu orientador Professor Pedro Costa Gonçalves, pela disponibilidade e ajuda a realizar minha dissertação e ao Vice-Reitor João Nuno Calvão pelo apoio e gentileza de me apresentar a história da nossa faculdade de Direito de Coimbra.

E a todos que direta ou indiretamente fizeram parte da minha formação, o meu eterno obrigado.

RESUMO

O Controle difuso de constitucionalidade é um tema relevante tanto no Brasil como em Portugal, tendo em vista que os tribunais possuem acesso direto à interpretação da Constituição da República devendo recusar a aplicação das normas que julguem inconstitucionais. Contudo, os tribunais ordinários possuem uma competência vinculada, sendo que estes tribunais somente podem decidir as questões de constitucionalidade que tenham por objeto as normas jurídicas que forem aplicáveis ao caso concreto submetido a julgamento. No Brasil, basicamente, são dois os dispositivos constitucionais que fundamentam o controle difuso ou incidental da constitucionalidade no sistema jurídico brasileiro: a) art. 5º, XXXV, da Constituição Federal Brasileira, que consagra o denominado princípio da inafastabilidade das decisões judiciais; e, b) o art. 97º da Constituição Federal Brasileira, que consagra e exige a observância pelos tribunais, para o controle difuso, da cláusula constitucional de reserva de plenário, ou seja, que somente pela maioria absoluta de seus membros ou de seu órgão especial, o tribunal possa declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do poder público. Em Portugal, a previsão do controle difuso está, basicamente, nos artigos 204º e 280º, da Constituição da República portuguesa. Por isso, importante o estudo do direito comparado do controle concreto de constitucionalidade entre Brasil e Portugal, suas semelhanças e diferenças, bem como a influência de um ordenamento jurídico no outro.

Palavras-chaves: direito constitucional; direito comparado; controle de constitucionalidade; controle difuso de constitucionalidade; fiscalização concreta; ordenamento jurídico constitucional brasileiro; ordenamento jurídico constitucional português.

ABSTRACT

The Diffuse Control is a relevant theme in Brazil and Portugal whereas the courts have direct access to the interpretation of the Constitution of the Republic and must refuse to apply the regulations that they consider unconstitutional. However, the ordinary courts have a related jurisdiction, and these courts can only decide questions of constitutionality which have as their object the legal norms that are applicable to the concrete case submitted to judgment. Basically, in Brazil, there are two constitutional devices that support the diffuse or incidental control of constitutionality in the Brazilian legal system: a) Article 5, XXXV, of the Brazilian Federal Constitution, which enshrines the so-called principle of irremovability of judicial decisions; and, b) Article 97 of the Brazilian Federal Constitution, which enshrines and requires the observance by the courts, for the diffuse control of the constitutional clause of plenary reserve, which means that only by the absolute majority of its members or of its special organ, the court can declare the unconstitutionality law or normative act of the public power. In Portugal, the provision of diffuse control is basically in articles 204 and 280 of the Constitution of the Portuguese Republic. Therefore, it is important to study the comparative law of the concrete control of constitutionality between Brazil and Portugal, their similarities and differences, as well as the influence of one legal system on the other.

Keywords: Constitucional law; comparative law; control of constitutionality; Constitucionality of diffuse controlo; constitucionalidade of concrete provisions; brazilian constitucional legal system; portuguese constitucional legal system.

LISTA DE SIGLAS E ABREVIATURAS

AC – Acórdão

ADC – Ação declaratória de constitucionalidade

ADI – Ação direta de inconstitucionalidade

ADO – Ação direta de inconstitucionalidade por omissão

ADPF – Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental

Art. – artigo

CF – Constituição Federal brasileira

CRP – Constituição da República Portuguesa.

DJE – Diário da Justiça Eletrônico

EC – Emenda Constitucional

LOTIC – Lei de Organização, Funcionamento e Processo do Tribunal Constitucional

LTC – Lei Orgânica do Tribunal Constitucional

Proc. – Processo

Sec. – Secção

SS - Seguintes

STF – Supremo Tribunal Federal

TC – Tribunal Constitucional

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	8
1. EVOLUÇÃO DO DIREITO CONSTITUCIONAL.....	10
1.1 Constitucionalismo Antigo	10
1.2 Constitucionalismo Moderno e Jurisdição Constitucional.....	11
2. OS SISTEMAS DE CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE NO BRASIL E EM PORTUGAL.....	23
2.1 Controle Preventivo	23
2.2 Controle Difuso	30
2.3 Controle Concentrado	36
3. CONTROLE JUDICIAL DIFUSO NO BRASIL.....	44
3.1 Surgimento e evolução	44
3.2 Disposições principais.....	45
3.2.1 Controle difuso e o Senado Federal.....	51
3.2.2 Interpretação conforme a Constituição e declaração parcial de nulidade de redução de texto 53	
3.2.3 Eficácia temporal das decisões de inconstitucionalidade.....	55
3.3 Controle difuso e ampliação dos efeitos: Súmulas Vinculantes e Repercussão Geral	57
4. CONTROLE JUDICIAL DIFUSO EM PORTUGAL	70
4.1 Surgimento e evolução	70
4.2 Disposições principais.....	72
4.2.1 Admissibilidade de recurso autônomo para o Tribunal Constitucional	84
4.2.2 Transformação da fiscalização concreta em abstrata.....	87
4.2.3 Decisões interpretativas do Tribunal Constitucional.....	90
4.2.4 Eficácia da decisão do Tribunal Constitucional no caso concreto	94
4.3 Controle difuso e ampliação dos efeitos	96
5. DIREITO COMPARADO: ANÁLISE DOS CONTROLES JUDICIAIS DIFUSOS BRASILEIRO E PORTUGUÊS	101
5.1 A natureza jurídica e a questão prejudicial do controle concreto de constitucionalidade ..	101
5.2 Principais similitudes	106
5.3 Distinções importantes.....	110
6. CONCLUSÕES	115

BIBLIOGRAFIA.....	117
JURISPRUDÊNCIA	124

INTRODUÇÃO

A presente dissertação procura analisar os traços fundamentais do controle difuso de constitucionalidade no ordenamento português e brasileiro. Trata-se de uma comparação entre os sistemas jurisdicionais de ambos os países, começando por um breve estudo sobre a evolução do constitucionalismo. O objetivo do presente trabalho é refletir sobre a jurisdição constitucional, analisando-se criticamente, a fim de se ter um melhor entendimento sobre tal controle de constitucionalismo tanto em Portugal quanto no Brasil.

Destaca-se que o método jurídico comparativo não consiste na simples descrição das legislações vigentes em países diversos. Muito menos se esgota em reunir essas legislações em sistema ou tipos, de acordo com afinidades exteriores que elas apresentam. A comparação em direito só efetiva de modo pleno o seu objetivo quando revela as razões das semelhanças e causa das diferenças percebidas nos sistemas dos países comparados.¹

De maneira que, no desenvolvimento do trabalho, serão verificados também os tipos de controle, brevemente existentes em ambos os países, isto é, o controle preventivo, controle difuso e o controle concentrado, sendo analisada cada ação que compõe o controle concentrado brasileiro, ou seja, a ação direta de inconstitucionalidade genérica, inconstitucionalidade por omissão, ação declaratória de constitucionalidade, ação direta de inconstitucionalidade interventiva e arguição de descumprimento de preceito fundamental. O ordenamento constitucional jurídico português, abrange no âmbito da inconstitucionalidade por ação, a fiscalização abstrata da constitucionalidade e há também a inconstitucionalidade por omissão.

Considerando que sempre esteve presente na Sociedade a existência de um conjunto de normas fundamentais nos diferentes ordenamentos jurídicos, a ideia moderna de constitucionalismo, com noção de supremacia das normas constitucionais sobre os demais ramos do direito, torna imprescindível distinguir as características básicas do constitucionalismo antigo e moderno, para assim delimitar o alcance da Justiça Constitucional.²

Será trazido, por meio de análises nas jurisprudências das Cortes Superiores e principais doutrinadores brasileiros e portugueses, um estudo a respeito do controle difuso de constitucionalidade, no âmbito do ordenamento brasileiro, a respeito de seu surgimento e evolução,

¹ COELHO, José Gabriel Pinto. As Garantias Jurisdicionais dos Administrados no direito comparado de Portugal e do Brasil. Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. Vol. XVII, 1964. p. 95.

² MORAES, Alexandre. Jurisdição Constitucional e Tribunais Constitucionais. 3. ed. São Paulo. Editora Atlas. 2013. p. 12.

bem como investigadas suas disposições principais como a sua caracterização no ordenamento jurídico constitucional brasileiro, a legitimação para provocar o controle difuso incidental da constitucionalidade, o papel do Supremo Tribunal Federal, a importante cláusula de reserva de plenário, que preserva a segurança jurídica; será estudado, também, o controle difuso e a sua relação com o Senado Federal; a interpretação do texto da lei conforme a Constituição e a declaração parcial de nulidade de redução do texto; a análise da eficácia temporal das decisões de inconstitucionalidade e principalmente, com foco na ampliação dos efeitos das decisões de inconstitucionalidade proferidas incidentalmente nos casos concreto para todo o sistema jurídico, por meio das Súmulas Vinculantes e Repercussão Geral.

Após, da mesma forma, será apresentado um estudo sobre a fiscalização concreta de constitucionalidade em Portugal, entendendo seu surgimento e evolução, levantando as suas disposições principais, como sua estruturação perante o ordenamento jurídico constitucional português, o recurso de constitucionalidade, a legitimidade para interpor o recurso da decisão proferida; a análise de recurso autônomo para o Tribunal Constitucional; a transformação da fiscalização concreta em abstrata; a eficácia da decisão do Tribunal no caso concreto e a ampliação dos seus efeitos.

Pretende-se explorar e entender melhor a natureza jurídica da fiscalização concreta na sua relação com o processo principal e compreender a questão de constitucionalidade como um incidente de natureza prejudicial. Ademais, serão trazidas as principais similitudes e distinções importantes entre os controles judiciais difusos brasileiro e português.

Ao final do trabalho visa-se entender a necessidade e a importância do controle difuso de constitucionalidade em ambos os países e entender a existência de uma relação entre eles.

1. EVOLUÇÃO DO DIREITO CONSTITUCIONAL

1.1 Constitucionalismo Antigo

A história indica a contínua presença, nos distintos ordenamentos jurídicos, da existência de um corpo de normas fundamentais superior aos demais atos normativos e possuindo como finalidade o controle e a contenção dos abusos de poder do próprio Estado e de suas autoridades constituídas e a validação dos princípios básicos da igualdade e da legalidade como regentes do Estado.³

O constitucionalismo antigo engloba o período entre a antiguidade clássica e o final do século XVII. No constitucionalismo antigo havia somente constituições consuetudinárias, com fulcro nos costumes e precedentes judiciais.

Sendo que na Idade Média, a ideia de constitucionalismo se deu de maneira mais evidente, a noção de limitação do poder estatal e proteção do indivíduo da atuação arbitrária das autoridades públicas.⁴

No decorrer desta época, não obstante a organização feudal e a rígida separação de classes, com as relações de subordinação entre suserano e os vassalos, muitos documentos jurídicos indicavam a existência de direitos fundamentais, sempre com a mesma característica fundamental, a limitação do poder estatal.⁵

Destaca-se a *Magna Charta Libertatum* que foi um dos antecedentes históricos mais importantes das declarações de direitos humanos fundamentais, na Inglaterra. Sendo que o desenvolvimento destes direitos, ocorreu a partir do terceiro quarto do século XVII até meados do século XX. A *Magna Charta Libertatum* foi outorgada por João Sem Terra em 1215 e reafirmada seis vezes por Henrique III, três vezes por Eduardo I, quatorze vezes por Eduardo III, seis vezes por Ricardo II, seis vezes por Henrique IV, uma vez por Henrique V e uma vez por Henrique VI. Também se tem a *Petition of Right*, de 1628, o *Habeas Corpus Act*, de 1679, o *Bill of Rights*, de 1689 e o *Act of Settlement*, de 1701.⁶

Ressalta-se que a *Magna Charta Libertatum* previa livre acesso à justiça; liberdade de locomoção e livre entrada e saída do país, restrições tributárias, entre outras garantias que com isso

³ MORAES, Alexandre. *Jurisdição Constitucional e Tribunais Constitucionais*. 3. ed. São Paulo. Editora Atlas. 2013. p. 309.

⁴ *Ibidem*. p. 13.

⁵ *Ibidem*. p. 13.

⁶ MIRANDA, Jorge. *Textos históricos do direito constitucional*. 2. ed. Lisboa: Imprensa Nacional, 1990. p. 13; MORAES, Alexandre. *Jurisdição...Op. cit.* p. 13.

já se observava a existência de um controle judicial para garantir a efetividade das normas protetoras dos direitos fundamentais, que teriam supremacia sobre outras.⁷

A noção de constitucionalismo e supremacia de certas normas fundamentais sobre as demais sempre esteve centrada em um ponto essencial, a necessidade de limitação e controle dos abusos de poder do próprio Estado e de suas autoridades constituídas e a consagração dos princípios básicos da igualdade e da legalidade como regentes do Estado.⁸

Nesse sentido, pode-se dizer que as principais características do constitucionalismo antigo são a inexistência de uma codificação constitucional; vinculação do Soberano e dos Tribunais às normas fundamentais definidoras, basicamente, de direitos e garantias individuais; irresponsabilidade do Soberano em face do desrespeito às normas constitucionais – é chamado eficácia zero do constitucionalismo; os textos constitucionais antigos eram elaborados a partir da exigência do próprio povo, no conceito absolutamente restrito da Idade Média – nobres, o que lhe garante maior índice de respeitabilidade e efetividade; inexistência de coercibilidade das normas constitucionais; inexistência de subordinação do Parlamento (*Rule of Law*); a ideia de constitucionalismo é mais restrita, almejando apenas garantir respeito dos direitos fundamentais; possibilidade de alteração constitucional por atos legislativos ordinários do Parlamento e regionalização da proteção dos direitos fundamentais.⁹

1.2 Constitucionalismo Moderno e Jurisdição Constitucional

O primórdio formal do constitucionalismo moderno está ligado às Constituições escritas e rígidas dos Estados Unidos da América, em 14.09.1787, após a independência das 13 Colônias (Declaração de Virgínia, de 16.06.1776; Declaração de Independência dos Estados Unidos da América, 04.07.1776) e da França, em 1791, a contar da Revolução Francesa, demonstrando duas características marcantes: organização do Estado e limitação do poder estatal, através da previsão de direitos e garantias fundamentais.¹⁰

Destaca-se que, Canotilho salienta o constitucionalismo como a teoria que constrói o princípio do governo cerceado indispensável à garantia dos direitos em proporção estruturante da organização político-social de uma comunidade. O jurista entende não existir um constitucionalismo, mas vários

⁷ MORAES, Alexandre. Jurisdição...Op. cit. p. 14.

⁸ Ibidem. p. 14.

⁹ Ibidem. p. 309.

¹⁰ MORAES, Alexandre. Direito Constitucional. Op. cit. p. 3.

constitucionalismos. De maneira que o movimento constitucional ocasionador da constituição moderna possui diversas ligações situadas em sítios históricos geográficos e culturais distintos.¹¹

Destarte, as peculiaridades fundamentais do constitucionalismo nomeado como moderno,¹² podem ser listadas como a existência de um conjunto de regras codificado e sistematizado em um único documento; consagração de um poder constituinte originário, que estabelece a Constituição de um novo Estado, organizando-o e criando os poderes destinados a reger os interesses de uma comunidade; supremacia da Constituição e vinculação de todos os Poderes do Estado, inclusive do Parlamento; responsabilidade do Soberano e/ou dos que exercem funções públicas perante a Constituição; respeitabilidade e efetividade da Constituição; força normativa do Texto Constitucional.

No direito luso, naturalmente, de forma geral o controle de constitucionalidade se espelhou no constitucionalismo pós-revolucionário de 1776 e 1789, fruto que eclodiu do racionalismo, do jus naturalismo, do iluminismo, do enciclopedismo, recepcionando configuração específica por meio da jurisprudência norte-americana, que atingiu no célebre Chief- Justice Marshall, em razão do caso *Marbury versus Madison*, em 1803, sem olvidar a ousada manifestação do Juiz Patterson, em 1795, de que nos fala Buzaid, de que, de acordo com Mauro Cappelletti, jurista italiano, sucedeu acima de tudo a chamada supremacia da Constituição e impôs, de outro lado, o poder e dever dos juízes não aplicarem leis contrárias à mesma.¹³

Ao adentrar na justiça constitucional portuguesa, constata-se que se deu início na primeira metade do século XIX, possuindo como marco inicial a Constituição Monárquica de 1822, na qual o modelo de fiscalização instituído era principalmente político, estando o controle da constitucionalidade conferido às cortes, resultado do ideal de parlamentarismo e da desconfiança quanto ao poder judicial, provenientes da revolução francesa.¹⁴

Pode-se dizer que durante a segunda metade do século XIX apareceram as primeiras manifestações doutrinárias que insinuavam a elaboração de um modelo de fiscalização judicial, como meio de controle da atividade legislativa do poder executivo que, naquele período, não possuía

¹¹ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional*. 7. ed. Coimbra: Livraria Almedina, 2003. p. 51.

¹² MORAES, Alexandre. *Jurisdição*...Op. cit. p. 310.

¹³ TEIXEIRA, Salvio de Figueiredo. *Controle da Constitucionalidade no Brasil e em Portugal*. Revista de Direito Público. Edição da editora Revista dos Tribunais. Ano VII. Nº 28. Biblioteca do Supremo Tribunal Federal 6974/85. p. 21.

¹⁴ 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.

competência conhecida constitucionalmente para legislar. Porém, ainda assim legislava, colocando em risco o parlamentarismo e a Constituição.¹⁵

Em Portugal, após a proclamação da República, com a vinda da Constituição de 1911, passaram a ser previsto constitucionalmente o modelo e fiscalização jurisdicional da constitucionalidade, de modo que o artigo 63,¹⁶ desse diploma legal, reconhecida a fiscalização difusa de leis e diplomas oriundo do poder executivo,¹⁷ vale destacar que foi a primeira Constituição Europeia a evidenciar de forma expressa tal hipótese.¹⁸

Foi implementada uma nova Constituição, em 1933, inserindo algumas modificações no sistema, sendo que foi aumentada a competência do exercício de controle de constitucionalidade a todos os tribunais, que começaram a ter a competência de arguir de ofício a inconstitucionalidade das normas no caso concreto, isto é, não era mais necessário requerimento de qualquer uma das partes. Mas, o sistema difuso de fiscalização de constitucionalidade foi restrito, no qual só podiam analisar as questões de inconstitucionalidade material, encontrando-se as demandas de inconstitucionalidade formal e orgânica destinadas à fiscalização política da Assembleia Nacional.¹⁹ Frisa-se que essa redação gerou fundadas críticas, donde as sucessivas e notáveis alterações por que passou, na procura de um aperfeiçoamento que dissipasse acima de tudo, as indagações da doutrina.²⁰

Em 1976, o sistema de controle jurisdicional da constitucionalidade foi amplamente modificado com a entrada em vigor da Constituição de tal ano,²¹ configurando-se pela sua complexidade, por se tratar de um sistema misto, que se identifica de maneira simultânea com características e mecanismos próprios do sistema austríaco de controle de constitucionalidade e da

¹⁵ GUERRA, Áila Souto. 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. p. 23.

¹⁶ 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 tiverem sido invocados, apreciará a sua legitimidade constitucional ou conformidade com a Constituição e princípios nela consagrados”.

¹⁷ MIRANDA, Jorge. Manual de Direito Constitucional. Vol. III. Tomo VI. Coimbra: Coimbra Editora, 4. ed. 2013. p.156-158.

¹⁸ 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 103º, 1971. p. 192; COSTA, José Manuel M. Cardoso da. A Jurisdição Constitucional em Portugal. 3. ed. Coimbra: Editora Almedina, 2007. p. 11.

¹⁹ TELES, Miguel Galvão. A concentração ... Op. cit., pp. 319-320, e, do mesmo autor, Tomo II, p. 596. MIRANDA, Jorge. Manual de Direito Constitucional, Tomo VI, 3. ed. Coimbra: Coimbra Editora. 2008. p. 158.

²⁰ TEIXEIRA. Salvio de Figueiredo. CONTROLE DA CONSTITUCIONALIDADE NO BRASIL E EM PORTUGAL. Revista de Direito Público. Edição da editora revista dos tribunais. Ano VII. N.º 28. Biblioteca do Supremo Tribunal Federal 6974/85. p. 26.

²¹ GUERRA, Áila Souto. A fiscalização ...Op. cit. p. 25.

judicial review proveniente do direito norte-americano.²² Esse sistema se revelou um sistema complexo, por visar cobrir todas ou quase todas as modalidades possíveis de controle, e um sistema misto, por compreender os tribunais, o Conselho de Revolução e, entre aqueles e este, a Comissão Constitucional.²³

Vale dizer que a Comissão Constitucional foi o primeiro órgão específico de garantia da Constituição, o primeiro órgão instituído somente para isso, em todo o Constitucionalismo português e a sua composição era análoga à composição corrente de tribunais constitucionais, pois, dos seus nove membros, quatro eram juízes, designados pelo Supremo Tribunal de Justiça (um) e pelo Conselho Superior da Magistratura (três), e cinco, não juízes, designados pelo Presidente da República (um), pelo Conselho da Revolução (três) e pela Assembleia da República (um).²⁴

Mas, em certeza, não se tratava de um Tribunal Constitucional, pois desempenhavam funções auxiliares de outro órgão, do Conselho da Revolução, e porque, mesmo enquanto tribunal de concentração de competência em matéria de inconstitucionalidade de normas jurídicas, coexistia a par dos tribunais e apenas conhecia da inconstitucionalidade de certas normas.²⁵

De modo que a primeira revisão constitucional aconteceu em 1982, a qual buscou reduzir a carga ideológica da Constituição, tornar menos rígido o sistema econômico e redirecionar as estruturas do exercício do poder político.²⁶ Além disso, em consequência das várias críticas ao sistema vigente da época e à necessidade de modificação deste, ocorreu a redefinição do sistema de fiscalização da constitucionalidade, assim, esta revisão introduziu um autêntico sistema de controle jurisdicional da constitucionalidade no ordenamento jurídico português, com a constituição do Tribunal Constitucional e a extinção do Conselho da Revolução.²⁷

A princípio, o legislador da revisão possuía uma alta margem de liberdade para optar pelo sistema que considerasse mais apropriado, salvo o imperativo, por se tratar do limite material de conservação da fiscalização tanto da inconstitucionalidade por ação quanto da inconstitucionalidade

²² 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.

²³ MIRANDA, Jorge. A Fiscalização da Constitucionalidade – uma visão panorâmica. *Revista do Ministério Público*. Rio de Janeiro: MPRJ, n. ° 27, jan./mar. 2008. p. 108.

²⁴ *Ibidem*. p. 109.

²⁵ *Ibidem*. p. 109.

²⁶ GUERRA, Áila Souto. 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. p. 25.

²⁷ ARAÚJO, ANTÓNIO. Construção da Justiça Constitucional Portuguesa: o nascimento do Tribunal Constitucional - in *Revista Análise Social*, Vol. XXX, 1995. p. 881-946.

por omissão, dispostos no artigo 290, alínea m. Efetivamente, deparava-se condicionado, como não podia deixar de ser, pelo sistema vindo de 1976.

Em complementação, pode-se dizer que o sistema de controle jurisdicional da constitucionalidade português de 1982 anuncia características fundamentais, sendo elas: 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.

A segunda revisão constitucional aconteceu em 1989, mudando os artigos que definiam as atribuições dos tribunais judiciais e do Tribunal Constitucional e a sua organização, 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, n.º 3, da Constituição da República Portuguesa.²⁸ Ademais, foi formado o recurso para o Plenário do Tribunal Constitucional, de decisões contraditórias no domínio da esma norma. De modo que destina a facilitar a harmonia de julgados, a superar uma omissão anterior ou deficiência do regime do Tribunal.²⁹ E também passou a ter previsão de um regime específico de fiscalização preventiva das chamadas leis orgânicas.³⁰

Em 1992 e 1997, apareceram as revisões constitucionais seguintes, adaptando o texto constitucional aos princípios dos Tratados da União Europeia, Maastricht e Amsterdã. Saliente-se que a revisão de 1992 inalterou o sistema de fiscalização da constitucionalidade.³¹ Diferentemente da revisão constitucional de 1997 que efetuou mudanças necessárias para aperfeiçoar o funcionamento do Tribunal Constitucional e a assertiva do mesmo enquanto um tribunal independente.

Foram atribuídas novas competências, ligadas a questões dos referendos e aos processos eleitorais. Ocorreu, ainda, a modificação 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.³²

²⁸ GUERRA, Áila Souto. 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. p. 26.

²⁹ MIRANDA, Jorge. A Fiscalização da Constitucionalidade – uma visão panorâmica. Revista do Ministério Público. Rio de Janeiro: MPRJ, n.º 27, jan./mar. 2008. p. 111.

³⁰ Ibidem. p. 109.

³¹ GUERRA, Áila Souto. A fiscalização...Op. cit. p. 27.

³² Ibidem. p. 27.

No Brasil, diferentemente, o controle da constitucionalidade, sob a influência do constitucionalismo francês, fruto da revolução de 1789, a Carta Constitucional de 1824, no artigo 24, acreditou a sua guarda ao Legislativo, não concedendo conseqüentemente ao poder Judiciário a fiscalização da constitucionalidade,³³ nem ocorreu elaboração jurisprudencial nessa perspectiva.

De modo que a implementação do regime republicano, resultou a introduzir grandes mudanças, inspiradas no Direito Constitucional norte-americano, sendo a transferência para o Judiciário da garantia das normas e princípios consagrados na Lei Maior,³⁴ uma das alterações mais importantes.

A Constituição provisória de 1890 consagrava a possibilidade do *judicial control*, sendo reiterado no Decreto n.º 848 do mesmo ano, na Constituição de 1891 no Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal e na Lei n.º 221 de 1894, com ínfimas alterações. Ao passo que a Carta de 1934, trouxe novas dimensões ao Direito Constitucional Brasileiro, proporcionou inovações em grande proporção aos institutos ao possibilitar a provocação do Supremo Tribunal Federal pelo Procurador Geral da República, para a declaração de inconstitucionalidade interventiva de lei estadual em tese e em circunstância diversa da via por exceção precedente que viria a ocasionar a futura implementação do *judicial review* pela ação direta, ao atribuir ao Senado a competência para suspender a execução da lei declarada inconstitucional pelo poder judiciário, atribuindo-lhe efeito *erga omnes* e com o que buscava não só prevenir decisões divergentes, porém também proteger o princípio da interdependência dos poderes.³⁵

A Constituição de 1937 manteve o *judicial review*, sob domínio do regime político vigente, o Estado Novo, porém trouxe alterações que transtornaram a sua evolução, possibilitando que uma norma declarada inconstitucional pelo Poder Judiciário pudesse ser aplicada, desde que o Parlamento, por 2/3 (dois terços) de votos em cada uma das Câmaras, a ratificasse, ao reexaminá-la por iniciativa do Poder Executivo, quando este a julgasse necessária ao bem-estar popular, à promoção ou defesa do interesse nacional de alta relevância. Não chegou a ser aplicado este dispositivo, revogado que foi logo após a queda da ditadura, em 1945.³⁶

Fortalecendo e ampliando as conquistas implementadas na efêmera Carta de 1934, a Constituição de 1946, possibilitou inovações consideráveis ao instituto, que disciplinou,

³³ TEIXEIRA. Salvo de Figueiredo. Controle da Constitucionalidade no Brasil e em Portugal. Revista de Direito Público. Edição da editora Revista dos Tribunais. Ano VII. N.º 28. Biblioteca do Supremo Tribunal Federal 6974/85. p. 27.

³⁴ Ibidem. p. 27.

³⁵ Ibidem. p. 27.

³⁶ Controle da Constitucionalidade no Brasil e em Portugal. Revista de Direito público. Edição da editora revista dos tribunais. Ano VII. N.º 28. Biblioteca do Supremo Tribunal Federal 6974/85. p. 27.

principalmente, nos artigos 8,³⁷ 64,³⁸ 101º, n.º III,³⁹ e 200º,⁴⁰ e ainda fez retornar o mandado de segurança, no artigo 141, parágrafo 24.⁴¹ Sob a Constituição de 1946, houve o surgimento da ação direta de inconstitucionalidade.⁴²

A Emenda Constitucional n.º 16, em 1965, aperfeiçoou o *judicial control*, aprimorando-se a garantia da hierarquia constitucional. A Emenda Constitucional instituiu, pela primeira vez, a fiscalização abstrata de constitucionalidade no Brasil nos moldes kelsianos, conferindo ao Supremo Tribunal Federal a competência originária de apreciar a representação contra a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, federal ou estadual, direcionada pelo Procurador-Geral da República.⁴³ De modo que se trata de representação genérica, capaz de resguardar todos os dispositivos da Constituição. Assim, aos Estados-membros foi atribuída a faculdade de instituir mecanismo de controle de constitucionalidade das leis municipais, em face da Constituição do Estado, de competência dos Tribunais de Justiça (E. C. 16/65, que acrescentou o inciso XII ao artigo 124 da Constituição de 1946).⁴⁴

Importante diferenciar a representação instituída pela Emenda Constitucional n.º 16 de 1965 da representação interventiva, existente desde a Constituição brasileira de 1934, de forma que esta consista em mecanismo de solução de conflito entre a União e uma coletividade política estadual. Por essa razão, somente a violação de princípios constitucionais sensíveis pode autorizar a sua propositura pelo Procurador-Geral da República. Observa-se, ao revés, o procedimento instituído pela EC n.º 16

³⁷ Constituição de 1946 – “Art. 8º - A intervenção será decretada por lei federal nos casos dos nº s VI e VII do artigo anterior. Parágrafo único - No caso do nº VII, o ato arguido de inconstitucionalidade será submetido pelo Procurador-Geral da República ao exame do Supremo Tribunal Federal, e, se este a declarar, será decretada a intervenção.”

³⁸ Constituição de 1946 – “Art. 64 - incumbe ao Senado Federal suspender a execução, no todo ou em parte, de lei ou decreto declarados inconstitucionais por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal.”

³⁹ Constituição de 1946 - “Art. 101 - Ao Supremo Tribunal Federal compete: III - julgar em recurso extraordinário as causas decididas em única ou última instância por outros Tribunais ou Juízes: a) quando a decisão for contrária a dispositivo desta Constituição ou à letra de tratado ou lei federal; b) quando se questionar sobre a validade de lei federal em face desta Constituição, e a decisão recorrida negar aplicação à lei impugnada; c) quando se contestar a validade de lei ou ato de governo local em face desta Constituição ou de lei federal, e a decisão recorrida julgar válida a lei ou o ato; d) quando na decisão recorrida a interpretação da lei federal invocada for diversa da que lhe haja dado qualquer dos outros Tribunais ou o próprio Supremo Tribunal Federal.”

⁴⁰ Constituição de 1946 – “Art. 200 - Só pelo voto da maioria absoluta dos seus membros poderão os Tribunais declarar a inconstitucionalidade de lei ou de ato do Poder Público.”

⁴¹ Constituição de 1946 – “Art 141 - A Constituição assegura aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade dos direitos concernentes à vida, à liberdade, à segurança individual e à propriedade, nos termos seguintes: § 24 - Para proteger direito líquido e certo não amparado por *habeas corpus*, conceder-se-á mandado de segurança, seja qual for a autoridade responsável pela ilegalidade ou abuso de poder. (Vide Lei nº 2.654, de 1955)”

⁴² FERREIRA FILHO, Manuel Gonçalves. O Sistema Constitucional Brasileiro e as Recentes Inovações no Controle de Constitucionalidade. Ano 133º. Editora Internacional Ltda. Abril/junho 2001. p. 258.

⁴³ DUTRA. Carlos Roberto de Alckmin. A Evolução Histórica do Controle de Constitucionalidade de leis e seu papel no século XXI. Texto disponibilizado em: https://www.al.sp.gov.br/repositorio/bibliotecaDigital/470_arquivo.pdf. Acesso em: 07.03.2023. p. 15.

⁴⁴ DUTRA. Carlos Roberto de Alckmin. A Evolução Histórica...Op. cit. p. 16.

de 1965, de representação genérica, hábil a asseverar a observância de todos os dispositivos da Constituição. A representação interventiva envolve uma fiscalização concreta de constitucionalidade, apesar de efetivada em sede de ação direta; enquadra-se na resolução de um litígio em âmbito federal. Já a representação genérica mostra-se em sede de fiscalização abstrata da constitucionalidade, pois de forma análoga estará a compatibilidade, em abstrato, em tese, de um dispositivo normativo infraconstitucional paragonado com a Lei Fundamental da República.⁴⁵

Assim, com a implementação da nova Carta Magna, em 1967, que intencionou consolidar os princípios que orientaram a revolução de 1964, de fato permaneceram as disposições constitucionais da Carta emendada de 1946, não ocorrendo inovações relevantes, exceto a supressão do n. XIII que a Emenda n. 16 acrescentara ao art. 124 da Constituição de 1946, que possibilitava a instituição de processo de competência originária dos tribunais estaduais quanto ao controle de leis ou atos municipais discrepantes com as respectivas Cartas estaduais, o que não chegou a efetiva-se, registre-se.⁴⁶

Com a Emenda Constitucional de 1969, sem nenhuma modificação do texto de 1967 se tem a Constituição Brasileira atual.

A Constituição Federal de 1988 ocasionou importantes mudanças no ordenamento jurídico pátrio, em especial quanto ao controle de constitucionalidade de leis e atos normativos, provenientes da abertura democrática. Foi convalidado um sistema misto, de fiscalização de constitucionalidade que compreende a *judicial review*, assim dizendo, a fiscalização concreta, incidental e difusa, nos parâmetros norte-americanos, efetivada pela via de exceção ou defesa, bem como a fiscalização abstrata, principal e concentrada, efetivada pela via da ação direta, com incentivo no direito austríaco e nas formulações de Hans Kelsen.⁴⁷ Frisa-se que a representação de inconstitucionalidade começou a ser chamada de ação direta de inconstitucionalidade, prevista como competência originária do Supremo Tribunal Federal, consoante ao artigo 102, inciso I, alínea “a”, da Constituição Federal.

De forma geral, podem ser identificadas as seguintes alterações significativas da Constituição Federal de 1988 com a anterior: a legitimação para a propositura da ação direta de inconstitucionalidade, que era exclusiva do Procurador-Geral da República, foi notavelmente

⁴⁵ CLÈVE, Clémerson Merlin. A Fiscalização Abstrata de Constitucionalidade no Direito Brasileiro. 2.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. p.88-89.

⁴⁶ TEIXEIRA. Salvio de Figueiredo. Controle da Constitucionalidade no Brasil e em Portugal. Revista de Direito público. Edição da editora revista dos tribunais. Ano VII. N.º 28. Biblioteca do Supremo Tribunal Federal 6974/85. p. 29.

⁴⁷ DUTRA. Carlos Roberto de Alckmin. A Evolução Histórica do Controle de Constitucionalidade de leis e seu papel no século XXI. Texto disponibilizado em: https://www.al.sp.gov.br/repositorio/bibliotecaDigital/470_arquivo.pdf. Acesso em: 08.03.2023. p. 17.

ampliada, de modo a reconhecer a sua importância jurídica, consoante ao artigo 103, inciso I a IX; outra mudança foi que passou a ser obrigatória a manifestação do Procurador- Geral da República nas ações diretas de inconstitucionalidade, disposto no artigo 103, § 1º da CF/88; foi formada a figura do Advogado-Geral da União, a quem cabe a representação judicial e consultoria da União e, em sede de ação direta de inconstitucionalidade, a defesa do ato ou texto impugnado, disposto no artigo 102, § 3º, da CF/88; foi gerada a ação direta de inconstitucionalidade por omissão, disposto no artigo 103, § 2º da CF/88 e o mandado de injunção, artigo 5, LXXI, da CF/88; foi criado um mecanismo com intuito à arguição de descumprimento de preceito fundamental proveniente da Constituição, disposto no artigo 102, parágrafo único, da CF/88, regulamentado, posteriormente, pela Lei 9.882/99; foi passado ao Senado Federal a competência de retirar a eficácia de lei ou ato normativo declarado inconstitucional por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal, disposto no artigo 52, inciso X, da CF/88; admitiu manifestamente a possibilidade dos Estados-membros instaurarem representação de inconstitucionalidade de leis ou atos normativos estaduais ou municipais em face da Carta estadual, disposto no artigo 125, § 2º, da CF/88.⁴⁸

Diante dessas alterações, a Constituição cidadã, como ficou conhecida, não concebeu o dispositivo introduzido pela E.C. n. 7/77, que atribuía ao Supremo Tribunal Federal a competência para julgar representação para fins de interpretação.⁴⁹

A Emenda Constitucional n.º 3 de 1993 estabeleceu a ação declaratória de constitucionalidade de lei ou ato normativo federal, de competência originária do Supremo Tribunal Federal, conferindo nova redação aos artigos 102 e 103 da Carta Federal. As decisões definitivas de mérito, proferidas nas ações declaratórias de constitucionalidade produzirão eficácia contra todos e efeito vinculante, relativamente aos demais órgãos do Poder Judiciário e do Poder Executivo. Está na previsão do efeito vinculante dessas decisões, quer para os demais órgãos do Judiciário, quer para os do Executivo. Sucede da própria lógica de uma decisão com eficácia *erga omnes* que todos os tribunais e órgãos da Administração estão limitados a observá-la. A necessidade de inscrever tal determinação na Lei Magna significaria uma infeliz perda de autoridade.⁵⁰

De maneira que, assim, estava conferida a oportunidade de instituição de um procedimento de fiscalização de constitucionalidade de caráter dúplice, que acolheria aos postulados da economia

⁴⁸ DUTRA, Carlos Roberto de Alekmin. A Evolução Histórica do Controle de Constitucionalidade de leis e seu papel no século XXI. Texto disponibilizado em: https://www.al.sp.gov.br/repositorio/bibliotecaDigital/470_arquivo.pdf. Acesso em: 08.03.2023. p. 18.

⁴⁹ Ibidem. p. 18.

⁵⁰ FERREIRA FILHO, Manuel Gonçalves. O Sistema Constitucional Brasileiro e as Recentes Inovações no Controle de Constitucionalidade. Ano 133º. Editora Internacional Ltda. Abril/junho 2001. p. 262.

processual. Ao ser proferida a constitucionalidade da lei, será julgada procedente a ação declaratória de constitucionalidade e improcedente a ação direta de inconstitucionalidade, de modo que se for proferida a inconstitucionalidade da lei, ocorrerá o inverso. Esse caráter dúplice foi reconhecido pela Lei federal 9.968, de 1999, art. 23, parágrafo único.⁵¹

De modo que, no Brasil, atualmente, há o controle judicial repressivo de constitucionalidade, sendo parte dele concentrado, com a ação direta de inconstitucionalidade genérica, ação direta de inconstitucionalidade por omissão, ação declaratória de constitucionalidade e ação direta de inconstitucionalidade interventiva; e, parte de controle judicial difuso de constitucionalidade. E, finalmente, em face de descumprimento de preceito fundamental, há a arguição para tal, que também se caracteriza por ser controle concentrado de constitucionalidade, no qual a seguir irá ser aprofundado o tema.

Por sua vez, a atual Constituição da República Portuguesa prevê a presença de quatro métodos de fiscalização da constitucionalidade, notadamente, a fiscalização preventiva da constitucionalidade, a fiscalização concreta, a fiscalização abstrata sucessiva, a fiscalização da inconstitucionalidade por omissão. Neste sentido, o Tribunal Constitucional Português possui competência diversificada e complexa, compreendendo não somente o controle preventivo, mas também o controle repressivo de constitucionalidade em suas duas espécies, sendo elas, o difuso e o concentrado. Além do mais, há a previsão da possibilidade do controle da inconstitucionalidade por omissão e o controle de legalidade.⁵²

A Jurisdição Constitucional tem como foco fundamental a defesa dos valores básicos, apoiados livremente pelo povo em Assembleia Nacional Constituinte, exercendo, por conseguinte, um controle negativo. Assim, conforme enfatizado por Jorge Miranda,

“O Tribunal Constitucional exerce um poder de controle negativo, um *pouvoir d’empêcher*, não um poder de impulsão, um poder positivo”.⁵³

A garantia da jurisdição constitucional é um elemento do sistema de medidas técnicas que possuem a finalidade de garantir o exercício regular das funções estatais. De modo que, se distinguem

⁵¹ DUTRA, Carlos Roberto de Alekmin. A Evolução...Op. cit. p. 18.

⁵² MORAES, Alexandre. Jurisdição...Op. cit. p. 176.

⁵³ MIRANDA, Jorge. Nos dez anos de funcionamento do Tribunal Constitucional. In: Vários autores. Legitimidade e Legitimação da Justiça Constitucional. Coimbra: Coimbra Editora, 1980. p. 95.

as funções estatais em legislação e execução, que se divergem assim como a criação ou a produção do direito se opõem à utilização do direito considerado simples reprodução.⁵⁴

Assim, a defesa dos Direitos Fundamentais do Homem e dos direitos das minorias, é a finalidade da concretização da jurisdição constitucional, fazendo necessário o surgimento de tribunais que cuidassem pela compatibilidade dos atos do poder público com as normas constitucionais, dado como frisado por Celso de Mello,

“a jurisdição constitucional qualifica-se como importante fator de contenção de eventuais excessos, abusos ou omissões alegadamente transgressoras do texto da Constituição da República, não importando a condição institucional que ostente o órgão estatal – por mais elevada que seja sua posição na estrutura institucional do Estado de que emanem tais condutas”.⁵⁵

Pode-se destacar que, os meios de proteção jurisdicional dos direitos fundamentais, é o instituto do amparo, como o *habeas corpus* da era contemporânea, que vive ao serviço da defesa dos direitos fundamentais,⁵⁶ devendo a estes a sua razão de ser.⁵⁷ De maneira que este instituto é observado em diversos ordenamentos jurídicos, sofrendo distinta metamorfose e designação segundo o país que o auxilia: recurso de amparo (Espanha e Macau), *Verfassungsbeschwerde* (Alemanha), *Staatsrechtliche Beschwerde* (Áustria), *Bescheidbeschwerde* (Suíça), *Juicio de Amparo* (México), Mandado de Segurança (Brasil).⁵⁸

No sistema jurídico constitucional português não há via de acesso direto ao Tribunal Constitucional, para proteção dos direitos fundamentais. Mas, existem dois artifícios, facultados aos cidadãos, possíveis de preencher tal vácuo jurídico: o direito de suscitar a questão de inconstitucionalidade ou de ilegalidade nos tribunais, consoante ao artigo 280, n.º 1, alínea b),⁵⁹ da Constituição da República Portuguesa e o direito de petição ao Provedor de Justiça, que possui

⁵⁴ Kelsen. Hans. *Jurisdição Constitucional*. Introdução Sérgio Sérulo da Cunha. 1ª edição. Martins Fontes, 2003. p. 124.

⁵⁵ STF – Pleno – MS n.º 27.931-1/DF – Rel. Min. Celso de Mello, decisão data 27/03/2009. Apud MORAES, Alexandre. *Jurisdição Constitucional e Tribunais Constitucionais*. 3. edição. São Paulo. Editora Atlas. 2013. p. 54.

⁵⁶ CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7. Ed. Coimbra: Almedina, 2003.p. 975.

⁵⁷ 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: *Revista Economia e Direito*. Vol. III. n.º 1. 1998. p. 57.

⁵⁸ *Ibidem*. p. 58.

⁵⁹ Constituição da República Portuguesa - Artigo 280.º Fiscalização Concreta da Constitucionalidade e da legalidade. 1. Cabe recurso para o Tribunal Constitucional das decisões dos tribunais: b) Que apliquem norma cuja inconstitucionalidade haja sido suscitada durante o processo.

legitimidade processual ativa no âmbito da fiscalização sucessiva abstrata, relativo ao artigo 23,⁶⁰ 281, n.º 2, alínea d),⁶¹ e 283,⁶² da Constituição da República Portuguesa.

Conclui-se que a Justiça Constitucional engloba um conjunto de áreas e operações jurídicas, efetivadas acima de tudo por órgãos jurisdicionais, com a finalidade de controlar o seguimento e cumprimento das normas e princípios constitucionais vigentes e de compatibilizar o entendimento do Estado, em sentido restrito, com as outras pessoas coletivo-públicas e os seus respectivos órgãos.⁶³

⁶⁰ Constituição da República Portuguesa - Artigo 23.º Provedor de Justiça. 1. Os cidadãos podem apresentar queixas por ações ou omissões dos poderes públicos ao Provedor de Justiça, que as apreciará sem poder decisório, dirigindo aos órgãos competentes as recomendações necessárias para prevenir e reparar injustiças. 2. A atividade do Provedor de Justiça é independente dos meios gratuitos e contenciosos previstos na Constituição e nas leis. 3. O Provedor de Justiça é um órgão independente, sendo o seu titular designado pela Assembleia da República, pelo tempo que a lei determinar. 4. Os órgãos e agentes da Administração Pública cooperam com o Provedor de Justiça na realização da sua missão.

⁶¹ Constituição da República Portuguesa - Artigo 280.º Fiscalização Concreta da Constitucionalidade e da Legalidade. 2. Podem requerer ao Tribunal Constitucional a declaração de inconstitucionalidade ou de ilegalidade, com força obrigatória geral: d) O Provedor de Justiça;

⁶² Constituição da República Portuguesa - Artigo 283.º Inconstitucionalidade por omissão. 1. A requerimento do Presidente da República, do Provedor de Justiça ou, com fundamento em violação de direitos das regiões autónomas, dos presidentes das Assembleias Legislativas das regiões autónomas, o Tribunal Constitucional aprecia e verifica o não cumprimento da Constituição por omissão das medidas legislativas necessárias para tornar exequíveis as normas constitucionais. 2. Quando o Tribunal Constitucional verificar a existência de inconstitucionalidade por omissão, dará disso conhecimento ao órgão legislativo competente.

⁶³ CANOTILHO, J.J. Gomes. Direito...Op. cit. p. 974/975.

2. OS SISTEMAS DE CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE NO BRASIL E EM PORTUGAL

2.1 Controle Preventivo

O controle de constitucionalidade quanto ao momento em que atua pode acontecer antes de finalizado o processo de formação da norma ou após sua existência formal. O controle é efetivado antes ou após a promulgação da norma.⁶⁴ De modo que, o controle preventivo ocorre antes desta promulgação, a fim de prevenir a ocorrência do fenômeno da inconstitucionalidade.

Primeiramente como esclarece Carlos Blanco de Moraes,

“A fiscalização preventiva consiste num processo de controlo de constitucionalidade e, subsidiariamente, da legalidade, que incide sobre certas normas jurídicas antes de se encontrar concluída a sua formação, podendo de um eventual juízo de inconstitucionalidade das mesmas, proferido pelo Tribunal Constitucional, resultar a preclusão da respectiva existência jurídica”.⁶⁵

Em relação às fontes da Fiscalização Preventiva, também afirma Carlos Blanco de Moraes que,

“Não existiram precedentes de Direito Constitucional português dignos de particular nota que se tivessem destacado como fonte histórica e cognitiva privilegiada da instituição do sistema de fiscalização preventiva na Lei Fundamental de 1976.

Ainda assim, os n.ºs 2 e 3 da base XXXVIII da Lei n.º 5/72, de 23-6 (bases sobre a revisão da Lei Orgânica do Ultramar), fixaram um mecanismo de controlo preventivo sobre diplomas legais aprovados pelas assembleias legislativas de duas províncias ultramarinas”.⁶⁶

⁶⁴ FIGUEIREDO, Patrícia Cobianchi. MONTAL, Zélia Maria Cardoso. Controle Preventivo de Constitucionalidade em Portugal e no Brasil: alguns apontamentos. Revista de Direito Constitucional e Internacional | vol. 64/2008 | p. 258 - 282 | Jul - Set / 2008 DTR/2008/766. p. 2.

⁶⁵ MORAIS, Carlos Blanco. Justiça Constitucional. Tomo II (O Direito do Contencioso Constitucional). 2. ed. Coimbra Editora. 2005. p.21.

⁶⁶ Ibidem. p. 22.

A natureza deste controle define-se como um processo jurisdicional abstrato de fiscalização da constitucionalidade, traduzido num controle-barreira que é colocado, a título incidental, antes da fase conclusiva do procedimento produtivo de certas normas.⁶⁷

O controle preventivo é uma forma de evitar que norma claramente inconstitucional seja posta no ordenamento jurídico. Na maioria das vezes, esse controle é exercido pelos Poderes Executivo e Legislativo, onde podem vetar ou rechaçar a aplicação da lei, respectivamente.⁶⁸

Tal controle em alguns sistemas é jurisdicional⁶⁹ e, da mesma maneira que o controle repressivo, é capaz de ocorrer por via concreta, caso de Portugal, respeitando as opiniões quanto à natureza do Tribunal Constitucional, se político ou jurisdicional, para esse estudo considera-se jurisdicional, ou por via difusa, um dos métodos previstos no Brasil.

Ainda, tal controle pode ser político, como em alguns casos no Brasil, ou jurisdicional, verificado em determinados casos em Portugal, onde o controle é realizado pelo Tribunal Constitucional.⁷⁰

Como forma de um breve aprofundamento do tema, será analisado o controle de constitucionalidade preventivo em Portugal. O poder de constitucionalidade no ordenamento português abrange a fiscalização preventiva da constitucionalidade,⁷¹ nos artigos 278 e 279 da Constituição da República Portuguesa, de modo similar ao Conselho Constitucional Francês e ao Tribunal Constitucional Espanhol,⁷² isto é, após a aprovação do diploma legislativo constitucional pelos órgãos competentes e antes de sua promulgação e publicação, no intuito de evitar a publicação de normas flagrantemente inconstitucionais.⁷³ A fiscalização preventiva não é automática, ou seja, exige-se que os legitimados solicitem a análise ao Tribunal Constitucional.⁷⁴

Assim, a Constituição reserva, exclusivamente, ao Tribunal Constitucional, a competência para exercer a fiscalização preventiva da constitucionalidade e legalidade de determinadas normas,⁷⁵

⁶⁷ MORAIS, Carlos Blanco. *Justiça ...Op. cit.* p. 23.

⁶⁸ FEITOSA, Karlos Roneely Rocha. *Abstratização do controle difuso de constitucionalidade: uma abordagem crítica sobre o sistema brasileiro e português.* Lisboa. 2017. Departamento de Direito. Universidade Autônoma de Lisboa. p. 82.

⁶⁹ FIGUEIREDO, Patrícia Cobiachi. MONTAL, Zélia Maria Cardoso. *Controle Preventivo de Constitucionalidade em Portugal e no Brasil: alguns apontamentos.* Revista de Direito Constitucional e Internacional | vol. 64/2008 | p. 258 - 282 | Jul - Set / 2008 DTR/2008/766. p. 2.

⁷⁰ *Ibidem.* p. 2.

⁷¹ MORAES, Alexandre. *Jurisdição...Op. cit.* p. 177.

⁷² RIBEIRO, Vinício. *Constituição da República Portuguesa.* Coimbra: Almedina, 1993.

⁷³ COSTA, José Manuel Moreira Cardoso da. *A Jurisdição Constitucional em Portugal.* Coimbra: Coimbra Editora, 1992.p. 30; CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição.* 2. ed. Coimbra: Almedina, 2003. p. 910.

⁷⁴ MORAES, Alexandre. *Jurisdição...Op. cit.* p. 177.

⁷⁵ MORAIS, Carlos Blanco. *Justiça Constitucional.* Tomo II (O Direito do Contencioso Constitucional). 2ª edição. Coimbra Editora. 2005. p. 35.

consoante ao artigo 223, n.º 1,⁷⁶ e n.º 2,⁷⁷ alínea f, bem como artigos 278 e 279⁷⁸ artigo 115, n.º 8,⁷⁹ e artigo 232, n.º 2,⁸⁰ da Constituição da República Portuguesa.

Se o Tribunal se pronunciar pela inconstitucionalidade de norma constante de qualquer decreto ou acordo internacional, deverá o diploma ser vetado pelo Presidente da República ou pelo Primeiro-Ministro da República, conforme os casos, e devolvido ao órgão que o tiver aprovado, de acordo com o art. 279 da Constituição da República portuguesa. A Assembleia da República poderá afastar a declaração preventiva de inconstitucionalidade por maioria de dois terços dos deputados

⁷⁶ Constituição da República Portuguesa – “Artigo 223.º Competência. 1. Compete ao Tribunal Constitucional apreciar a inconstitucionalidade e a ilegalidade, nos termos dos artigos 277.º e seguintes.”

⁷⁷ Constituição da República Portuguesa – “Artigo 223.º 2. Compete também ao Tribunal Constitucional: f) Verificar previamente a constitucionalidade e a legalidade dos referendos nacionais, regionais e locais, incluindo a apreciação dos requisitos relativos ao respetivo universo eleitoral;”

⁷⁸ Constituição da República Portuguesa – “Artigo 278.º Fiscalização Preventiva da Constitucionalidade. 1. O Presidente da República pode requerer ao Tribunal Constitucional a apreciação preventiva da constitucionalidade de qualquer norma constante de tratado internacional que lhe tenha sido submetido para ratificação, de decreto que lhe tenha sido enviado para promulgação como lei ou como decreto-lei ou de acordo internacional cujo decreto de aprovação lhe tenha sido remetido para assinatura. 2. Os Representantes da República podem igualmente requerer ao Tribunal Constitucional a apreciação preventiva da constitucionalidade de qualquer norma constante de decreto legislativo regional que lhes tenha sido enviado para assinatura. 3. A apreciação preventiva da constitucionalidade deve ser requerida no prazo de oito dias a contar da data da receção do diploma. 4. Podem requerer ao Tribunal Constitucional a apreciação preventiva da constitucionalidade de qualquer norma constante de decreto que tenha sido enviado ao Presidente da República para promulgação como lei orgânica, além deste, o Primeiro-Ministro ou um quinto dos Deputados à Assembleia da República em efetividade de funções. 5. O Presidente da Assembleia da República, na data em que enviar ao Presidente da República decreto que deva ser promulgado como lei orgânica, dará disso conhecimento ao Primeiro-Ministro e aos grupos parlamentares da Assembleia da República. 6. A apreciação preventiva da constitucionalidade prevista no n.º 4 deve ser requerida no prazo de oito dias a contar da data prevista no número anterior. 7. Sem prejuízo do disposto no n.º 1, o Presidente da República não pode promulgar os decretos a que se refere o n.º 4 sem que decorram oito dias após a respetiva receção ou antes de o Tribunal Constitucional sobre eles se ter pronunciado, quando a intervenção deste tiver sido requerida. 8. O Tribunal Constitucional deve pronunciar-se no prazo de vinte e cinco dias, o qual, no caso do n.º 1, pode ser encurtado pelo Presidente da República, por motivo de urgência.”

“Artigo 279.º Efeitos da decisão. 1. Se o Tribunal Constitucional se pronunciar pela inconstitucionalidade de norma constante de qualquer decreto ou acordo internacional, deverá o diploma ser vetado pelo Presidente da República ou pelo Representante da República, conforme os casos, e devolvido ao órgão que o tiver aprovado. 2. No caso previsto no n.º 1, o decreto não poderá ser promulgado ou assinado sem que o órgão que o tiver aprovado expurgue a norma julgada inconstitucional ou, quando for caso disso, o confirme por maioria de dois terços dos Deputados presentes, desde que superior à maioria absoluta dos Deputados em efetividade de funções. 3. Se o diploma vier a ser reformulado, poderá o Presidente da República ou o Representante da República, conforme os casos, requerer a apreciação preventiva da constitucionalidade de qualquer das suas normas. 4. Se o Tribunal Constitucional se pronunciar pela inconstitucionalidade de norma constante de tratado, este só poderá ser ratificado se a Assembleia da República o vier a aprovar por maioria de dois terços dos Deputados presentes, desde que superior à maioria absoluta dos Deputados em efetividade de funções.”

⁷⁹ Constituição da República Portuguesa – “Artigo 115.º Referendo. 8. O Presidente da República submete a fiscalização preventiva obrigatória da constitucionalidade e da legalidade as propostas de referendo que lhe tenham sido remetidas pela Assembleia da República ou pelo Governo.”

⁸⁰ Constituição da República Portuguesa – “Artigo 232.º Competência da Assembleia Legislativa da região autónoma. 2. Compete à Assembleia Legislativa da região autónoma apresentar propostas de referendo regional, através do qual os cidadãos eleitores recenseados no respetivo território possam, por decisão do Presidente da República, ser chamados a pronunciar-se diretamente, a título vinculativo, acerca de questões de relevante interesse específico regional, aplicando-se, com as necessárias adaptações, o disposto no artigo 115.º.”

presentes,⁸¹ desde que superior à maioria absoluta dos deputados em efetividade de funções, quando então o decreto poderá ser promulgado ou assinado.

Caso isso ocorra, não se impede posterior controle repressivo de constitucionalidade, difuso ou concentrado, pois, como observado por Canotilho,

“o Tribunal Constitucional pode sempre vir a considerar, em controlo sucessivo, de novo inconstitucionais, as normas já objecto de idêntica decisão em sede de controlo prévio”.⁸²

Por esse motivo, admite-se a desistência no controle preventivo, preservando-se a discricionariedade política dos legitimados.⁸³

Ademais, o objeto deste tipo de fiscalização é limitado, ao contrário de outros tipos de fiscalização nos quais o objeto é ampliado. Assim, frisa-se que os principais atos sujeitos de controle preventivo pelo Tribunal Constitucional Português são quaisquer normas incluídas de tratado internacional submetido ao Presidente da República para ratificação; acordo internacional cujo decreto de aprovação tenha sido remetido ao Presidente da República para assinatura; decreto enviado ao Presidente da República para promulgação como lei ou como decreto-lei; decreto legislativo regional que tenha sido enviado aos Representantes da República para assinatura; decreto que tenha sido enviado ao Presidente da República para promulgação como lei orgânica.⁸⁴

Destaca-se, ainda, um modo de fiscalização preventiva, consoante ao art. 115. 8,⁸⁵ da Constituição da República portuguesa, em que o Presidente da República submete à fiscalização preventiva obrigatória da constitucionalidade e da legalidade as propostas de referendo que lhes tenham sido remetidas pela Assembleia da República ou pelo Governo.

Diversamente de Portugal, o ordenamento jurídico brasileiro não consagra um *controle preventivo* de constitucionalidade abstrato, nos moldes dos realizados pelo Tribunal Constitucional português, uma vez que, esse controle foi constitucionalmente determinado aos Poderes Legislativo (Comissões de Constituição e Justiça da Câmara e do Senado) e Veto Presidencial, durante o processo

⁸¹ MORAIS, Carlos Blanco de. Justiça constitucional - Garantia da Constituição e Controlo da Constitucionalidade. Coimbra: Coimbra Editora, 2002.p. 347.

⁸² CANOTILHO, J.J. Gomes. Direito Constitucional e teoria da constituição. 2. Ed. Coimbra: Almedina, 2003. p. 916.

⁸³ Lei Orgânica do Tribunal Constitucional. art. 53.

⁸⁴ FIGUEIREDO, Patrícia Cobianchi. MONTAL, Zélia Maria Cardoso. Controle Preventivo...Op. cit.p. 3.

⁸⁵ Constituição da República Portuguesa – “Art. 115. 8. O Presidente da República submete a fiscalização preventiva obrigatória da constitucionalidade e da legalidade as propostas de referendo que lhes tenham sido remetidas pela Assembleia da República ou pelo Governo.”

Legislativo. Porém, será possível a realização jurisdicional desse controle preventivo, de outras maneiras explicitadas a seguir.

Apesar da doutrina brasileira dispor o controle preventivo de constitucionalidade em segundo plano, através do entendimento de não se tratar de normas consideradas efetivadas, mas dos projetos de normas, de modo a serem apenas ameaças ao sistema, critica-se que subestimá-lo, é juridicamente e politicamente problemático. Esclarece-se. Segundo Paulo Massi Dallari, o poder devastador que pode ter uma norma inconstitucional em relação à violação de direitos protegidos pela Carta Magna é indubitável. Doravante desta ótica, o controle preventivo obtém relevância extra visto que é o único capaz de agir antes que uma norma passe a gerar efeitos.⁸⁶

Para que qualquer espécie normativa adentre no ordenamento jurídico, deverá submeter-se a todo procedimento previsto constitucionalmente, tendo em vista o princípio da legalidade e o processo legislativo constitucional. Dentro deste procedimento, vislumbra duas hipóteses de controle preventivo de constitucionalidade, que visam prevenir o ingresso no ordenamento jurídico de leis inconstitucionais: as comissões de constitucional e justiça e o veto jurídico.⁸⁷

O artigo 58 da Constituição Federal prevê a criação de comissões constituídas na forma do respectivo regimento ou do ato de que resultar sua criação e com as atribuições neles previstas. Assim, a função das comissões de constituição e justiça é analisar a compatibilidade do projeto de lei ou proposta de emenda constitucional apresentadas com o texto da Constituição Federal. Sendo que esta hipótese de controle poderá ser feita pelo plenário da casa legislativa também, quando houver rejeição do projeto de lei por inconstitucionalidade.⁸⁸

Destaca-se que o Regimento Interno do Senado Federal possui a previsão da existência da comissão de constituição, justiça e cidadania, em seu artigo 101, possuindo competência para opinar a respeito da constitucionalidade, juridicidade e regimentalidade das matérias que lhe forem submetidas por deliberação do plenário, por despacho do Presidente, por consulta de qualquer comissão, ou quando em virtude desses aspectos houver recurso de decisão terminativa de comissão para o plenário.⁸⁹

O veto jurídico ocorre através do Presidente da República que poderá vetar o projeto de lei aprovado pelo Congresso Nacional por entendê-lo inconstitucional, disposto no artigo 66, parágrafo

⁸⁶ DALLARI, Paulo Massi. Aspectos Políticos e Jurídicos da Prática do Controle Preventivo de Constitucionalidade no Brasil. Trabalho de Conclusão do Curso de Direito da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. São Paulo, 2007, p. 24.

⁸⁷ MORAES, Alexandre de. Direito Constitucional... Op.cit. p. 811.

⁸⁸ Ibidem. p. 812.

⁸⁹ Ibidem. p. 812.

1º da Constituição Federal.⁹⁰ Verifica-se que o controle preventivo no Brasil é efetivado dentro do processo legislativo, pelo Poder Legislativo (comissões de constituição e justiça) e pelo Poder Executivo (veto jurídico).

No Brasil, além da previsão constitucional de controle preventivo de constitucionalidade pelos Poderes Legislativo e Executivo, o Supremo Tribunal Federal passou a admitir o controle da observância e respeito às normas do devido processo legislativo por meio de mandado de segurança, cujo resultado prático assemelha-se, na maior parte das vezes, à um excepcional controle preventivo de constitucionalidade exercido pelo Poder Judiciário.

Incidentalmente, em sede de mandado de segurança, pode ocorrer quando ajuizado perante o Supremo Tribunal Federal por parlamentares contra o ato inconstitucional do Presidente da Casa ou de Comissão legislativa que deixou de observar as normas de devido processo legislativo previstas na Constituição Federal (artigos 59 a 69).

Não há dúvidas da competência das Casas Legislativas na elaboração das espécies normativas primárias previstas no artigo 59 da Constituição Federal, sendo, portanto, seu dever inflexível dentro da separação dos poderes. Porém, tendo como função criar leis, as Casas Legislativas devem adequar os atos procedimentais legislativos à Constituição, pois sem esse controle a função legiferante pode caracterizar excesso de poder, formando o vício de inconstitucionalidade. Nesse sentido, o Ministro Gilmar Mendes, do STF, ressalta que apesar do papel do Poder Legislativo envolver certa discricionariedade, ela deverá estar “dentro de limites estabelecidos pela Constituição”, vedando-se o excesso de poder.⁹¹

Frisa-se que os únicos legitimados à propositura de mandado de segurança, nessas hipóteses, são os próprios parlamentares, pois trata-se da defesa do direito líquido e certo de apenas participarem de um processo legislativo de acordo com as normas constitucionais e legais.⁹²

Trata-se de controle jurisdicional sobre atos de efeitos concretos realizados pelo Presidente da Casa Legislativa ou de uma de suas comissões, que estabelecem o início ou o andamento da tramitação legislativa em conflito às disposições do devido processo legislativo,⁹³ disposto nos artigos 59 a 69, da Constituição Federal Brasileira.

⁹⁰ Constituição Federal do Brasil – “Art. 66. A Casa na qual tenha sido concluída a votação enviará o projeto de lei ao Presidente da República, que, aquiescendo, o sancionará. § 1º Se o Presidente da República considerar o projeto, no todo ou em parte, inconstitucional ou contrário ao interesse público, vetá-lo-á total ou parcialmente, no prazo de quinze dias úteis, contados da data do recebimento, e comunicará, dentro de quarenta e oito horas, ao Presidente do Senado Federal os motivos do veto.”

⁹¹ MENDES, Gilmar Ferreira. Controle de Constitucionalidade – Aspectos Jurídicos e Políticos. São Paulo: Saraiva, 1990.

⁹² MORAES, Alexandre de. Jurisdição...Op. cit. p. 216.

⁹³ Ibidem. p. 217.

Como fundamenta Germana de Oliveira Moraes,

“a doutrina brasileira passou a defender a possibilidade do uso do mandado de segurança para arguir vício formal de inconstitucionalidade das leis, sem que se pretende reflexamente defender um direito subjetivo, mas com o fim único de zelar pela observância do devido processo legislativo disciplinado na Carta Constitucional. Defendeu-se que os deputados têm direito ao cumprimento do devido processo na elaboração legislativa ou na elaboração das emendas constitucionais”.⁹⁴

Portanto, o Poder Judiciário estará efetivando o controle difuso de constitucionalidade, para assegurar aos parlamentares o exercício de seu direito líquido e certo de apenas participarem da atividade de elaboração de preceitos legais efetuada em acordo com as normas constitucionais do devido processo legislativo.⁹⁵

De maneira que uma lei pode ser constitucionalmente material, mas formalmente inconstitucional, dado a desobediência dos próprios ritos para sua elaboração. Ou o inverso também pode ocorrer, no qual há a incompatibilidade com a Constituição, sendo inconstitucional em seu mérito. Em contrapartida, mesmo que não ocorra um bom juízo da capacidade técnica do Poder Legislativo de forma geral, uma lei para ser aprovada, transita por um extenso processo de apreciação, no qual podem vir a ser constatados vícios originais, antes da real aprovação.

O Supremo Tribunal Federal admite, portanto, a possibilidade de controle jurisdicional preventivo,⁹⁶ relativo às normas constitucionais do devido processo legislativo, tendo essa matéria, quanto à sua amplitude, duas posições.

A majoritária possui o entendimento de que o STF tem competência somente para analisar em sede de mandado de segurança ajuizado por parlamentar, a regularidade na observância por parte do Congresso Nacional de normas constitucionais concernentes ao processo legislativo, dado que os congressistas possuem direito líquido e certo a não atuarem em processo legislativo vedado pela Constituição Federal. De forma contrária, se entende que interpretações de normas regimentais são

⁹⁴ MORAES, Germana de Oliveira. O Controle Jurisdicional da Constitucionalidade do Processo Legislativo. São Paulo: Dialética, 1988. p. 87.

⁹⁵ MORAES, Alexandre de. Jurisdição... Op. cit. p. 217.

⁹⁶ STF – Pleno – MS n.º 22.03-3/DF- Relator. p/Acórdão Min. Maurício Corrêa, Diário da Justiça, Seção I, data 06/06/1997, p. 24.872. Para conferir a íntegra do Acórdão, consultar Ementário STF n.º 1.872-03.

insuscetíveis de julgamento judiciário, por tratarem de assunto *interna corporis*,⁹⁷ ou seja, questões que devem ser resolvidas internamente por cada poder.⁹⁸

Já a posição minoritária, também confirmou a existência de direito líquido e certo dos parlamentares a participarem do devido processo legal, mas compreendeu pertencer ao Poder Judiciário uma análise mais ampla⁹⁹ desse devido processo legislativo, relativo às normas do regimento interno da casa Legislativa, até mesmo, no que se refere a suas interpretações, que deverão conduzir-se pela constitucionalidade e legalidade.¹⁰⁰

2.2 Controle Difuso

De forma introdutória, pode-se dizer que a *fiscalização concreta da constitucionalidade* está disposta no artigo 204 da Constituição portuguesa, onde se consagra o controle difuso de constitucionalidade, ao afirmar que nos “feitos submetidos a julgamento não podem os tribunais aplicar normas que infrinjam o disposto na Constituição ou os princípios nela consignados”. Sendo que, no art. 280 da Constituição da República portuguesa, dispõe o denominado recurso de constitucionalidade, que constituiu um dos componentes do sistema de fiscalização concreta de constitucionalidade no ordenamento jurídico português.¹⁰¹

A fiscalização concreta da constitucionalidade corresponde num direito dever de todos os tribunais, assim, não pode ser negada a qualquer tribunal a possibilidade de desaplicar uma norma por ele julgada inconstitucional em processo que lhe tenha sido submetido e dever, porque o julgamento efetuado pelo tribunal de origem relativamente a uma questão de inconstitucionalidade, reflete sobre o Direito aplicável ao processo principal atribui carácter obrigatório, visto que se inclui, nos termos constitucionais, no âmbito de uma espécie de competência vinculada, consoante ao Acórdão n.º 169/92¹⁰² (TC – Ac. 169/92, processo 241/91, formação 2ª secção, espécie recurso, data 06/05/1992, Relator Cons. Messias Bento).

⁹⁷ MORAES, Alexandre de. *Jurisdição...* Op. cit. p. 219.

⁹⁸ STF – Pleno – MS n.º 22.505-3/DF – Ementário STF n.º 1.872-03.

⁹⁹ STF – Pleno – MS n.º 22.503/DF - Ementário STF n.º 1.872-03. Neste sentido votaram os Ministros Marco Aurélio, Ilmar Galvão e Celso de Mello.

¹⁰⁰ MORAES, Alexandre de. *Jurisdição...* Op. cit. p. 219.

¹⁰¹ FONSECA, Guilherme da; DOMINGOS, Inês. *Breviário de direito processual constitucional*. 2ª Ed. Coimbra: Coimbra Editora. 2002. p. 35; CANOTILHO, J.J. Gomes; MOREIRA, Vital *Constituição...* Op. cit. p. 1014.

¹⁰² MORAIS, Carlos Blanco. *Justiça Constitucional*. Tomo II (O Direito do Contencioso Constitucional). 2. ed. Coimbra Editora. 2005. p. 599/600.

Trata-se de uma espécie de competência em que o tribunal de origem é acometido pelo artigo 204 da Constituição da República Portuguesa, disposição que o impossibilita de aplicar normas inconstitucionais aos feitos subordinados ao seu julgamento, o que presume que, de ofício ou a requerimento dos sujeitos processuais, deva apreciar a compatibilidade do Direito aplicável com a Lei fundamental. De modo que não se pode refutar tomar conhecimento de uma questão de constitucionalidade provocada no processo.¹⁰³

A respeito da fiscalização concreta nas palavras de Fernando Alves Correia,

“Íntegra, por último, o conjunto das modalidades e controlo de fiscalização concreta ou incidental da constitucionalidade das normas jurídicas. A intervenção do TC, através das suas três Seções, no campo específico do controlo concreto da constitucionalidade, tem lugar por meio do “recurso de constitucionalidade” para aquele Tribunal das decisões dos tribunais que recusem a aplicação de qualquer norma com fundamento na sua inconstitucionalidade (decisões de desaplicação) – recurso é obrigatório (devendo ser interposto pelo Ministério Público), quando a norma desaplicada constar de convenção internacional, ato legislativo ou decreto regulamentar -, bem como das decisões que apliquem norma cuja inconstitucionalidade haja sido suscitada “durante o processo” (decisões de aplicação) e ainda das decisões dos tribunais que apliquem norma anteriormente julgada inconstitucional pelo próprios TC (arts. 280, n.os 1, alínea a) e b), 3, 4, 5 e 6, da Constituição e 69 a 85 da lei do Tribunal Constitucional”.

Compete ao Tribunal Constitucional julgar três espécies de recursos interpostos contra as decisões dos tribunais:¹⁰⁴ decisões que recusem a aplicação de qualquer norma com fundamento em sua inconstitucionalidade; decisões que apliquem norma cuja inconstitucionalidade haja sido suscitada durante o processo; decisões dos tribunais que apliquem norma anteriormente julgada inconstitucional ou ilegal pelo próprio Tribunal Constitucional.

De forma igual, cabe ao Tribunal Constitucional, o recurso das decisões que rejeitem a aplicação de norma constante de ato legislativo com fundamento em sua ilegalidade por violação da lei com valor reforçado; que deneguem a aplicação de norma constante de diploma regional com fundamento em sua ilegalidade por violação do estatuto da região autónoma ou de lei geral da

¹⁰³ MORAIS, Carlos Blanco. Justiça...Op. cit. p. 600.

¹⁰⁴ NADAIS, Antônio; VITORINO, Antônio; CANAIS, Vitalino. Lei sobre...Op. cit. p. 27. ARAÚJO, Antônio de. O Tribunal Constitucional. Coimbra: Coimbra Editora. 1997. p.12; CANAS, Vitalino. Introdução....Op.cit. p. 26.

República; que recusem a aplicação de norma constante de diploma emanado de um órgão de soberania com fundamento em sua ilegalidade por violação do estatuto de uma região autónoma.

Ressalta-se que a existência de uma decisão judicial proferida por um tribunal é requisito essencial para a atuação do Tribunal Constitucional em sede de controle difuso de constitucionalidade, em face do obrigatório esgotamento das instâncias judiciais, consoante ao art. 70 da Lei Orgânica do Tribunal Constitucional, que estabelece: “(3) não é admitido recurso para o Tribunal Constitucional de decisões sujeitas a recurso ordinário obrigatório, nos termos da respectiva processual (4) Se a decisão admitir recurso ordinário, a não interposição de recurso para o Tribunal Constitucional não faz precluir o direito de interpô-lo de ulterior decisão que confirme a primeira”.

Cumpram destacar como afirma Carlos Blanco Morais que,

“O argumento mais forte em favor de carácter integral do modelo concentrado radica na garantia do princípio da segurança jurídica. O processo de controlo de base difusa vigente em Portugal, com o arrastamento do regime “moribundo” de uma norma que seja julgada inconstitucional num caso concreto é mais oneroso, lesivo dos interesses das pessoas e do princípio da igualdade e perturbador da certeza na aplicação do Direito, do que o controlo em processo concentrado, com suspensão da instância, em que o julgamento da inconstitucionalidade da norma tem força obrigatória geral”.¹⁰⁵

Já no Brasil, a possibilidade de controle difuso de constitucionalidade existe desde a primeira Constituição Republicana de 1891, em seu artigo 59,¹⁰⁶ como salientou Rui Barbosa,¹⁰⁷

“obriga o tribunal a negar validade às leis federais, quando contrárias à Constituição, e as leis federais são contrárias à Constituição, quando o poder dominante de revisão judicial, isto é, transpassou a competência, em que a Constituição o circunscreve.”

Assim, o *controle difuso*, também conhecido como controle por via de exceção ou defesa,¹⁰⁸ caracteriza-se pela permissão a todo e qualquer juiz ou tribunal do Poder Judiciário¹⁰⁹ realizar, através

¹⁰⁵ MORAIS, Carlos Blanco. *Justiça...* Op. cit. p. 1066.

¹⁰⁶ Constituição Federal de 1891 – “Art.59, parágrafo 1º Das sentenças das justiças dos Estados em última instância haverá recurso para o Supremo Tribunal Federal (b) quando se contestar a validade de leis ou actos de 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.”

¹⁰⁷ BARBOSA, Rui. *Commentários à Constituição Federal brasileira*. São Paulo: Saraiva, 1993. 3.v.p. 23.

¹⁰⁸ MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 38. ed. São Paulo: Atlas, 2022. p. 814.

¹⁰⁹ STF – 1ª Turma – Rextr. n.º 117.805/PR – Rel. Min. Sepúlveda Pertence, Diário de Justiça, seção I, data 27/08.1993, p. 17.022.

de um caso concreto, a análise sobre a compatibilidade do ordenamento jurídico com a Constituição Federal,¹¹⁰ desta forma, órgãos jurisdicionais inferiores ou superiores, federais ou estaduais devem deixar de aplicar ao caso submetido à sua apreciação lei ou ato normativo incompatível formal ou material com a Constituição Federal.¹¹¹

O próprio Supremo Tribunal Federal também desempenha a proteção dos valores constitucionais em ações de sua competência originária (art. 102, I, e suas alíneas, da CF); de sua competência recursal originária (art. 102, II, e suas alíneas, da CF); e mediante recurso extraordinário (art. 102, III, e suas alíneas, da CF).¹¹² A Corte atualizará do controle difuso de constitucionalidade, julgando o caso concreto, de forma incidental, declarará, por maioria absoluta de seus membros, a inconstitucionalidade de uma lei ou ato normativo do poder público (CF, art. 97; RISTF, arts. 176 e 177).

No entanto, a possibilidade do controle difuso também aos juízes e Tribunais é estendida pelo artigo 97¹¹³ da Constituição Federal Brasileira, mas há uma regra, aplicável aos tribunais que visa garantir maior segurança jurídica às suas decisões que decretam, incidentalmente, a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do poder público. Trata-se da denominada “Cláusula de reserva de Plenário”, pela qual, somente pelo voto da maioria absoluta de seus membros ou dos membros do respectivo órgão poderão os tribunais declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do Poder Público.

Logicamente, essa norma constitucional não impede, no Brasil, que o juiz de primeira instância – que é órgão monocrático – possa declarar incidentalmente a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo. A norma somente existe para garantir a segurança jurídica nos Tribunais, impedindo os órgãos fracionários (Turmas, Camaras, Seções) de declararem a inconstitucionalidade, devendo remeter o caso para o Plenário (todos os membros do Tribunal) ou seu órgão especial (Art. 93, XI, da CF: “nos tribunais com número superior a vinte e cinco julgadores, poderá ser constituído órgão especial, com o mínimo de onze e o máximo de vinte e cinco membros, para o exercício das

¹¹⁰ TEIXEIRA, J.H Meirelles. Curso de direito constitucional. Forense Universitária, Rio de Janeiro, 1991. p. 405.

¹¹¹ MONÇÃO, André Augusto Duarte. O Controle Difuso da Constitucionalidade sob a ótica do direito luso-brasileiro. *Revista Jus Naveandi*, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 20, n.º 4565, 31 dez. 2015. Disponível em <https://jus.com.br/artigos/45562>. Acesso em: 04 de março 2023.

¹¹² Na jurisprudência do STF: RTJ 162/765.

¹¹³ Constituição Federal Brasileira – “Art. 97. Somente pelo voto da maioria absoluta de seus membros ou dos membros do respectivo órgão especial poderão os tribunais declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do Poder Público”.

atribuições administrativas e jurisdicionais delegadas da competência do tribunal pleno, provendo-se metade das vagas por antiguidade e a outra metade por eleição pelo tribunal pleno”).¹¹⁴

Há outra norma excepcional no Direito Brasileiro aplicável ao controle difuso de constitucionalidade com a finalidade de garantir maior segurança jurídica ao sistema normativo.

O Direito brasileiro prevê, desde a Constituição de 1934 e atualmente no artigo 52, X da Constituição de 1988, outra regra jurídica para garantir maior segurança jurídica na declaração incidental de inconstitucionalidade, que pode ser denominado de mecanismo de ampliação dos efeitos da declaração incidental de inconstitucionalidade pelo Supremo Tribunal Federal.

Diante disso, o Supremo Tribunal Federal poderá oficiar o Senado Federal, para que este, nos termos do art. 52, X,¹¹⁵ da Constituição, por meio da espécie normativa resolução, suspenda a execução, no todo ou em parte, de lei declarada inconstitucional por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal. A declaração de inconstitucionalidade é do Supremo, mas a suspensão é função do Senado.¹¹⁶ Nessas hipóteses, o Senado Federal poderá atuar para estender os efeitos da declaração incidental (*intra partes*) para todo o ordenamento jurídico (*erga omnes*), retirando a eficácia do ato normativo pro futuro.

O controle por via incidental, portanto, é aquele efetuado na apreciação de um caso concreto, possuindo como característica predominante que a declaração de inconstitucionalidade não seja o objetivo da ação. A intenção da parte com esta ação é que reconhecida seu direito que tenha sido violado ou atingido pela norma supostamente inconstitucional. Para que o magistrado ou tribunal obtenha a solução do litígio, é preciso que ocorra deliberação, de forma incidental, a respeito da constitucionalidade ou não de um dispositivo legal ou ato normativo, de modo que a matéria constitucional arguida, por esse motivo, manifesta-se como questão prejudicial.¹¹⁷

¹¹⁴ Esse entendimento é pacífico no STF: “1. No exercício da atividade jurisdicional, posto um litígio em juízo, o Poder Judiciário deverá solucioná-lo e para tanto, incidentalmente, poderá analisar a constitucionalidade ou não de lei ou de ato normativo, inclusive aqueles de efeitos concretos (controle difuso de constitucionalidade). 2. A inconstitucionalidade de ato normativo estatal só pode ser declarada pelo voto da maioria absoluta da totalidade dos membros do tribunal ou, onde houver, dos integrantes do respectivo órgão especial, sob pena de absoluta nulidade da decisão emanada do órgão fracionário (Turma, Câmara ou Seção), em respeito à previsão do art. 97 da Constituição Federal” (STF, EMB.DECL. no AG.REG. na Reclamação 18.165, 2ª Rel. Min Alexandre de Moraes, decisão: 21/08/2017).

¹¹⁵ Constituição Federal – “Artigo 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”.

¹¹⁶ MENDES, Gilmar Ferreira. Jurisdição Constitucional. Saraiva. 6. ed. São Paulo. 2013. p. 43.

¹¹⁷ MONÇÃO, André Augusto Duarte. O Controle Difuso da Constitucionalidade sob a Ótica do Direito Luso-brasileiro. Revisto Jus Navegandi, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 20, n. 4565, 31 dez. 2015. Disponível em <https://jus.com.br/artigos/45562>. Acesso em: 04 de março 2023.

No Brasil é possível observar que diversos doutrinadores usam as expressões controle difuso e controle por via incidental como sinônimos em suas obras jurídicas, dado que, desde os primórdios da República, o controle incidental é efetivado de forma difusa, de maneira a se sobrepor-se.

Importante ressaltar que a via de defesa poderá ser usada, também, por meio das ações constitucionais do *habeas corpus*, e do mandado de segurança ou ações ordinárias.¹¹⁸ Mas, sendo impossível, utilizar o *habeas corpus* como via adequada para conseguir a declaração concentrada de inconstitucionalidade de lei em tese.¹¹⁹

Vale destacar que Kelsen, igualmente Mauro Cappelletti¹²⁰ criticavam esse modelo difuso, pontualmente diante da multiplicidade de opiniões que podem os órgãos judiciários ter no que diz respeito a determinado ato normativo, o que, de acordo com eles, seria uma grande ameaça à autoridade da própria Constituição.

Kelsen, assim, dizia

“A desvantagem dessa solução consiste no fato de que os diferentes órgãos aplicadores da lei podem ter opiniões diferentes com respeito à constitucionalidade de uma lei e que, portanto, um órgão pode aplicar a lei por considerá-la constitucional, enquanto outro lhe negará aplicação com base na sua alegada inconstitucionalidade. A ausência de uma decisão uniforme sobre a questão da constitucionalidade de uma lei, ou seja, sobre a Constituição estar sendo violada ou não, é uma grande ameaça à autoridade da própria Constituição”.¹²¹

Concordo em parte, tendo em vista que até a questão constitucional destacada no caso concreto fosse definitivamente decidida pelo Supremo Tribunal Federal, qualquer decisão judicial poderia ser considerada predominante. Exatamente por isso, a Constituição de 1934 previu os dois mecanismos anteriormente analisados, que permanecem na atual CF/88 – cláusula de reserva de plenário (art. 97) e ampliação dos efeitos (art. 52, X) – no sentido de preservar maior segurança jurídica e uniformidade nas decisões incidentais de inconstitucionalidade.

Nos próximos capítulos serão tratados mais especificamente as características do controle difuso de constitucionalidade tanto do Brasil quanto de Portugal.

¹¹⁸ STF– HC n.º 96.425 ED/SP, 2ª Turma, Rel. Min. Eros Graus, 03/03/2009, Informativo STF nº 537.

¹¹⁹ MORAES, Alexandre de. Direito Constitucional. 38. ed. São Paulo: Atlas, 2022. p. 816.

¹²⁰ CAPPELLETTI, Mauro. O Controle Judicial de Constitucionalidade das Leis no Direito Comparado. 2. ed. Porto Alegre: Fabris, 1992. p. 17.

¹²¹ KELSEN, Hans. O Controle Judicial da Constitucionalidade (um estudo comparado das Constituições austríaca e americana). Jurisdição constitucional. Trad. Alexandre Krug et al. São Paulo: Martins Fontes, 2003. p. 303.

2.3 Controle Concentrado

No Brasil, o controle concentrado ou abstrato de constitucionalidade surgiu através da Emenda Constitucional nº 16 de 1965, que concedeu ao Supremo Tribunal Federal competência para processar e julgar originalmente a representação de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal ou estadual, apresentada pelo Procurador-Geral da República¹²². Esse controle é efetuado nos moldes apontados por Hans Kelsen ao Tribunal Austríaco.¹²³

Assim, atualmente, há a existência do controle judicial repressivo de constitucionalidade, sendo parte dele concentrado, com a ação direta de inconstitucionalidade genérica, ação direta de inconstitucionalidade por omissão, ação declaratória de constitucionalidade, ação direta de inconstitucionalidade interventiva e arguição de descumprimento de preceito fundamental.

Neste sentido, no desempenho de sua competência originária, a função básica do Supremo Tribunal Federal é a de Corte de Constitucionalidade, com o objetivo de realizar o controle concentrado de constitucionalidade no Direito Brasileiro, isto é, apenas ao Supremo incumbe processar e julgar as ações diretas de inconstitucionalidade, genéricas ou interventivas, as ações de inconstitucionalidade por omissão, as ações declaratórias de constitucionalidade e arguição de descumprimento de preceito fundamental, com o propósito de assegurar o domínio das normas constitucionais no ordenamento jurídico.¹²⁴

De forma breve, será analisada cada uma das ações que compõem o controle concentrado brasileiro, em especial, *Ação direta de inconstitucionalidade genérica*, disposta no artigo 102, I, a,¹²⁵ da Constituição Federal do Brasil, que visa conseguir a declaração de inconstitucionalidade da lei ou do ato normativo federal, inclusive emendas constitucionais e tratados internacionais, devidamente incorporados ao ordenamento jurídico nacional, ou estadual ou distrital, no exercício de competência equivalente a dos Estados-membros, editados posteriormente à promulgação da Constituição Federal, que ainda estejam em vigor, independentemente da existência de um caso concreto, visando-se a

¹²² BONAVIDES, Paulo. Curso de Direito Constitucional. 6ª ed. São Paulo: Malheiros, 1996. p. 78.

¹²³ MORAES, Alexandre de. Direito Constitucional. 38. ed. São Paulo: Atlas, 2022. p. 830.

¹²⁴ ALMEIDA NETO, José Tarcísio de. Direito Constitucional Brasileiro. Belo Horizonte. Del Rey, 1996. p. 55.

¹²⁵ Constituição Federal Brasileira – “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;”

obtenção da invalidação da lei, a fim de garantir a segurança das relações jurídicas, que não podem ser baseadas em normas inconstitucionais.

A declaração da inconstitucionalidade, assim, é o objeto principal da ação, de natureza igual ao que se sucede nas Cortes Constitucionais europeias,¹²⁶ diferentemente do processado no controle difuso, atributo fundamental do *judicial review* do sistema norte-americano.

Como saliente Alexandre de Moraes,¹²⁷

“A finalidade da ação direta de inconstitucionalidade é retirar do ordenamento jurídico lei ou ato normativo incompatível com a ordem constitucional, constituindo-se, pois, uma finalidade de legislador negativo do Supremo Tribunal Federal, nunca de legislador positivo. Assim, não poderá a ação ultrapassar seus fins de exclusão, do ordenamento jurídico, dos atos incompatíveis com o texto da Constituição.”

Ademais, cumpre-se dizer que a ação de inconstitucionalidade não é passível de desistência, em consequência de sua natureza e finalidade especial, assim, esse entendimento foi consagrado pelo artigo 5, da Lei n.º 9.868/99.¹²⁸

Salienta-se, ainda, não ser viável o controle de constitucionalidade de normas originárias, dado que ao consagrar a incondicional superioridade normativa da Constituição Federal, o sistema constitucional brasileiro, não admite a teoria alemã das normas constitucionais inconstitucionais,¹²⁹ que viabilizam a declaração de inconstitucionalidade com os princípios constitucionais não escritos e os postulados da justiça.

Da mesma forma, por ausência de previsão não é feito, por meio de ação direta, o controle de constitucionalidade de leis ou atos normativos municipais adversos estritamente à Constituição Federal, em virtude da Súmula n.º 642 do Supremo Tribunal Federal.¹³⁰ Havendo inconstitucionalidade dessa natureza, essa poderá ser arguida por meio do controle difuso ou pelo ajuizamento de ação de descumprimento de preceito fundamental ou feito por meio da arguição de descumprimento de preceito fundamental.

¹²⁶ MORAES, Alexandre. *Jurisdição Constitucional e Tribunais Constitucionais*. 3. ed. São Paulo. Editora Atlas. 2013. p. 222.

¹²⁷ MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 38ªed. São Paulo: Atlas, 2022. p. 845.

¹²⁸ Lei n.º 9.868/99 – “Art. 5º Proposta a ação direta, não se admitirá desistência.”

¹²⁹ CANOTILHO, J.J Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003. p. 1.171.

¹³⁰ Súmula 642: Não cabe ação direta de inconstitucionalidade de lei do Distrito Federal derivada da sua competência legislativa municipal.

Importante dizer que os efeitos da declaração de inconstitucionalidade no controle abstrato brasileiro, em regra, são *ex tunc*,¹³¹ ou seja, retroagem, *erga omnes*, isto é, gerais, vinculantes e repristinatórios, isto é, uma vez que a decretação da nulidade de uma lei torna sem efeito a antiga revogação que produzira, por assim melhor dizer, a lei anterior supostamente revogada por lei inconstitucional declarada nula com efeitos retroativos jamais perdeu sua vigência, não sofrendo solução de continuidade.¹³²

Já a *inconstitucionalidade por omissão* está prevista no artigo 103, parágrafo 2º,¹³³ da Constituição Federal Brasileira, no qual declarada a inconstitucionalidade por omissão de medida para converter efetiva norma constitucional, será dada a ciência ao poder competente para a adoção de deliberações indispensáveis.¹³⁴ Também regulada na Lei 9.868/99, capítulo II-A e Lei 12.063/09.

Apenas existe possibilidade da ação quando a Constituição define o poder público a emanar um comando normativo e este quedar-se inerte, porque o que se objetiva é complementar as omissões inconstitucionais, para que todas as normas constitucionais alcancem eficácia plena.¹³⁵

Neste sentido Alexandre de Moraes¹³⁶ explica,

“As hipóteses de ajuizamento da presente ação não decorrem de qualquer espécie de omissão do Poder Público, mas em relação às normas constitucionais de eficácia limitada de princípio institutivo e de caráter impositivo, em que a constituição investe o Legislador na obrigação de expedir comandos normativos. Além disso, as normas programáticas vinculadas ao princípio da legalidade, por dependerem de atuação normativa ulterior para garantir sua aplicabilidade, são suscetíveis de ação direta de inconstitucionalidade por omissão.”

De modo que a Constituição estabeleceu que o Poder Público dispusesse uma conduta positiva, com o intuito de assegurar a aplicabilidade e eficácia da norma constitucional, porém este poder omitiu-se, agindo negativamente em sua conduta.¹³⁷

Ao passo que Canotilho ressalta,

¹³¹ STF – Pleno – Reclamação – n.º 2576/SC – Rel. Min. Ellen Gracie, data 26/06/2004, Informativo STF nº 353, p. 1.

¹³² STF – Pleno – ADI n.º 2.867/ES – Rel. Min. Celso de Mello, Diário da Justiça, seção I, data 09/02/2007. p. 16.

¹³³ Constituição Federal Brasileira – “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.”

¹³⁴ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. Comentários à Constituição Brasileira de 1988. 2. ed. São Paulo: Saraiva. 1997. p. 487.

¹³⁵ PIOVESAN, Flávia C. Proteção Judicial Contra Omissões Legislativas. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995. p. 97.

¹³⁶ MORAES, Alexandre de. Direito...Op. cit. p. 878.

¹³⁷ MORAES, Alexandre de. Direito...Op. cit. p. 879.

“a omissão legislativa (e ampliamos o conceito também para a administrativa) só é autônoma e juridicamente relevante quando se conexas com uma exigência constitucional de ação, não bastando o simples dever geral de legislador para dar fundamento a uma omissão constitucional. Um dever jurídico-constitucional de ação existirá quando as normas constitucionais tiverem a natureza de imposições concretamente impositivas.”

Essa omissão poderá ser absoluta (total) ou relativa (parcial), como afirma Gilmar Ferreira Mendes,¹³⁸ pois

“a total ausência de normas, como também a omissão parcial, na hipótese de cumprimento imperfeito ou insatisfatório de dever constitucional de legislar.”

Em relação a *ação declaratória de constitucionalidade*, está situada na Emenda Constitucional n.º 3/93 que originou no ordenamento jurídico constitucional brasileiro esta nova espécie no controle de constitucionalidade, alterando o art. 102, I, a; criando o § 2º ao art. 102 e o § 4º ao art. 103-B da Constituição Federal. Também regulada pela Lei 9.868/99.

Ainda que de ampla discussão doutrinária sobre a inconstitucionalidade da Emenda Constitucional n. 3/93, no tocante à criação da ação declaratória de constitucionalidade, o plenário do STF já declarou incidentalmente, tanto sua constitucionalidade, como sua aplicabilidade imediata, sem necessidade de lei regulamentando seu procedimento.¹³⁹

A ação declaratória de constitucionalidade consiste em típico processo objetivo destinado a afastar a insegurança jurídica ou estado de incerteza sobre a validade de lei ou ato normativo federal, busca preservar a ordem jurídica constitucional.¹⁴⁰ O objetivo essencial da ação declaratória de constitucionalidade é transformar a presunção relativa de constitucionalidade em presunção absoluta, em função de seus efeitos vinculantes.

Nesse sentido, esse objeto consiste em atribuir ao Supremo Tribunal Federal a decisão sobre a constitucionalidade de um dispositivo legal que esteja sendo fortemente agredido pelos juízes e tribunais inferiores, apartando-se o controle difuso da constitucionalidade. Dado que declarada a

¹³⁸ MENDES, Gilmar Ferreira. *Jurisdição...* Op. cit. p. 289.

¹³⁹ MENDES, Gilmar Ferreira; MARTINS, Ives Gandra da Silva (Coord.). *Ação Declaratória de Constitucionalidade*. São Paulo: Saraiva, 1995. p. 88.

¹⁴⁰ MORAES, Alexandre. *Jurisdição...* Op. cit. p. 235.

constitucionalidade da norma, o Judiciário e o Executivo encontram-se vinculados à decisão proferida.¹⁴¹

A denominada *representação interventiva*, correspondente ao controle de constitucionalidade da intervenção federal, foi introduzida no ordenamento jurídico brasileiro pelo art. 12, § 2º, da Constituição de 1934.¹⁴²

A Constituição Federal Brasileira consagra em seu artigo 18 que a organização político-administrativa da República Federativa do Brasil compreende a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, todos autônomos. A ordem é a autonomia entre os entes federativos, mas, incomumente, a Constituição aceita a intervenção, nos casos taxativos previstos nos sete incisos do artigo 34.¹⁴³

Uma das possibilidades de decretação da intervenção federal da União nos Estados e no Distrito Federal, disposto no art. 34º, VII, da Constituição Federal, justifica-se na defesa do respeito aos chamados *princípios sensíveis*, sendo eles: forma republicana, sistema representativo e regime democrático; direitos da pessoa humana; autonomia municipal; prestação de contas da administração pública, direta e indireta; aplicação do mínimo exigido da receita resultante de impostos estaduais, compreendida a proveniente de receitas de transferência, na manutenção e desenvolvimento do ensino.¹⁴⁴

Com a edição da Lei n.º 9.882/99, em complementação ao art. 102, parágrafo 1º, da Constituição Federal Brasileira, pelo Congresso Nacional,¹⁴⁵ regulamentou a *arguição de descumprimento de preceito fundamental* (ADPF) da seguinte maneira.

Destaca-se que é cabível a arguição de descumprimento de preceito fundamental, preventivamente, diante do Supremo Tribunal Federal com o objetivo de se evadir de lesões a direitos, princípios e garantias fundamentais dispostos da Constituição Federal Brasileira, ou, repressivamente, para repará-las, quando causadas pela conduta comissiva ou omissiva de qualquer dos poderes públicos.¹⁴⁶

A lei viabiliza a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental em três hipóteses, sendo a primeira para evitar lesão a preceito fundamental, resultante de ato do poder público (art. 1º);

¹⁴¹ VIEIRA, Oscar Vilhena. Supremo Tribunal Federal: jurisprudência política. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994. p. 89.

¹⁴² MORAES, Alexandre. Jurisdição...Op. cit. p. 240.

¹⁴³ Ibidem. p. 240.

¹⁴⁴ Ibidem. p. 40.

¹⁴⁵ SILVA, José Afonso da. Curso de Direito Constitucional Positivo. Editora Juspodivm. 43. ed. São Paulo. 2020. p. 599.

¹⁴⁶ MORAES, Alexandre de. Direito...Op. cit. p. 895.

para reparar lesão a preceito fundamental, resultante de ato do poder público (art. 1º) e quando for relevante o fundamento da controvérsia constitucional sobre lei ou ato normativo federal, estadual ou municipal, incluídos os anteriores à Constituição (parágrafo único, inciso I do art. 1º).¹⁴⁷

De modo que, caberá, preventivamente, a ADPF perante o Supremo Tribunal Federal com o objetivo de se evitarem lesões a princípios e direitos fundamentais previstos na Constituição, ou, repressivamente, para repará-las, quando causadas pela conduta comissiva ou omissiva de qualquer dos poderes públicos,¹⁴⁸ assim, trata-se de norma semelhante ao recurso de amparo.

Importante observar, como decidido pelo Supremo Tribunal Federal, que “o cabimento da ADPF será viável desde que haja a observância do princípio da subsidiariedade, que exige o esgotamento de todas as vias possíveis para sanar a lesão ou a ameaça de lesão a preceitos fundamentais, ou a verificação, *ab initio*, da inutilidade de tais meios para a preservação do preceito”.¹⁴⁹

Analisando todas as espécies estabelecidas na Constituição Federal para o controle abstrato de constitucionalidade, pode-se dizer que uma das grandes diferenças entre o controle concentrado e o controle difuso são os efeitos da decisão, sendo que o primeiro possui efeito *erga omnes*, enquanto o segundo possui efeito *inter partes*, de modo que o Senado Federal tem de se fazer oponente em face de todos, segundo o disposto no artigo 52, X da Constituição.¹⁵⁰

Em Portugal, há o controle sucessivo ou repressivo de constitucionalidade em suas duas espécies, sendo elas, o difuso e o concentrado e há também controle preventivo, como já mencionado na presente dissertação.

De modo que, o poder de controle sucessivo concentrado de constitucionalidade no ordenamento português abrange no âmbito da inconstitucionalidade por ação, a fiscalização abstrata da constitucionalidade e há também a inconstitucionalidade por omissão,¹⁵¹ no qual serão analisados brevemente a seguir.

A *inconstitucionalidade por ação* está disposta no artigo 277¹⁵² da Constituição da República Portuguesa, ao estabelecer que “são inconstitucionais as normas que infringam o disposto na

¹⁴⁷ Lei n.º 9.882/99, artigo 1º, parágrafo único e inciso I.

¹⁴⁸ SILVA, José Afonso da. Curso de Direito Constitucional Positivo. Editora Juspodivm. 43. ed. São Paulo. 2020. p. 599.

¹⁴⁹ STF, Pleno, Ag.Reg. na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 261, Rel. Min. Alexandre de Moraes, decisão: 9/02/2018.

¹⁵⁰ Constituição Federal – “Artigo 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.”

¹⁵¹ SILVA, José Afonso da. Curso de Direito... Op. cit. p. 177.

¹⁵² Constituição da República Portuguesa - Artigo 277º Inconstitucionalidade por ação. 1. São inconstitucionais as normas que infringam o disposto na Constituição ou os princípios nela consignados. 2. A inconstitucionalidade orgânica ou formal de tratados internacionais regularmente ratificados não impede a aplicação das suas normas na ordem jurídica portuguesa,

Constituição ou os princípios nela consignados”. Além disso, “a inconstitucionalidade orgânica ou formal de tratados internacionais regularmente ratificados não impede a aplicação das suas normas na ordem jurídica portuguesa, desde que tais normas sejam aplicadas na ordem jurídica da outra parte, salvo se tal inconstitucionalidade resultar de violação de uma disposição fundamental”. De modo que, aqui, caso declarada a inconstitucionalidade, ocorre a nulidade do ato.

Ato contínuo, o ordenamento jurídico português consagra o *controle abstrato de constitucionalidade*, tendo o Tribunal Constitucional competência para, nos termos do art. 281 da Constituição da República portuguesa,¹⁵³ apreciar e declarar, com força obrigatória geral,¹⁵⁴ a inconstitucionalidade de quaisquer normas; a ilegalidade de quaisquer normas constantes de ato legislativo com fundamento em violação de lei com valor reforçado; a ilegalidade de quaisquer normas constantes de diploma regional, com fundamento em violação do estatuto da região ou de lei geral da República; a ilegalidade de quaisquer normas constantes de diploma emanado dos órgãos de soberania com fundamento em violação dos direitos.

Destaca-se que, conforme o art. 281, n.º 3, da Constituição da República Portuguesa, “o Tribunal Constitucional aprecia e declara ainda, com força obrigatória geral, a inconstitucionalidade ou a ilegalidade de qualquer norma, desde que tenha sido por ele julgada inconstitucional ou ilegal em três casos concretos”.¹⁵⁵

A *inconstitucionalidade por omissão* está prevista no artigo 283¹⁵⁶ da Constituição de República Portuguesa, que prevê que, declarada a inconstitucionalidade por omissão das medidas legislativas necessárias para tornar exigíveis as normas constitucionais, o Tribunal Constitucional dará conhecimento ao órgão legislativo competente.¹⁵⁷

A legitimidade ativa para propositura da ação de inconstitucionalidade por omissão é restrita ao Presidente da República, ao Provedor de Justiça ou, com fundamento em violação de direitos das

desde que tais normas sejam aplicadas na ordem jurídica da outra parte, salvo se tal inconstitucionalidade resultar de violação de uma disposição fundamental.

¹⁵³ RIBEIRO, Vinício. Constituição da República Portuguesa. Coimbra: Almedina, 1993. p. 363.

¹⁵⁴ MIRANDA, Jorge. Controlo da Constitucionalidade...Op.cit. p. 365; CANOTILHO, J.J. Gomes. p. 894.

¹⁵⁵ Constituição da República Portuguesa – “Art. 281º, 3. O Tribunal Constitucional aprecia e declara ainda, com força obrigatória geral, a inconstitucionalidade ou a ilegalidade de qualquer norma, desde que tenha sido por ele julgada inconstitucional ou ilegal em três casos concretos.”

¹⁵⁶ Constituição da República Portuguesa – “Artigo 283º Inconstitucionalidade por omissão. 1. A requerimento do Presidente da República, do Provedor de Justiça ou, com fundamento em violação de direitos das regiões autónomas, dos presidentes das Assembleias Legislativas das regiões autónomas, o Tribunal Constitucional aprecia e verifica o não cumprimento da Constituição por omissão das medidas legislativas necessárias para tornar exequíveis as normas constitucionais.2. Quando o Tribunal Constitucional verificar a existência de inconstitucionalidade por omissão, dará disso conhecimento ao órgão legislativo competente.”

¹⁵⁷ MORAES, Alexandre. Jurisdição Constitucional e Tribunais Constitucionais. 3. ed. São Paulo. Editora Atlas. 2013. p. 191.

regiões autônomas, aos presidentes das assembleias legislativas regionais. Enquanto a legitimidade passiva, por expressa determinação constitucional, somente poderá ser do legislador. Canotilho faz essa ressalva, afirmando que "o destinatário das imposições constitucionais e das ordens do legislador, cujo não cumprimento conduz à inconstitucionalidade por omissão, é, nos termos constitucionais, o legislador (AR, Governo, assembleias legislativas)".¹⁵⁸

Na hipótese de o Tribunal Constitucional declarar a inconstitucionalidade por omissão do poder público, julgando procedente a ação, será dado conhecimento aos órgãos de legislativo competente, nos termos do art. 283.2 da Constituição portuguesa.

Como apontado por Canotilho,

“a omissão legislativa (e ampliamos o conceito também para a administrativa) só é autônoma e juridicamente relevante quando se conexas com uma exigência constitucional de ação, não bastando o simples dever geral de legislador para dar fundamento a uma omissão constitucional. Um dever jurídico-constitucional de ação existirá quando as normas constitucionais tiverem a natureza de imposições concretamente impositivas”.¹⁵⁹

Ressalta-se que, em favor da fiscalização concentrada apontam-se a certeza do direito, mormente quando haja eficácia geral das decisões sobre inconstitucionalidade; o aprofundamento das questões, ligado às especialidades da interpretação constitucional, com a consequente formação de uma jurisprudência enriquecedora do conteúdo da Constituição; a sensibilidade às implicações políticas ou comunitárias globais dos problemas; o realçar da autoridade do órgão fiscalizador a par dos órgãos legislativos e de governo (o que significa que, se a concentração diminui a posição de cada um dos restantes tribunais, em contrapartida reforça a dos tribunais no seu conjunto, do Poder Judicial ou do tribunal de concentração no confronto dos demais órgãos de soberania).¹⁶⁰

¹⁵⁸ CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003. p. 921.

¹⁵⁹ CANOTILHO, J. J. Gomes. In: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo. *As garantias do cidadão na justiça*. São Paulo: Saraiva, 1993. p. 354.

¹⁶⁰ MIRANDA, Jorge. *A Fiscalização da Constitucionalidade – uma visão panorâmica*. *Revista do Ministério Público*. Rio de Janeiro: 1¼PRJ, n. 27, jan./mar. 2008. p. 106.

3. CONTROLE JUDICIAL DIFUSO NO BRASIL

3.1 Surgimento e evolução

A noção de controle de constitucionalidade efetivado por todos os órgãos do Poder Judiciário adveio do caso *Madison versus Marbury* (1803), em que o Juiz Marshall da Suprema Corte Americana declarou que é próprio da atividade jurisdicional interpretar e aplicar a lei,¹⁶¹ isto é, argumentou a respeito da supremacia da Constituição diante das leis em geral e da necessidade de garantir o texto constitucional através de um controle conferido aos órgãos do Poder Judiciário (*judicial review of legislation*).¹⁶² Representou um verdadeiro marco na história constitucional do mundo, dado que se passou a reconhecer essa tarefa suprema como inseparável ao exercício da jurisdição.¹⁶³ De modo que em caso de incoerência entre a legislação e a Constituição, o tribunal deve implementar esta última por ser superior a qualquer lei ordinária do Poder Legislativo.¹⁶⁴

Em seguida este caso, a Corte apenas retornou a declarar a inconstitucionalidade de uma lei federal em 1857, no caso *Scott versus Sandford*, quando compreendeu ser conflitante com a Constituição a seção 8ª do *Missouri Compromise Act*, de 1850, que proibira a escravidão nos territórios.¹⁶⁵

O relator do caso, *Chief Justice* Taney, entendeu que o dispositivo em questão era contrário à 5ª emenda, “ninguém poderá ser privado da vida, liberdade ou bens, sem processo legal; nem a propriedade privada poderá ser expropriada para o uso público, sem justa indenização”, pois, se assim fosse empregue, estaria autorizando que um cidadão que é proprietário de escravos pudesse ser privado de seus bens e de sua propriedade, escravo, sem o devido processo legal. Tal decisão entendeu que os escravos necessitariam ser tidos como propriedade e não como cidadãos.¹⁶⁶ Assim, recorda Lêda Boechat, “foi tão grande a perda de prestígio da Corte, que ela custaria a recuperar a confiança popular depois dessa decisão”.¹⁶⁷

¹⁶¹ MORAES, Alexandre de. Direito...op. cit. p. 814.

¹⁶² CUNHA JÚNIOR. Dirley da. Controle de constitucionalidade. Teoria e prática. 2. Ed. Revista, Ampliada e Atualizada. Edições Podivm. 2007. p. 101.

¹⁶³ TAVARES, André Ramos; ROTHENBERG, Walter Claudius. Aspectos Atuais do Controle de Constitucionalidade no Brasil: Recurso Extraordinário e Arguição de descumprimento de Preceito Fundamental. Editora Forense. Rio de Janeiro. 2003. p. 5.

¹⁶⁴ MORAES, Alexandre de. Jurisdição...Op. cit. p. 97/100.

¹⁶⁵ MORAES, Alexandre de. Direito... Op. cit. p. 815.

¹⁶⁶ Ibidem. p. 815.

¹⁶⁷ RODRIGUES, Lêda Boechat. A Corte Suprema e o Direito Constitucional Americano. Rio de Janeiro: Revista Forense. 1958. p. 61.

A Suprema Corte consolidou-se no exercício do controle de legalidade dos atos governamentais, durante a Presidência de Marshall, decidindo sobre a ilegalidade dos atos presidenciais por violação manifesta de legislação específica do Congresso, caso *Little versus Berreme* em 1804, além disso estabelecendo sua competência para analisar a constitucionalidade de leis ou atos normativos estaduais permitida pelo Congresso, na Seção 25 da lei Judiciária de 1789, nos casos *Warre versus Hylton* em 1797, *Fletcher versus Pech* em 1810, *Martin versus Hunter's Lesse* em 1816 e *Cohens versus Virginia* em 1821.¹⁶⁸ De modo que esta consolidação da Corte de Marshall assegurou de forma efetiva ao Judiciário norte-americano seu posto entre os Poderes de Estado, assim Henry Abraham¹⁶⁹ discorre,

“a principal arma à disposição da Corte Suprema na disputa ou no jogo da separação de poderes com controles e avaliações tem sido seu poder dominante de revisão judicial, poder somente existente no Judiciário de pouco países”.

A possibilidade do controle difuso de constitucionalidade no Brasil existe desde a primeira Constituição republicana de 1891, de modo que se apossou, concretamente no Brasil, com a Lei federal n. 221, de 1894, que atribuía competência aos juízes e tribunais para avaliarem a juricidade das leis e regulamentos, e permitirem de aplicá-los aos casos concretos, caso fossem manifestamente inconstitucionais.¹⁷⁰

Atualmente, o controle difuso de constitucionalidade se consagra na Constituição Federal de 1988. Diante disso, o controle de atos e omissões do poder público é efetivado durante o curso de uma demanda judicial concreta, e de forma incidental, isto é, como incidente dela, por qualquer juiz ou tribunal.¹⁷¹

3.2 Disposições principais

¹⁶⁸ SCHWARTS, Bernard. *Direito Constitucional Americano*. Rio de Janeiro: Forense. 1966. p. 257; MORAES, Alexandre de. *Direito...* Op. cit. p. 816.

¹⁶⁹ ABRAHAM, Henry J. *A Corte Suprema no Evolutivo Processo Político*. In: Vários autores. *Ensaio sobre a Constituição dos Estados Unidos*. Rio de Janeiro: Forense Universitária. 1978. p. 93.

¹⁷⁰ COSTA, José Manuel M. Cardoso da, *A jurisprudência Constitucional em Portugal*. 2. ed. Coimbra: 2007. p. 44 e 48.

¹⁷¹ CUNHA JÚNIOR, Dirley da. *Controle de Constitucionalidade. Teoria e prática*. 2. ed. Revista, Ampliada e Atualizada. Edições Podivm. 2007. p. 101.

O controle difuso caracteriza-se pela permissão a todo e qualquer juiz ou tribunal realizar, através de um caso concreto, a análise sobre a compatibilidade do ordenamento jurídico com a Constituição Federal.¹⁷²

Importante reforçar, como já dito, que este controle, também é conhecido como controle por via de exceção ou defesa,¹⁷³ define-se pela permissão a todo e qualquer juiz ou tribunal do Poder Judiciário¹⁷⁴ realizar, por meio de um caso concreto, a análise sobre a harmonia, compatibilidade do ordenamento jurídico com a Constituição Federal,¹⁷⁵ desta maneira, órgãos jurisdicionais inferiores ou superiores, federais ou estaduais devem deixar de aplicar ao caso submetido à sua apreciação lei ou ato normativo incompatível formal ou material com a Constituição Federal.¹⁷⁶

Basicamente, são dois os dispositivos constitucionais que fundamentam o controle difuso ou incidental da constitucionalidade no sistema jurídico brasileiro: a) art. 5º, XXXV, da Constituição Federal Brasileira, que consagra o denominado princípio da inafastabilidade das decisões judiciais; b) e o art. 97 da Constituição Federal Brasileira, que consagra e exige a observância pelos tribunais, para o controle difuso, da cláusula constitucional de reserva de plenário.

Em se tratando da legitimidade para provocar o controle difuso incidental de constitucionalidade, aqueles que integram a relação processual. Canotilho entende que apesar de os órgãos de controle não poderem começar, de ofício, um processo de controle de constitucionalidade,

“isso não significa necessariamente que o órgão de controle, num processo perante si já levantado, não pode *ex officio* tomar conhecimento e suscitar o incidente da inconstitucionalidade, mesmo quando as partes o não tenham feito”.

177

¹⁷² TEIXEIRA, J.H Meirelles. Curso de Direito Constitucional. Forense Universitária, Rio de Janeiro, 1991. p. 405.

¹⁷³ MORAES, Alexandre de. Direito...Op. cit. p. 814.

¹⁷⁴ STF – 1ª Turma – Rextr. nº 117.805/PR – Rel. Min. Sepúlveda Pertence, Diário de Justiça, seção I, data 27/08.1993, p. 17.022.

¹⁷⁵ TEIXEIRA, J.H Meirelles. Curso de...Op. cit. p. 405.

¹⁷⁶ MONÇÃO, André Augusto Duarte. O Controle Difuso da Constitucionalidade sob a Ótica do Direito Luso-brasileiro. Revisto Jus Navegandi, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 20, n. 4565, 31 dez. 2015. Disponível em <https://jus.com.br/artigos/45562>. Acesso em: 04 de março 2023.

¹⁷⁷ CANOTILHO, J.J. Gomes. Direito Constitucional...Op. cit. p. 837.

Todavia, o Supremo Tribunal Federal tem refutado essa doutrina da declaração *ex officio* da inconstitucionalidade da lei na eventualidade/hipótese estrita de recurso extraordinário, obrigando o indispensável prequestionamento. Na jurisprudência da Corte Superior, “a limitação do juiz RE, de um lado, ao âmbito das questões constitucionais enfrentadas pelo acórdão recorrido, e de outro lado, à fundamentação do recurso, impede a declaração de ofício de inconstitucionalidade da lei aplicada, jamais arguida pelas partes, nem cogitada pela decisão impugnada”.¹⁷⁸

Assim, podem iniciar o controle incidental de constitucionalidade, as partes, isto é, autor e réu em quaisquer demandas; os terceiros intervenientes, de forma exemplificativa, os litisconsortes, assistentes, entre outros; o Ministério Público, quando oficie no feito e o juiz out tribunal, de ofício, com exceção o Supremo Tribunal Federal no recurso extraordinário.¹⁷⁹

O Supremo Tribunal Federal está incluído no contexto dos diversos órgãos que são habilitados a reconhecerem a inconstitucionalidade, em razão da implementação de um modelo difuso de fiscalização.¹⁸⁰

A função do Supremo Tribunal Federal é a de Corte de Constitucionalidade, no desempenho de sua competência originária, com o objetivo de realizar o controle concentrado de constitucionalidade no Direito Brasileiro, isto é, apenas o Supremo incumbe processar e julgar as ações diretas de inconstitucionalidade, genéricas ou interventivas, as ações de inconstitucionalidade por omissão e as ações declaratórias de constitucionalidade, com o propósito de assegurar o domínio das normas constitucionais no ordenamento jurídico.¹⁸¹

Assim, o Supremo desempenha a proteção dos valores constitucionais, realizando o controle difuso de constitucionalidade tanto em ações de sua competência originária (art. 102, I, e suas alíneas, da CF), quanto de sua competência recursal originária (art. 102, II, e suas alíneas, da CF), mediante recurso extraordinário (art. 102, III, e suas alíneas, da CF).¹⁸²

Destaca-se que a jurisprudência do STF exige para o cabimento do recurso extrator que a ofensa à Constituição tenha sido direta e frontal, não admitindo nas hipóteses de ofensa reflexa, ou

¹⁷⁸ CUNHA JÚNIOR, Dirley da. Controle de Constitucionalidade. Teoria e prática. 2. ed. Revista, Ampliada e Atualizada. Edições Podivm. 2007. p. 140. Indica: RE 117805-PR, DJU 27.08.1993.

¹⁷⁹ Ibidem. p. 140.

¹⁸⁰ TAVARES, André Ramos; ROTHENBERG, Walter Claudius. Aspectos Atuais do Controle de Constitucionalidade no Brasil: Recurso Extraordinário e Arguição de descumprimento de Preceito Fundamental. Editora Forense. Rio de Janeiro. 2003. p. 7.

¹⁸¹ ALMEIDA NETO, José Tarcísio de. Direito Constitucional brasileiro. Belo Horizonte. Del Rey, 1996. p. 55.

¹⁸² Na jurisprudência do STF: RTJ 162/765.

seja, quando para comprovar a contrariedade à Constituição, houver necessidade de, antes, demonstrar a ofensa à lei ordinária.¹⁸³

A Corte atualizará do controle difuso de constitucionalidade, julgando o caso concreto, de forma incidental, declarará, por maioria absoluta de seus membros, a inconstitucionalidade de uma lei ou ato normativo do poder público (CF, art. 97; RiSTF, arts. 176 e 177).

Contudo, a possibilidade do controle difuso também aos Tribunais é estendida pelo artigo 97¹⁸⁴ da Constituição Federal Brasileira, mas há uma regra, somente pelo voto da maioria absoluta de seus membros ou dos membros do respectivo órgão poderão os tribunais declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do Poder Público.

Conforme anteriormente analisado, o artigo 97 da Constituição, dispõe sobre a cláusula de reserva de plenário, que atua como verdadeira condição de eficácia jurídica da própria declaração de inconstitucionalidade dos atos do Poder Público, aplicando-se para todos os tribunais, via difusa e para o Supremo Tribunal Federal, também no controle concentrado.¹⁸⁵ Esta cláusula, a qual seja, dispõe que a inconstitucionalidade de qualquer ato normativo estatal somente pode ser declarada pelo voto da maioria absoluta da totalidade dos membros do tribunal, ou onde houver, dos integrantes do respectivo órgão especial, sob pena de nulidade absoluta da decisão oriunda do órgão fracionário, isto é, turma, câmara ou seção.¹⁸⁶

Assim, na hipótese de se obter apenas a maioria de votos e não a maioria absoluta para a declaração de inconstitucionalidade no controle concentrado, o Supremo Tribunal Federal não pronunciará juízo de constitucionalidade ou inconstitucionalidade. De maneira que a jurisprudência¹⁸⁷ do Supremo Tribunal Federal, fortemente vem reiterando, que proclamado que a descon sideração do princípio em causa gera, como inevitável efeito consequencial, a nulidade absoluta da decisão judicial colegiada que, emanando de órgão meramente fracionário, haja declarado a inconstitucionalidade de determinado ato estatal.¹⁸⁸

¹⁸³ MORAES, Alexandre. *Jurisdição*...Op. cit. p. 246.

¹⁸⁴ Constituição Federal Brasileira – “Art. 97. Somente pelo voto da maioria absoluta de seus membros ou dos membros do respectivo órgão especial poderão os tribunais declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do Poder Público”.

¹⁸⁵ STF – Pleno – ADI 4066/DF- Rel. Min. Rosa Weber, data julgamento 23 e 24/08/2017. No julgamento da inconstitucionalidade do artigo 2º da Lei nº 9.055/95, conhecido como questão do amianto, cinco Ministros votaram pela inconstitucionalidade e quatro pela constitucionalidade da norma. Como dois ministros se declararam impedidos de participar do julgamento, não se obteve a maioria absoluta para a declaração de inconstitucionalidade.

¹⁸⁶ MORAES, Alexandre de. *Direito*...Op. cit. p. 817.

¹⁸⁷ Revista Trimestral de Jurisprudência (RTJ) 58/499; RTJ 71/233; RTJ 110/226; RTJ 135/297; RTJ 95/859; RJ 508/217; RF 193/131.

¹⁸⁸ MORAES, Alexandre de. *Direito*...Op. cit. p. 817.

Todavia, de forma excepcional, o Supremo Tribunal Federal compreende ser desnecessário a aplicação do artigo 97, da Constituição Federal Brasileira, quando presente dois requisitos, assim Alexandre de Moraes¹⁸⁹ discorre,

“a existência anterior de pronunciamento da inconstitucionalidade da lei ou ato normativo pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal; a existência, no âmbito do tribunal *a quo*, e em relação àquele mesmo ato do Poder Público, de uma decisão plenária que haja apreciado a controvérsia constitucional, ainda que desse pronunciamento não tenha resultado o formal reconhecimento da inconstitucionalidade da regra estatal questionada”.¹⁹⁰

Assim, o Supremo Tribunal Federal possui o entendimento de que “versando a controvérsia sobre o ato normativo já declarado inconstitucional pelo guardião maior da Carta Política a República – o Supremo Tribunal Federal – descabe o deslocamento previsto no art. 97 do referido Diploma maior. O julgamento de plano pelo órgão fracionado homenageia não só a racionalidade, como também implica interpretação teleológica do art. 97 em comento, evitando a burocratização dos atos judiciais no que nefasta ao princípio da economia e da celeridade. A razão de ser do preceito está na necessidade de evitar-se que órgãos fracionados apreciem, pela primeira vez, a pecha de inconstitucionalidade de arguida em relação a um certo ato normativo”.¹⁹¹

Nesse seguimento, a Corte Suprema editou a Súmula Vinculante 10, com a seguinte redação: “Viola a cláusula de reserva de Plenário (CF, artigo, 97) a decisão dos órgãos fracionários de tribunal que, embora não declare expressamente a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do poder público, afasta sua incidência, no todo ou em parte.”¹⁹²

Neste sentido, em segundo Agravo Regimental no Recurso Extraordinário n° 635.088,¹⁹³ o Relator Ministro Marco Aurélio, acompanhado de forma unânime pela 1ª Turma, onde ocorreu o julgamento, negaram provimento ao recurso, no caso em questão que o Tribunal Regional Federal da 1ª Região, não aplicou norma que define que a venda de cigarros deve ser em lotes de vinte unidades, autorizando a venda em catorze unidades. O Ministro Marco Aurélio, argumentou que

¹⁸⁹ MORAES, Alexandre de. Direito...Op. cit. p. 818.

¹⁹⁰ RE n.º 190.725, Rel. p/ acórdão Min. Ilmar Galvão e STF – Agravo de Instrumento n.º 172.992-9, Rel. Min. Celso de Mello, Diário de Justiça, Seção I, p. 23.357, que, porém, ressalva sua posição, entendendo da aplicabilidade da cláusula de reserva de plenário, mesmo que a norma questionada perante o Tribunal inferior já tenha sido declarada inconstitucional *incider tantum* pelo próprio Supremo Tribunal Federal (RTJ 99/273).

¹⁹¹ STF -Pleno – AR 1.551/RJ – Rel. Min. Gilmar Mendes, data 19/10/2016. RTJ 162/765.

¹⁹² STF – 1ª Turma – Rel 24.284/SP – Rel. Min. Edson Fachin, data julgamento 22/11/2016.

¹⁹³ STF – 1ª Turma – RE n° 635.088/DF AgR segundo - Rel. Min. Marco Aurélio – j. 4/02/2020.

“Conforme assentado na decisão individual, o Tribunal Regional Federal da 1ª Região, por meio de órgão fracionário, ao afastar o Decreto nº 2.637/1998, tomando como parâmetro o artigo 170, inciso IV, da Constituição Federal, olvidou o versado no artigo 97 da Lei das leis, segundo o qual *“somente pelo voto da maioria absoluta de seus membros ou dos membros do respectivo órgão especial poderão os tribunais declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do Poder Público”*.¹⁹⁴

De modo que como muito bem ressaltado, no voto do Ministro Alexandre de Moraes expôs,

“No caso aqui seria a Quarta Turma do Tribunal Regional Federal da Primeira Região - em vez de declarar a inconstitucionalidade, subtrair uma interpretação possível, na verdade isso é uma declaração parcial de inconstitucionalidade. Reiteradas vezes, não só o Tribunal Regional Federal mas vários tribunais - segundo os próprios membros dizem, informalmente, depois -, para ganhar tempo, em vez de mandar ao órgão especial, não dizem que é inconstitucional, dizem que naquele caso não se aplica. (...) Diria aqui que acaba sendo um bypass no art. 97. *O art. 97 já precisou da Súmula Vinculante 10 - quando em tese nem deveria -, porque o desrespeito a ele era absurdo. Agora é desrespeito ao art. 97 e à Súmula Vinculante 10. Como dito pelo eminente Ministro-Relator, é clara essa hipótese, porque a decisão afastou a incidência do art. 272 do Decreto nº 2.637 e não aplicou a venda de lotes de vinte unidades de cigarros, mas sim de catorze. A decisão dizendo que isso fere o princípio da livre concorrência apontou o paradigma constitucional, então essa legislação fere o art. 170, IV. Só que isso não é declarar a inconstitucionalidade, segundo o Tribunal Regional Federal, é uma interpretação. Ora, isso é uma interpretação em que se declara a inconstitucionalidade. A norma não aplicada define que a venda de cigarros deve ser em lotes de vinte unidades e aqui a venda é em catorze unidades. O Tribunal Regional Federal, em lugar de declarar a inconstitucionalidade, afastou a obrigatoriedade legal de vinte unidades porque feria a livre concorrência. Ou seja, declarou a inconstitucionalidade.*”¹⁹⁵

Dessa forma, conclui-se que a cláusula de reserva de plenário tem por finalidade garantir a segurança jurídica e somente é obrigatória para que um Tribunal possa declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do poder público, sob pena de nulidade,¹⁹⁶ não se

¹⁹⁴ STF – 1ª Turma – RE n.º 635.088/DF AgR segundo - Rel. Min. Marco Aurélio – j. 4/02/2020. Acesso em 18/04/2023: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=752167442>.

¹⁹⁵ STF – 1ª Turma – RE n.º 635.088/DF AgR segundo - Rel. Min. Marco Aurélio – j. 04/02/2020. Acesso em 18/04/2023: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=752167442>.

¹⁹⁶ Nesse sentido: “A cláusula de reserva de plenário atua como condição de eficácia jurídica da própria declaração

aplicando à declaração de constitucionalidade dos órgãos fracionários dos tribunais,¹⁹⁷ pois nessas hipóteses haverá a manutenção do princípio da presunção da constitucionalidade das leis. Além disso, essa previsão constitucional não veda ao juiz monocrático, a possibilidade de declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do Poder Público, uma vez que sua decisão poderá ser revista pelo órgão colegiado.¹⁹⁸

3.2.1 Controle difuso e o Senado Federal

A Constituição Brasileira de 1988, prevê no artigo 52, X, que compete ao Senado Federal “suspender a execução, no todo ou em parte, de lei declarada inconstitucional por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal.”

De modo que tal disposição foi implementada, primeiramente, pela Constituição de 1934 e permaneceu nas Constituições seguintes, com exceção da Constituição de 1937. Com a finalidade de reparar uma deficiência do sistema difuso incidental quando acolhido nos países, como o Brasil, herdaram a tradição romano-germânica da *civil law*, carentes do princípio do *stare decisis* (“manter as coisas decididas”). Assim, pretendiam prevenir a multiplicação de ações judiciais interpostas por todos aqueles que, de forma igual, se sentissem influenciados pela lei ou ato inconstitucional e também evitar a possibilidade de conflitos de decisões entre os órgãos judiciários competentes para a efetivação do controle.¹⁹⁹

Em relação ao controle difuso e o Senado Federal, consoante ao artigo 52, X, da Constituição Federal Brasileira, ao Superior Tribunal Federal decidir um caso concreto, incidentalmente, pela maioria absoluta de seus membros, a inconstitucionalidade de uma lei ou ato normativo do Poder Público, poderá oficiar o Senado Federal, para que este, nos termos do art. 52, X, da Constituição, por meio da espécie normativa resolução, suspenda a execução, no todo ou em parte, de lei declarada inconstitucional por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal.²⁰⁰

jurisdicional de inconstitucionalidade dos atos do Poder Público, aplicando-se para todos os tribunais, via difusa, e para o Supremo Tribunal Federal, também no controle concentrado (CF, art. 97 e SV 10)” (STF, Pleno, Recurso Extraordinário com Agravo 791.932, Rel. Min. Alexandre de Moraes, decisão: 11/10/18).

¹⁹⁷ RTJ 98/877.

¹⁹⁸ MORAES, Alexandre de. Direito Constitucional. 38. ed. São Paulo: Atlas, 2022. p. 818.

¹⁹⁹ CUNHA JÚNIOR. Dirley da. Controle...Op. cit. p. 147.

²⁰⁰ MENDES, Gilmar Ferreira. Jurisdição Constitucional. Saraiva. 6. ed. São Paulo. 2013. p. 43.

De maneira que esse mecanismo de alargamento dos efeitos da declaração incidental de inconstitucionalidade tem como finalidade modificar em *erga omnes*, os efeitos *inter partes* da declaração efetivada diante do julgamento de um caso concreto pelo Supremo Tribunal Federal, bem como em suspender os efeitos da lei viciada, para que não permaneça dificultando a segurança jurídica.²⁰¹

Melhor dizendo, se torna viável conferir eficácia geral às decisões implementadas em controle difuso de constitucionalidade, modificando, assim, os efeitos *inter partes* em *erga omnes*, com eficácia à partir da edição da resolução do Senado Federal.

O Senado conhecerá da declaração proferida em decisão definitiva pelo Supremo Tribunal Federal, de inconstitucionalidade, total ou parcial de lei mediante: comunicação do Presidente do Tribunal; representação do Procurador-Geral da República; projeto de resolução de iniciativa da comissão de constituição, justiça e cidadania, conforme prevê o artigo 386²⁰² do Regimento Interno do Senado Federal.

Doutrinariamente, há uma polêmica sobre a natureza dessa atribuição ao Senado Federal, tendo em vista que há juristas que entendem ser discricionária²⁰³ e outros vinculada, exercida em caráter compulsório,²⁰⁴ isto é, a respeito da possibilidade de o Senado Federal não suspender a executoriedade da lei declarada inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal, de forma incidental, pela via de defesa.

Acontece que o Supremo Tribunal Federal e o Senado Federal possuem o entendimento que o Senado não está obrigado a executar à edição da resolução suspensiva do ato estatal de que inconstitucionalidade, em caráter irrecorrível, foi declarada em concreto pela Corte Superior. Assim, sendo ato discricionário do Poder Legislativo, nomeado como deliberação fundamentalmente política, de alcance normativo.²⁰⁵

²⁰¹ MORAES, Alexandre de. Direito... Op. cit. 819.

²⁰² Regimento Interno do Senado Federal - Art. 386. O Senado conhecerá da declaração, proferida em decisão definitiva pelo Supremo Tribunal Federal, de inconstitucionalidade total ou parcial de lei mediante: 259 I – Comunicação do Presidente do Tribunal; II – Representação do Procurador-Geral da República; III – projeto de resolução de iniciativa da Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania.

²⁰³ Alexandre de Moraes indica que nesse sentido estão Celso de Mello Filho, Paulo Brossard, Oswaldo Aranha Bandeira de Mello, Themístocles Cavalcanti, Nogueira da Silva e Elival da Silva Ramos.

²⁰⁴ Alexandre de Moraes indica que nesse sentido estão Michel Temer, Manoel Gonçalves, Celso Bastos, Lúcio Bittencourt e Alfredo Buzaid.

²⁰⁵ BROSSARD, Paulo. O Senado e as Leis Inconstitucionais. Revista de Informação Legislativa, v. 13, n. 50, abr./jun. 1976. p. 50/55.

De modo que ao Senado Federal, além de examinar o aspecto formal da decisão declaratória da inconstitucionalidade, observando se foi efetivada por *quórum* satisfatório e é definitiva, deve questionar da adequação dessa suspensão.²⁰⁶

Ressalta-se que, sem a declaração de inconstitucionalidade proferida pelo Supremo Tribunal Federal, o Senado Federal não consegue efetivar a suspensão, dado que não é viável suspender execução de lei ou decreto não declarado inconstitucional, mas a tarefa constitucional de ampliação desses efeitos é do Senado.²⁰⁷

Mas, caso o Senado Federal, discricionariamente, editar a resolução suspendendo o todo ou em parte leis, federal, estaduais, distritais ou municipais, declaradas incidentalmente inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal, terá esgotado sua competência constitucional, não podendo alterar seu entendimento posteriormente.²⁰⁸

Contudo, verifica-se que, após a EC 45/04, com a previsão da repercussão geral nos recursos extraordinários, na prática, não é mais necessária a aplicação do artigo 52, X, da Constituição Federal Brasileira, o qual a efetividade sempre foi reduzida, até os dias de hoje, pois as decisões do Supremo Tribunal Federal no caso concreto valerão para todos os demais casos idênticos, com efeitos *erga omnes*, como será melhor exposto e analisado no próximo tópico.

3.2.2 Interpretação conforme a Constituição e declaração parcial de nulidade de redução de texto

Duas outras técnicas decisórias utilizadas no controle de constitucionalidade existem e são interessantes as mencionar no presente estudo, chamadas de interpretação conforme a Constituição e declaração parcial de nulidade sem redução de texto.

No Brasil, inclusive, a Lei n.º 9.868/99 previu que a declaração de constitucionalidade ou de inconstitucionalidade, inclusive a interpretação conforme a Constituição e a declaração parcial de inconstitucionalidade sem redução de texto, têm *efeitos vinculantes* em relação aos órgãos do Poder Judiciário e à Administração Pública federal, estadual e municipal.

²⁰⁶ MORAES, Alexandre de. Direito...Op. cit. p. 820.

²⁰⁷ Nesse sentido pareceres nos 154 e 261 de 1971 da Comissão de Constituição e Justiça do Senado Federal. Revista de Informação Legislativa n.º 48/265.

²⁰⁸ MELLO FILHO, José Celso. Constituição Federal anotada. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1986. p. 183.

O Supremo Tribunal Federal, nessas formas de controle, não declara a lei inconstitucional de maneira absoluta, resguardando sua permanência no ordenamento jurídico.²⁰⁹

Em ambas as hipóteses, o tribunal deverá encontrar o sentido da lei que apresente adequação às normas constitucionais.

Sendo que na interpretação conforme a Constituição, se declara qual das viáveis interpretações do texto da lei se mostra compatível com a Constituição e na declaração parcial de nulidade, se declara a inconstitucionalidade de algumas interpretações da lei, deixando-se outras a salvo.²¹⁰

Como ensina Canotilho, “a interpretação conforme a constituição só é legítima quando existe um *espaço de decisão* (= espaço de interpretação) aberto a várias propostas interpretativas, umas em conformidade com a constituição e que devem ser preferidas, e outras em desconformidade com ela”.²¹¹

Da mesma maneira, João Loureiro, Jónatas Machado e Maria Benedita Urbano apontam que “se existirem duas ou mais interpretações constitucionalmente admissíveis de um preceito legal de optar-se por aquela que leva mais longe a realização das finalidades constitucionais, que possibilite o ponto óptimo de equilíbrio menos restritivo entre direitos ou bens constitucionalmente protegidos”.²¹²

Como bem destacado pelo Supremo Tribunal Federal, “interpretação conforme a Constituição: técnica de controle de constitucionalidade que encontra o limite de sua utilização no raio das possibilidades hermenêuticas de extrair do texto uma significação normativa harmônica com a Constituição”.²¹³

Por sua vez, a declaração de inconstitucionalidade parcial sem redução de textos será aplicada para preservar a constitucionalidade da lei ou do ato normativo, excluindo-se algumas de suas interpretações que seriam antagônicas ao texto constitucional.

De modo que a interpretação conforme e a declaração parcial de nulidade sem redução de texto concedem a qualquer juiz as possibilidades, respetivamente, de deixar de declarar a lei inconstitucional e efetivar a única interpretação de acordo com a Constituição; e entender inconstitucionais determinadas interpretações de lei.

²⁰⁹ STF – Pleno – ADI 6421 MC, Rel. Min. Roberto Barroso, j. 21-5-2020; STF – Pleno – ADI 6330, Rel. Min. Alexandre de Moraes, j. 11-11-2020.

²¹⁰ MARINONI, Luiz Guilherme. Teoria Geral do Processo. Curso de Processo Civil. Volume I. 2. ed. Revista e Atualizada. Editora Revista dos Tribunais. 2007. p. 59.

²¹¹ CANOTILHO, J.J. Direito... Op. cit. p. 230.

²¹² LOUREIRO, João. MACHADO, Jónatas, URBANO Maria Benedita. Direito Constitucional. Casos práticos resolvidos. Coimbra Editora, 1995. p. 24.

²¹³ STF – Pleno – ADI 3.046-9/SP, Rel. Min. Sepúlveda Pertence. J. 15/04/2004.

Gilmar Mendes Ferreira aponta essa grande semelhança entre as duas hipóteses, ensinando que “Identifica-se, assim, uma forte semelhança entre a declaração de inconstitucionalidade parcial sem redução de texto e interpretação conforme à Constituição, na qual, como se verá adiante, declara-se, muitas vezes, a inconstitucionalidade de determinadas possibilidades de interpretação com a eliminação de ampla constelação de casos do âmbito de aplicação da norma”.²¹⁴

Assim, o juiz além de poder efetuar o controle da constitucionalidade de forma objetiva, pode ponderar a compatibilidade da lei diante da Constituição no caso concreto, dado que a aplicação de uma lei pode acarrear a um resultado incompatível com a Constituição.²¹⁵

Contudo, em qualquer dessas situações, determinados sentidos da lei poderão ser parcialmente desconsiderados, associada em sentido para autorizar uma interpretação em conformidade com a Constituição, ou ter algumas de suas interpretações rejeitadas.

Assim, como a interpretação conforme e a declaração parcial de nulidade autorizam à parte prejudicada alcançar ao Supremo Tribunal Federal através de recurso extraordinário, é correto que esse Tribunal, também nessas particularidades de controle incidental, poderá dar a decisão final.²¹⁶ Aqui, caso o Supremo Tribunal Federal após decidir reiteradas vezes que há somente uma interpretação conforme ou que determinadas interpretações são inconstitucionais, poderá editar súmula consoante ao artigo 103-A, da Constituição Federal Brasileira, os demais órgãos estarão vinculados, e em caso de não seguirem a interpretação da lei determinada pela Corte Superior, caberá reclamação ao STF.²¹⁷

Em síntese, o Judiciário pode controlar a constitucionalidade da lei, declarando a sua inconstitucionalidade; realizando uma interpretação consoante a Constituição, quando a lei, implementada literalmente, levada a um juízo de nulidade, porém oferta uma interpretação que é conciliável com a Constituição; e compreendendo que determinadas interpretações são inconstitucionais e apoiado na lei constitucional, faz-se uma interpretação apropriada ao caso concreto.

3.2.3 Eficácia temporal das decisões de inconstitucionalidade

²¹⁴ MENDES, Gilmar Ferreira. *Jurisdição constitucional*. São Paulo: Saraiva, 1996. p. 199.

²¹⁵ *Ibidem*. p. 61.

²¹⁶ MARINONI, Luiz Guilherme. *Teoria Geral...Op. cit.* p. 61.

²¹⁷ *Ibidem*. p. 61.

A eficácia temporal *ex tunc* das decisões declarativas de inconstitucionalidade é adotada no direito brasileiro, tanto no controle concentrado quanto no controle difuso de constitucionalidade, pois como salientado pelo Ministro Celso de Mello, do Supremo Tribunal Federal, “a lei inconstitucional nasce morta”²¹⁸ e, portanto, o ato é nulo não produzindo efeitos.

Porém, apesar de a declaração de inconstitucionalidade ter eficácia *ex tunc*, dado que o vício declarado importa a nulidade da norma desde a sua origem, também está consagrada no ordenamento jurídico brasileiro a possibilidade de modulação dos efeitos temporais no controle abstrato de constitucionalidade, nos termos do artigo 27 da Lei 9.868/99, tendo em vista razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social.

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

A modulação dos efeitos temporais exercida pelo Supremo Tribunal Federal, entretanto, não é somente no domínio do controle abstrato sucessivo de normas jurídicas, mas também no controle concreto de constitucionalidade, em virtude do fenômeno denominado abstrativização do controle difuso de constitucionalidade,²¹⁹ como será analisado no próximo tópico, em especial, para preservar os princípios da segurança jurídica e na boa-fé,²²⁰ pois como afirmado pelo Supremo Tribunal Federal, a decisão de inconstitucionalidade “pode e deve, em prol da segurança jurídica, atribuir eficácia prospectiva às suas decisões, com a delimitação dos respectivos efeitos”.²²¹

²¹⁸STF – RE 358.875-AgR, voto do Rel. Min. Celso de Mello, julgamento em 23-10-2007, Segunda Turma, DJ de 7-12-2007.

²¹⁹CORREIA, Fernando Alves. A Eficácia Temporal das Decisões de Declaração de Inconstitucionalidade com Força Obrigatória Geral: um olhar luso-brasileiro. Capítulo 19. Processo constitucional. Paula Pessoa, Cleverton Cremonese organizadores; Luiz Guilherme Marinoni, Ingo Wolfgang Sarlet coordenadores. – São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019. Acima do título: "Associação Brasileira de Direito Processual Constitucional." Revistas dos Tribunais. p. 509.

²²⁰ STF – 2ª T. – Rextr. nº 442683/RS – Rel. Min. Carlos Velloso, decisão: 13-12-2005. STF – Pleno – RE 197.917/SP – Rel. Min. Maurício Corrêa.; STF – 1ª T. – RE nº 217141 AgR/SP – Rel. Min. Gilmar Mendes, decisão: 13-6-2006 – *Informativo STF* nº 431; STF – RE nº 502.817-7/SP – Rel. Min. Carlos Britto, Diário da Justiça, Seção I, 14 nov. 2006, p. 117.

²²¹STF – RE nº 502.817-7/SP – Rel. Min. Carlos Britto, Diário da Justiça, Seção I, 14 nov. 2006, p. 117.

3.3 Controle difuso e ampliação dos efeitos: Súmulas Vinculantes e Repercussão Geral

No Brasil existe um fenômeno conhecido como denominado abstrativização do controle concreto ou difuso de constitucionalidade, por meio de súmula vinculante, disposta no artigo 103-A²²² da Constituição Federal e da faculdade de suspensão da execução, em parte ou no todo, pelo Senado Federal de lei declarada inconstitucional por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal, disposta no artigo 52, X²²³ da Constituição Federal.

Em análise ao artigo 103-A da Constituição Federal Brasileira, o Supremo Tribunal Federal possui a capacidade, em sede de controle incidental de constitucionalidade, após reiteradas decisões a respeito da mesma matéria constitucional, unificar a jurisprudência vinculando tanto a Administração Pública, como os tribunais, que deverão acatar a jurisprudências definidas. De modo que essas decisões sucedam de recursos oriundos de casos concretos, por se tratar de controle difuso, o Supremo Tribunal Federal elabora um enunciado vinculante que abstratiza aquela decisão, para que esta deixe o âmbito do processo subjetivo e possa produzir efeitos *erga omnes*.²²⁴

O intuito disto é que em se tratando de matérias cuja repercussão geral seja constatada, de garantir a segurança jurídica, de modo a reduzir os recursos direcionados ao Supremo Tribunal Federal, pois todos os tribunais passam a empregar a mesma decisão que adotaria o STF em caso de recurso para este da mesma questão de constitucionalidade.

No Brasil, a Lei n.º 11.418, de 19 de dezembro de 2006, regulamentou o § 3º do art. 102 da Constituição Federal, estabelecendo a disciplina normativa sobre a *repercussão geral* nos recursos extraordinários. Nos termos do texto legal, a repercussão geral somente será conhecida se houver a existência, ou não, de questões relevantes do ponto de vista econômico, político, social ou jurídico,

²²² Constituição Federal Brasileira - Art. 103-A. O Supremo Tribunal Federal poderá, de ofício ou por provocação, mediante decisão de dois terços dos seus membros, após reiteradas decisões sobre matéria constitucional, aprovar súmula que, a partir de sua publicação na imprensa oficial, terá efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal, bem como proceder à sua revisão ou cancelamento, na forma estabelecida em lei. § 1º A súmula terá por objetivo a validade, a interpretação e a eficácia de normas determinadas, acerca das quais haja controvérsia atual entre órgãos judiciários ou entre esses e a administração pública que acarrete grave insegurança jurídica e relevante multiplicação de processos sobre questão idêntica. (Incluído pela Emenda Constitucional n.º 45, de 2004). § 2º Sem prejuízo do que vier a ser estabelecido em lei, a aprovação, revisão ou cancelamento de súmula poderá ser provocada por aqueles que podem propor a ação direta de inconstitucionalidade. (Incluído pela Emenda Constitucional n.º 45, de 2004). § 3º Do ato administrativo ou decisão judicial que contrariar a súmula aplicável ou que indevidamente a aplicar, caberá reclamação ao Supremo Tribunal Federal que, julgando-a procedente, anulará o ato administrativo ou cassará a decisão judicial reclamada, e determinará que outra seja proferida com ou sem a aplicação da súmula, conforme o caso. (Incluído pela Emenda Constitucional n.º 45, de 2004).

²²³ Constituição Federal Brasileira - 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;

²²⁴ REIS, Palhares Moreira. Súmula Vinculante do Supremo Tribunal Federal Brasília: Consulex, 2009. p. 169 e 170.

que ultrapassem os interesses subjetivos da causa. Importante que se presume a repercussão geral quando o recurso impugnar decisão contrária a súmula ou jurisprudência do Supremo Tribunal Federal.

O Código de Processo Civil brasileiro também regulamentou os principais pontos centrais da *repercussão geral*, delegando ao regimento interno do Supremo Tribunal Federal a edição das normas necessárias à sua execução.

Melhor explica-se, a respeito da repercussão geral, foi criada pela Emenda Constitucional n.º 45/04, sendo inicialmente disciplinada pela Lei n.º 11.418/06, posteriormente implementada com uma emenda ao Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal, no ano de 2007. A repercussão geral, em termos legais, significa relevância mais transcendências. Isto é, a questão em discussão deve ser relevante do ponto de vista econômico, político, jurídico ou social, bastando somente um deles. Ademais, de transcender o interesse subjetivo das partes do caso concreto.

Nos termos da EC n.º 45/04, o recorrente do recurso extraordinário 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, apenas podendo recusá-lo pela manifestação de dois terços de seus membros, consoante ao artigo 103, parágrafo 3º da Constituição da República Federativa do Brasil.

Diante da Emenda Constitucional n.º 45/04, para que os recursos extraordinários sejam conhecidos e julgados, necessário, na forma da lei, de o Supremo Tribunal federal entender essenciais e relevantes as questões constitucionais a serem apreciadas. Assim, como ressalta Carlos Velloso,²²⁵

“esta é, para nós, uma solução realmente inovadora: exigir que seja de alta relevância a questão federal suscitada, para se admitir recurso”, pois “ainda que estes de direito federal focalizado não fosse de alta relevância. Essa relevância, posta como condição de admissibilidade do recurso, seria verificado sob o ponto de vista do interesse público”.

Reforça-se que terá repercussão geral quando um recurso atacar decisão contrária à súmula ou à jurisprudência dominante do Supremo Tribunal Federal. A não observância das decisões do Supremo incontestavelmente debilita a rigidez da Constituição, o qual aponta a relevância e a transcendência da questão abordada no Recurso Extraordinário requerendo a adequação da decisão ao posicionamento daquele Tribunal.

²²⁵ VELLOSO, Carlos Mário da Silva. Do Poder Judiciário: como torná-lo mais ágil e dinâmico – efeito vinculante em outros temas. Revista dos Tribunais, ano 6, n.º 25, p. 15, out/dez. 1998.

O Recurso Extraordinário possui inequívoca importância no sistema de controle de constitucionalidade das leis e atos normativos no Brasil. Como bem destaca Lenio Luiz Streck, se trata de importante instrumento de garantia dos direitos fundamentais e remédio contra inconstitucionalidade efetuadas pelos demais órgãos judiciários da República.²²⁶

Neste sentido, Jorge Reinaldo Vanossi ensina,

“os sistemas de controle de constitucionalidade podem ser classificados em dois grandes grupos, segundo admitam ou afastem a participação dos particulares no impulso ou iniciativa do mecanismo de controle. Esta distinção nos parece muito mais relevante que as conhecidas classificações que fazem repousar as diferenças na composição ou filiação do órgão, ou nos efeitos da declaração da inconstitucionalidade. Todas essas modalidades são importantes, mas não constituem por si só o núcleo substantivo de separação de sistemas. Na nossa opinião, o que realmente constitui a linha divisória é a participação propulsora das pessoas. Os sistemas que não a aceitam, mesmo ponderando todas as demais bondades, não passam de uns procedimentos tendentes a preservar a legalidade objetiva do ordenamento constitucional vigente, a cargo de funcionários do Estado cujo impulso dependerá em grande medida do interesse político em empreender ou não essa defesa da supremacia normativa; enquanto que no caso dos sistemas que atribuem aos próprios particulares interessados a iniciativa do controle, está manifesto que é o incentivo dos mesmos motor impulso para o efetivo funcionamento do controle: há uma nota subjetiva na raiz do sistema, que converte os cidadãos em artífices da defesa constitucional por obra do interesse em não sofrer as consequências de uma violação da superlegalidade constitucional (...) A experiência comparada ilustra acerca da insuficiência dos sistemas que somente conferem a certos funcionários a iniciativa do controle”.²²⁷

Desta maneira, o controle difuso de constitucionalidade existente na Constituição Federal Brasileira, só fez aumentar a excelência do modelo de constitucionalidade, apesar de serem utilizados outros meios processuais para o exercício de constitucionalidade difuso, *incidenter tantum*, mormente, *habeas corpus*, mandado de segurança e ação civil pública.²²⁸

²²⁶ STRECK, Lenio Luiz. Jurisdição Constitucional e Hermenêutica: uma nova crítica do direito. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2002. p. 395.

²²⁷ Recurso extraordinário federal: control de constitucionalidad. Buenos Aires: Editorial Universidad, 1984. p. 47-48. Apud TAVARES, André Ramos. Perfil constitucional do recurso extraordinário. Aspectos atuais no controle de constitucionalidade no Brasil. Rio de Janeiro: Forense, 2003. p. 8.

²²⁸ STRECK, Lenio Luiz. Jurisdição Constitucional... Op. cit. p. 380 e ss.

No estudo do Recurso Extraordinário devem ser destacados o antes e depois da Constituição de 1988. Em relação ao antes, a finalidade era a de “assegurar a inteireza positiva, a validade, a autoridade e a uniformidade de interpretação da Constituição e das leis federais”.²²⁹

Contudo, a partir da Constituição de 1988, sua finalidade passou a se limitar a assegurar a incolumidade e a autoridade da Constituição. Assim, como ressalta Cândido Rangel Dinamarco,

“no Brasil a mais significativa competência recursal do STF é a que diz respeito ao recurso extraordinário, um recurso exclusivamente destinado a proporcionar a apreciação *incidenter tantum* de questões referentes à legitimidade constitucional de leis ou atos normativos. Análogas questões quando referentes ao direito federal infraconstitucional não são levadas à Corte Suprema (STF) mas ao STJ – que, nessa medida, igualmente se reputa uma instância de superposição. Esses tribunais não se limitam à cassação dos julgados, mas à sua revisão, no sentido de que eles aplicam ao caso concreto a interposição jurídica dada por correta, substituindo o *decidum* inferior e julgando a causa”.²³⁰

O Recurso Extraordinário é previsto na Constituição Federal Brasileira e compete ao Supremo Tribunal Federal julgá-lo, as causas decididas em única ou última instância, quando a decisão recorrida contrariar dispositivo da Constituição, em matéria de mérito e matéria processual; declarar a inconstitucionalidade de tratado ou lei federal; julgar válida lei ou ato de governo local contestado em face desta constituição; julgar válida lei local contestada em face de lei federal (EC nº 45/04).

Essa hipótese de cabimento, corroborou do papel do Supremo Tribunal Federal no controle de constitucionalidade das leis e atos normativos, pois o texto passou a entender como conflito de competência federativa o julgamento da validade de lei local contestada diante de lei federal, transferindo a antiga competência do Superior Tribunal de Justiça em sede de Recurso Especial,²³¹ para o Supremo.²³²

No julgamento do Recurso Extraordinário, pelo fundamento da alínea a, do art. 102, II, em que a Constituição autoriza a possibilidade de ser julgado o recurso quando a própria decisão recorrida contrariar dispositivo da Constituição Federal Brasileira, essa hipótese é consoante aos fundamentos

²²⁹ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Comentários ao Código de Processo Civil. Arts. 476 a 565. 11. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2003. v. 5. p. 576.

²³⁰ DINAMARCO, Cândido Rangel. A Função das Cortes Supremas na América Latina. Fundamentos do Processo Civil Moderno. 4. ed. rev. e atual. por Antônio Rulli Neto. São Paulo: Malheiros, 2001. t. II, p. 784.

²³¹ STF – Pleno – AI 132755 QO/SP, Relator orig. Min. Moreira Alves, red. p/ Acórdão Min. Dias Toffoli, decisão: 19/11/2009.

²³² MORAES, Alexandre de. Direito...Op. cit. p. 676.

da existência do controle de constitucionalidade e do recurso extraordinário no Brasil. Nesse sentido, Alexandre de Moraes explicita,

“A premissa básica que justifica a legitimidade da justiça constitucional parte da ideia de complementaridade entre democracia e Estado de Direito, pois enquanto a democracia consubstancia-se no governo da maioria, baseado na soberania popular, o mais, o respeito aos direitos fundamentais e o controle jurisdicional do poder estatal, não só para a proteção da maioria, mas também, e basicamente, dos direitos da minoria”.²³³

Frisa-se que, a Constituição Federal Brasileira permite o cabimento do Recurso Extraordinário de decisões interlocutórias, desde que existentes os demais requisitos constitucionais,²³⁴ sendo eles o prequestionamento, ofensa direta e frontal à Constituição Federal e repercussão geral das questões constitucionais.

Para análise dos recursos extraordinários, a maior discricionariedade atribuída ao Supremo Tribunal Federal, com repercussão no interesse público assimila-se a mecânica do direito comparado, que buscam permitir uma maior seleção, por parte da Corte Suprema ou do Tribunal Constitucional, dos recursos a serem julgados pela importância da matéria e repercussão da decisão no interesse geral da sociedade, impossibilitando que o excesso de demandas atravesse o Supremo Tribunal Federal no cumprimento de sua função de intérprete e guardião maior da Constituição.²³⁵

Destaca-se que o Supremo Tribunal Federal, não está vinculado à tese de direito adotada na decisão atacada, de acordo com a súmula 456 que dispõe “*o Supremo Tribunal Federal, conhecendo do recurso extraordinário, julgará a causa, aplicando o direito à espécie*”. Por isso, em julgamento do Recurso Extraordinário n.º 797.294, de relatoria do Teori Zavascki, foi fundamentado com tal súmula e explicado que descabida a pretensão do Estado de que se acolhesse seu recurso extraordinário unicamente porque o entendimento desta Corte difere do aplicado pela Corte original.²³⁶

²³³ MORAES, Alexandre de. *Jurisdição*. Op. cit. p. 49.

²³⁴ AI n.º 148.033-5/ RJ, Relator Min. Sepúlveda Pertence, DJU 21/07/1994. p. 24.929; STF -Pleno – Rext nº 210.917/RJ-Rel. Min. Sepúlveda Pertence, decisão: 12/08/98. Informativo STF nº 118.

²³⁵ MORAES, Alexandre de. *Direito*. Op. cit. p. 680.

²³⁶ STF - RE 797.294 AgR, rel. Teori Zavascki, 2ª T, j. 24-2-2015, DJE 45 de 10-3-2015.

Como forma exemplificativa, verifica-se o voto da Ministra Rosa Weber, no Recurso Extraordinário n.º 636.331,

“A aplicação da tese de repercussão geral ao caso concreto objeto do RE 636331/RJ demanda, em minha ótica, algumas reflexões adicionais, *considerada a Súmula 456/STF, a teor da qual, uma vez conhecido o recurso extraordinário, esta Suprema Corte julgará a causa, aplicando o direito à espécie*. Destaco que a Convenção de Varsóvia, integrada e em vigor no ordenamento jurídico doméstico, à data em que verificado o extravio da bagagem da autora, não representa óbice à reparação integral dos danos materiais suportados, ainda que a consumidora não tenha feito declaração especial de valor, considerada a possibilidade de superação do limite indenizatório previsto no seu art. 22, desde que verificada, nos moldes do art. 25 do tratado internacional em tela, dolo ou culpa grave do transportador aéreo ou de seus prepostos. O ônus processual probatório quanto à atuação diligente, despida de dolo ou culpa grave suscetível de ensejar o extravio da bagagem, compete ao transportador aéreo, considerados não só os critérios da hipossuficiência do consumidor e da verossimilhança de suas alegações, preconizados no art. 6º, VIII, do CDC, preceito este que não conflita com as normas da Convenção de Varsóvia, como também do princípio da aptidão para a prova, a teor do qual esta deve incumbir à parte dotada de melhores condições para sua produção. Por óbvio, a fornecedora dos serviços de transporte aéreo internacional tem, no caso, envergadura técnica e capacidade operacional muito superiores à da consumidora, para produzir prova que esclareça quanto a presença, ou não, de dolo ou culpa grave suscetível de dar causa ao extravio da bagagem. Dentro dessa moldura, à minguada de prova de que a transportadora e seus prepostos atuaram com a diligência necessária para fazer a bagagem da autora ser entregue, *em perfeito estado, na cidade de destino, entendendo aplicável ao caso o art. 25 da Convenção de Varsóvia, preceito que autoriza a fixação de indenizações superiores aos limites estabelecidos no art. 22 do referido pacto internacional*.²³⁷

No que diz respeito à multiplicidade de recursos extraordinários e agravos de instrumentos abordando sobre o mesmo objeto, que aguardam a verificação da existência da necessária repercussão geral, o Supremo Tribunal Federal disciplinou a matéria, desde a origem até a decisão. Assim, ao Recurso Extraordinário ser interposto, será analisado quanto a sua matéria pelos Tribunais ou Turmas Recursais, se se trata de matéria isolada ou repetitiva, processos múltiplos.²³⁸

²³⁷ Tese de repercussão geral definida no RE 636.331, rel. min. Gilmar Mendes, voto da min. Rosa Weber, P, j. 25-5-2017, DJE 257 de 13-11-2017, Tema 210.

²³⁸ MORAES, Alexandre de. Direito...Op. cit. p. 686.

Assim, verifica-se que é incontestável a extrema relevância da função exercida pelo Recurso Extraordinário, o qual tem como objetivo, como expõe Teresa Arruda Alvim Wambier,

“Cujo objetivo é resguardar o sistema jurídico e não a situação individual das partes, a não ser mediatemente ou de modo indireto. Se sua finalidade é a de resguardar o direito objetivo, é natural que sejam cabíveis tais recursos, de um modo geral, na medida em que seu resultado seja transcendente à situação das partes, desempenhando função paradigmática ou exemplificadora”.²³⁹

De modo que a importância do recurso no sistema brasileiro, se reveste de um instrumento eficaz para fazer consagrar, respeitar restaurar ou até mesmo manter os direitos individuais e coletivos.²⁴⁰

A Emenda Constitucional n.º 45/04 validou a possibilidade de regulamentação legal para que o recorrente demonstre a repercussão geral das questões constitucionais averiguadas, não sendo vedada que a lei determine mecanismos de pré triagem do recurso extraordinário, para que se contenha o acúmulo de análises a serem feitas pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal, dado que o *quorum* de recusa de tal recurso é de 2/3 (dois terços) dos Ministros da Corte, que poderia comprometer esse mecanismo de celeridade processual (CF, art. 5º, LXXVIII) e da salvaguarda da importância das decisões do STF.²⁴¹

Nesse sentido, a de exemplo, se baseou na repercussão geral no recurso extraordinário com agravo n.º 1.352.872/SC de relatoria do Ministro Luiz Fux, em que o Tribunal, por unanimidade, reputou constitucional a questão e reconheceu a existência de repercussão geral da questão constitucional suscitada, de tema de prescritibilidade de título executivo decorrente de condenação por dano ambiental posteriormente convertida em perdas e danos.²⁴²

A respeito à análise crítica da repercussão geral, percebe-se, e declara posição, que o filtro determinado é indispensável, na medida em que terá grande efeito sobre o número de Recursos Extraordinários e Agravos de Instrumento contra Despacho Denegatório de Recurso Extraordinário,

²³⁹ ARRUDA ALVIM WAMBIER, Teresa. Controle das decisões judiciais por meio de recursos de estrito direito e de ação rescisória. Recurso especial, recurso extraordinário e ação rescisória: o que é uma decisão contrária à Lei? São Paulo: RT, 2002. p. 245.

²⁴⁰ Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis e assuntos afins/ coordenadores Nelson Nery Jr., Teresa Arruda Alvim Wambier. Editora revista dos Tribunais. São Paulo. 2006. Série Aspectos Polêmicos e Atuais dos Recursos; v. 9). p. 604.

²⁴¹ MORAES, Alexandre de. Direito... Op. cit. p. 681.

²⁴² STF – Pleno – Repercussão geral no Recurso Extraordinário com Agravo – Rel. Min. Luiz Fux – j. 03/02/2022 – publicação 10/02/2022.

encaminhados ao Supremo Tribunal Federal, reduzindo consideravelmente, a longo e médio prazo, a sua carga de trabalho. Além disso, o novo requisito de admissibilidade é regulamentado por Emenda Constitucional, diferentemente de tantos outros obstáculos criados pelo próprio Supremo para aliviar sua sobrecarga.²⁴³

Considerando que no Brasil, o controle difuso de constitucionalidade e o controle concreto de constitucionalidade são termos sinônimos, o Supremo Tribunal Federal, utiliza os mesmos contornos do controle difuso ao controle concentrado, atribuindo a eficácia *erga omnes* às suas decisões concretas. De modo que, a partir do momento que informa ao Senado Federal a respeito da decisão de inconstitucionalidade, caberá a este somente torná-la pública através do Diário Oficial, podendo ser utilizado de exemplo, a decisão do Supremo Tribunal Federal consoante à Reclamação n.º 4.335/AC,²⁴⁴ o qual, de Relatoria do Ministro Gilmar Mendes, proposta pela Defensoria Pública, questionou decisão de um juiz do Estado do Acre que afastou a aplicação a determinado caso concreto da posição firmada pelo Supremo Tribunal Federal em sede de controle de constitucionalidade difuso, no sentido da inconstitucionalidade da vedação de progressão de regime de cumprimento de pena pela Lei de Crimes Hediondos (Lei Federal n.º 8.072, de 1990). Isto é, o que se pretendeu no pedido foi a atribuição de efeitos *erga omnes* à mencionada decisão, se equiparando aqueles verificados no controle de constitucionalidade concentrado e abstrato, com finalidade da possibilidade da sua aplicação direta e vinculante aos demais casos similares. A reclamação foi julgada procedente, por maioria, nos termos do voto do Relator Gilmar Mendes.

Para Gilmar Mendes,²⁴⁵ a ressalta atribuída ao controle de constitucionalidade abstrato de normas e a possibilidade de suspensão liminar da eficácia de leis e atos normativos questionados nessa seara ofuscaram a importância do comando contido no art. 52, X, da Constituição de 1988, que se assentaria, atualmente, em meras razões históricas. Segundo o jurista, as próprias disposições da Carta reduziram o significado do controle de constitucionalidade difuso, procedimento que implica em decisões geradoras de efeitos meramente *inter partes*, dando ênfase maior ao controle de constitucionalidade abstrato, o que vem ocasionando uma suposta abstrativização do sistema como um todo.

²⁴³ Para Diogo Carneiro, a repercussão geral é o único requisito de admissibilidade legítimo, já que previsto na Constituição e Lei Federal. “Criou-se, portanto, um critério justo e legítimo para desafogar o Supremo Tribunal Federal da grande quantidade de recursos extraordinários pendentes de julgamento”. CARNEIRO, Diogo Ciuffo. Os requisitos de admissibilidade dos recursos especial e extraordinário e a sua legítima utilização como filtros recursais. Revista de Processo, São Paulo, Ano 33, n.º 160, junho/2008. p. 230.

²⁴⁴ STF – Rcl 4.335/AC – Plenário – Relator Ministro Gilmar Mendes, data julgamento 20/03/2014.

²⁴⁵ MENDES, Gilmar Ferreira. Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade: estudos de direito constitucional. 4. ed. rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 753/763.

Outro argumento de Gilmar Mendes²⁴⁶ ampara-se na compreensão de que, se a suspensão de execução de lei declarada inconstitucional em controle de constitucionalidade se dá por atuação do Senado Federal, a alegação da teoria da nulidade da norma inconstitucional no Brasil fica prejudicada. Assim sendo, alude que, por coerência, a doutrina e a jurisprudência defensoras da nulidade da lei inconstitucional deveriam compreender a atribuição do Senado Federal de suspender a execução da mesma como mera publicação da decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal.

Neste sentido, também, importante mencionar que o Supremo Tribunal federal, por maioria, julgou improcedente pedidos formulados em ações diretas de inconstitucionalidade²⁴⁷ ajuizadas contra a Lei n.º 3.579/2001 do Estado do Rio de Janeiro. O referido diploma legal proíbe a extração de asbesto/amianto em todo território daquela unidade da Federação e prevê a substituição progressiva da produção e da comercialização de produtos que o contenham.

A Corte declarou, também por maioria e incidentalmente, a inconstitucionalidade do art. 2 da Lei federal n.º 9.055/1995, com efeito vinculante e *erga omnes*. O dispositivo já havia sido declarado inconstitucional, incidentalmente, no julgamento da ADI 3.937/SP (rel. orig. min. Marco Aurélio, red. p/ o ac. min. Dias Toffoli, julgamento em 24.8.2017).

A partir da manifestação do ministro Gilmar Mendes, o Colegiado entendeu ser necessário, a fim de evitar anomias e fragmentação da unidade, equalizar a decisão que se toma tanto em sede de controle abstrato quanto em sede de controle incidental. O ministro Gilmar Mendes verificou que o art. 535 Código de Processo Civil reforça esse entendimento. Asseverou se estar fazendo uma releitura do disposto no art. 52, X, da CF, no sentido de que a Corte comunica ao Senado a decisão de declaração de inconstitucionalidade, para que ele faça a publicação e intensifique a publicidade.

O ministro Celso de Mello considerou se estar em frente de verdadeira mutação constitucional que expande os poderes do STF em tema de jurisdição constitucional. Para ele, o que se propõe é uma interpretação que confira ao Senado Federal a possibilidade de meramente, mediante publicação, divulgar a decisão do STF. Contudo, a eficácia vinculante resulta da decisão da Corte. Daí se estaria a reconhecer a inconstitucionalidade da própria matéria que foi objeto deste processo de controle abstrato, prevalecendo o entendimento de que a utilização do amianto, tipo crisotila e outro, ofende postulados constitucionais e, por este motivo, não pode ser objeto de normas autorizativas. A ministra Cármen Lúcia, assim, declarou que a Corte está se locomovendo para uma inovação da jurisprudência no sentido de não ser mais declarado inconstitucional cada ato normativo, porém a própria matéria

²⁴⁶ MENDES, Gilmar Ferreira. Direitos fundamentais...Op. cit. p. 753/763.

²⁴⁷ STF– Pleno – ADI 3.406/RJ e ADI 3.470/RJ – Rel. Min. Rosa Weber. J. 26/11/2017.

que nele se contém. O ministro Edson Fachin concluiu que a declaração de inconstitucionalidade, mesmo que incidental, opera uma preclusão consumativa da matéria. Isso evita que se caia numa dimensão semicircular progressiva e sem fim. E essa afirmação não incide em contradição no sentido de reconhecer a constitucionalidade da lei estadual que também é proibitiva, o que significa, por uma simetria, que todas as legislações que são permissivas – dada a preclusão consumativa da matéria, reconhecida a inconstitucionalidade do art. 2º da lei federal – são também inconstitucionais.

À vista disso, conclui-se que, se tem que a partir da Emenda Constitucional n.º 45/04, nas questões constitucionais de repercussão geral, o Supremo Tribunal Federal, verificando incidentalmente a inconstitucionalidade de determinada lei ou ato normativo, poderá editar Súmula Vinculante, com atenção ao artigo 103-A,²⁴⁸ da Constituição Federal Brasileira, que deverá assegurar estrita especificidade com o assunto tratado, consentindo que se impeça a demora na prestação jurisdicional em varias e infrutíferas ações idênticas sobre o mesmo assunto.²⁴⁹

Assim, explica-se o efeito vinculante no controle incidental. De maneira que a exigência da demonstração da relevância e da transcendência da questão constitucional levantada como condição de admissibilidade do recurso extraordinário conspira para a efetivação do direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva, incentivando a compatibilização vertical das decisões judiciais, proporcionando homenagem ao valor da igualdade e buscando a racionalização da atividade judiciária.²⁵⁰

Contudo, quando a causa atinge o Supremo Tribunal Federal em virtude de recurso extraordinário, o controle da constitucionalidade permanece sendo incidental ao julgamento da causa. Mas, a ideia de que a decisão proferida por causa do recurso extraordinário atinge apenas as partes, tem sido mitigada na prática jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal. Isso aconteceu, de forma inicial, após a fixação do entendimento de que o Supremo Tribunal Federal ter declarado, na via incidental, a inconstitucionalidade de uma lei, os demais tribunais estão desobrigados de verificar o artigo 97²⁵¹ da Constituição Federal Brasileira, na qual dispõe sobre reserva de plenário, podendo a

²⁴⁸ Constituição Federal Brasileira - Art. 103-A. O Supremo Tribunal Federal poderá, de ofício ou por provocação, mediante decisão de dois terços dos seus membros, após reiteradas decisões sobre matéria constitucional, aprovar súmula que, a partir de sua publicação na imprensa oficial, terá efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal, bem como proceder à sua revisão ou cancelamento, na forma estabelecida em lei.

²⁴⁹ MORAES, Alexandre de. Direito... Op. cit. p. 820/821.

²⁵⁰ MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDEIRO, Daniel. Repercussão Geral no Recurso Extraordinário. São Paulo: RT. 2007. p. 5/6.

²⁵¹ Constituição Federal Brasileira - Art. 97. Somente pelo voto da maioria absoluta de seus membros ou dos membros do respectivo órgão especial poderão os tribunais declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do Poder Público.

inconstitucionalidade da lei, nesse caso, ser reconhecida pelos órgãos fracionários de qualquer tribunal. Ainda, no Supremo há orientação que nega a equivalência entre controle incidental e eficácia da decisão restrita às partes do processo. Essa tese ampara que mesmo decisões realizadas em sede de recurso extraordinário, ou seja, em controle incidental, quando o objeto de manifestação do Plenário do Supremo Tribunal Federal, dispõem de efeito vinculante no que diz respeito aos órgãos da Administração e aos demais órgãos do Poder Judiciário.²⁵²

Como não existe razão para entregar a um juiz de primeiro grau ou a um tribunal estadual ou regional federal a chance de contraria o Supremo Tribunal Federal, a emenda constitucional já citada, EC n.º 45/04, inseriu na Constituição Federal Brasileira, o artigo também já mencionado, 103-A. Esse dispositivo confirma ao Supremo Tribunal federal poder para editar súmula que vincula os demais órgãos do poder Judiciário. Nesse cenário, mesmo que a norma declarada incidentalmente inconstitucional pelo STF, não seja suprida da ordem jurídica, deixa-se nítido que ela não poderá ser implementada pelos demais órgãos jurisdicionais. Caso isso aconteça, caberá reclamação ao Supremo Tribunal Federal, que anulará a decisão, decidindo que seja proferida outra com a observância da Súmula que determinou a inconstitucionalidade da lei questionada.²⁵³

Importante, salientar que quando a *ratio dicendi* for compreensível, o efeito vinculante decorre sem que seja necessário editar súmula vinculante, quando embora o Supremo Tribunal Federal tenha decidido diversas vezes a respeito da questão constitucional e as *razões de decidir* ou núcleo essencial da decisão se mantém indecifrável, complexa e obscura, é que se manifesta a necessidade da súmula vinculante, para determinar os delineamentos precisos da figura que terá efeito vinculante.²⁵⁴

Em relação ao artigo 52, X, da Constituição Federal, conforme anteriormente analisado, não será mais fundamental a sua aplicação, o qual a efetividade sempre foi reduzida, até os dias de hoje, visto que declarada incidentalmente a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do Poder Público, o próprio Supremo Tribunal Federal poderá editar Súmula a respeito a validade, a interpretação e a eficácia dessas normas, evitando que a demanda controversa prossiga a gerar insegurança jurídica e multiplicidade de processos a respeito de questões idênticas.²⁵⁵

²⁵² MARINONI, Luiz Guilherme. Teoria Geral do Processo. Curso de Processo Civil. Volume I. 2ª ed. revista e atualizada. Editora Revista dos Tribunais. 2007. p. 57.

²⁵³ Ibidem. p. 58.

²⁵⁴ MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDEIRO, Daniel. Repercussão...Op. cit. p. 70/71.

²⁵⁵ MORAES, Alexandre de. Direito...Op. cit. p. 821.

Para assegurar a efetividade das decisões do Supremo Tribunal Federal, assim como a celeridade processual, a lei determina que, negada a existência de repercussão geral, a decisão valerá para todos os recursos idênticos sobre matéria idêntica, reconhecendo efeitos vinculantes a essa decisão. De modo que a rejeição, nessas hipóteses, dos demais recursos extraordinários será efetivada monocraticamente pelos Ministros relatores.²⁵⁶ Irrazoável seria se o Supremo continuasse a julgar vários recursos extraordinários sobre matéria idêntica a estipulado recurso, o qual a repercussão geral foi negada.

Frisa-se a Lei n.º 11.418/06, a qual a previsão de irretroatividade da lei, apenas se aplica aos recursos interpostos a partir do primeiro dia de sua vigência, cuja *vacatio legis* foi estipulada em 60 dias.

Em relação aos efeitos da declaração de inconstitucionalidade no controle difuso, esses efeitos *ex tunc* apenas possuem aplicação para as partes do processo e no processo em que houve a citada declaração.

Destaca-se que no ordenamento jurídico brasileira, o Supremo Tribunal Federal, posteriormente ao analisar de forma incidental a questão constitucional, em sede de recurso, proferirá seu próprio julgamento, substituindo a decisão antecedente, de maneira que a mantenha ou a modifique.²⁵⁷

O Supremo Tribunal Federal decidiu, relativo à limitação temporal de efeitos no controle difuso, em regra, que “não se aplica o efeito *ex tunc* à declaração de inconstitucionalidade em processo de controle difuso”.²⁵⁸ Contudo, se verifica a possibilidade da limitação temporal de efeitos no sistema difuso,²⁵⁹ indicando, a impossibilidade de declaração de efeitos retroativos para o caso de declaração de nulidade de contratos trabalhistas”.²⁶⁰

Compreende-se que excepcionalmente,²⁶¹ será possível no caso concreto a declaração de inconstitucionalidade com efeitos *ex nunc*, com base nos princípios da segurança jurídica e na boa-fé, desde que exijam razões de ordem pública ou social.²⁶²

²⁵⁶ MORAES, Alexandre de. Direito...Op. cit. p. 682.

²⁵⁷ MORAES, Alexandre de. Jurisdição...Op. cit. p. 281.

²⁵⁸ STF – 1ª T. – AgRegAI n.º 495.826-6/RJ – Relator Min. Cezar Peluso, Diário da Justiça, seção I, data 04/02/2005. p. 19.

²⁵⁹ STF – Pleno – medida cautelar – Ação cautelar n.º 189-7/SP – Relator Min. Gilmar Mendes, Diário da Justiça, seção I, data 15/04/2004. p. 14.

²⁶⁰ STF- 2ª T. – AI 529694/RS – Relator Min. Gilmar Mendes – Informativo n.º 376. p. 5.

²⁶¹ STF – 2ª T. – Rext n.º 442683/RS – Relator Min. Carlos Velloso, decisão data 13/12/2005. STF – Pleno – RE 197.917/SP – Rel. Min. Maurício Córrea.

²⁶² MORAES, Alexandre de. Direito...Op. cit. p. 821.

Nesse sentido, Carlos Britto²⁶³ afirma que,

“pode e deve, em prol da segurança jurídica, atribuir eficácia prospectiva às suas decisões, com a delimitação dos respectivos efeitos”.

À vista disso, pode se concluir de maneira geral que no controle difuso, os efeitos da declaração de inconstitucionalidade entre as partes do processo se trata do *ex tunc*, retroagindo. E para os demais se trata de efeitos *ex nunc*, não retroagindo.

²⁶³ STF – 1ª T. – RE n.º 217141 AgR/SP – Rel. Min. Gilmar Mendes, decisão data 16/06/2006 – Informativo STF n.º 431.

4. CONTROLE JUDICIAL DIFUSO EM PORTUGAL

4.1 Surgimento e evolução

Introduzido pela Constituição de 1911 como pioneira na Europa na consagração expressa de um sistema de fiscalização jurisdicional difuso,²⁶⁴ tendo sido influenciada pela Constituição dos Estados Unidos do Brasil de 1891, apresentando duas coincidências em relação à Constituição portuguesa de 1911 e 1976, são elas: legitimou, também, no Brasil a implantação da República e os artigos que consagravam tal modelo de fiscalização eram os artigos 207 e 280; que por sua vez, se inspirou na Constituição americana de 1787, devendo-se tal inspiração, acima de tudo, ao jurista Rui Barbosa.²⁶⁵

O controle encontra respaldo no artigo 204 do Estatuto jurídico político vigente em Portugal, o qual o preceito impõe a todo titular de jurisdição o dever de desaplicar normas contrárias à Constituição ou princípios nela existentes.²⁶⁶

Assim, a efetivação do controle difuso de constitucionalidade no ordenamento português aconteceu quando da vigência do Texto Constitucional de 1911 que, na direção da Constituição Republicana brasileira de 1891, implementara o modelo de *judicial review* de origem norte-americana, identificando “à generalidade dos tribunais portugueses a faculdade de, nos feitos submetidos a julgamento, apreciarem a constitucionalidade das leis que houvessem de aplicar e recusarem essa aplicação quando julgassem a lei inconstitucional”.²⁶⁷

De modo que a Constituição Corporativa de 1933 não modificou as diretrizes adotadas pela Carta anterior no que dizia respeito ao controle difuso de constitucionalidade, se sucedendo no período revolucionário e no atual texto da Constituição. Contudo, a criação da Comissão Constitucional atribuiu a competência de funcionar como instância de recurso para a apreciação das questões de inconstitucionalidade encaminhadas aos tribunais.²⁶⁸

²⁶⁴ MIRANDA, Jorge, MEDEIROS, Rui. Constituição Portuguesa Anotada. Tomo III. Coimbra: Coimbra Editora, 2007, p. 49.

²⁶⁵ 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: Revista Economia e Direito. Vol. III. n.º 1. 1998. p. 76/77.

²⁶⁶ GOUVEIA, Jorge Bacelar. Manual de Direito Constitucional. Vo. 2. 3. ed. Coimbra: Almedina, 2009, p. 1378-1379.

²⁶⁷ COSTA, José Manuel M. Cardoso da. A Jurisdição Constitucional em Portugal, 3. ed. Coimbra: Coimbra, 2007, p. 10.

²⁶⁸ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Direito Constitucional e Teoria da Constituição. 7.ed. Coimbra: Almedina, 2003, p. 915.

Salienta-se que, em 1982, com o advento do Tribunal Constitucional, a instância recursal em controle concreto de constitucionalidade fora passado a este. Nesse sentido, pode-se dizer que o sistema de controle é difuso na base e concentrado no topo, pois, na base difuso, dado que todos os juízes têm o poder dever de fiscalizar a constitucionalidade das normas jurídicas convocáveis pelos casos que devem decidir, no caminho da tradição do constitucionalismo português. E concentrado no topo, pois em última instância em matéria constitucional é dever do Tribunal Constitucional.²⁶⁹

Em síntese, no constitucionalismo português são especificados três períodos marcantes na evolução e desenvolvimento da fiscalização da constitucionalidade, sendo o primeiro período de 1822 a 1911, a vigência de três Constituições monárquicas, a fiscalização é essencialmente política, a carga das cortes, ainda que com concepções de princípio a certa intervenção dos tribunais, na década final; o segundo período de 1911 a 1976, na vigência das Constituições de 1911 a 1933 e das leis constitucionais revolucionárias de 1974 e 1972, com predominância, a princípio, do modelo de fiscalização judicial difusa, mas moderada por componentes da fiscalização política e acima de tudo com pouca prática; o terceiro período de 1976 adiante, na vigência da Constituição de 1976, prevalece a fiscalização concentrada, porém integralizada com a fiscalização judicial difusa e com a fiscalização política, dentro de um complexo sistema misto, entre 1976 e 1982.²⁷⁰

De modo que se nota, relativamente, a homogeneidade em relação ao primeiro período; já no segundo e terceiro períodos não se pode dizer o mesmo, dado a existência de subdivisões. No segundo período, verificam-se três fases,²⁷¹ sendo a primeira entre 1911 e 1933, o qual só havia a fiscalização judicial difusa; entre 1933 e 1974, a fiscalização judicial difusa permaneceu, porém, limitada, os tribunais não podiam conhecer da inconstitucionalidade orgânica ou formal dos diplomas promulgados; entre 1974 e 1976, a fiscalização judicial difusa, apesar de reduzida pela existência de órgãos políticos revolucionários.

O terceiro período, cumpre destacar duas subdivisões,²⁷² a primeira entre 1976 e 1982, no qual constata-se a existência da fiscalização judicial difusa, fiscalização concentrada na Comissão Constitucional, com estrutura ambivalente e fiscalização política feita pelo Conselho da Revolução; a segunda, foi desde 1982, com a fiscalização judicial difusa e fiscalização concentrada no Tribunal Constitucional.

²⁶⁹ CORREIA, Fernando Alves. Direito...Op. cit. p.52.

²⁷⁰ MIRANDA, Jorge. A Fiscalização da Constitucionalidade - uma visão panorâmica. In: Revista do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, n.º 27, p.101-117, jan./mar. 2008. p. 108.

²⁷¹ Ibidem. p. 108.

²⁷² Ibidem. p. 108.

4.2 Disposições principais

Primeiramente, o sistema de fiscalização concreta da constitucionalidade de normas jurídicas, em Portugal é um sistema misto: difuso, enquanto em que todos os tribunais são órgãos de fiscalização da constitucionalidade, a quem cabe proferir decisões sobre questões de constitucionalidade, de ofício ou por suscitação das partes, as quais se tornam definitivas, se não foram impugnadas por recurso, nos termos gerais; concentrado, ao passo em que o Tribunal Constitucional é o supremo tribunal em questões de constitucionalidade, cabendo-lhe conhecer dos recursos por ele interpostos de decisões de aplicação ou de desaplicação de normas com fundamento em inconstitucionalidade proferidas pelos tribunais restantes das diferentes ordens ou espécies, tribunais judiciais, tribunais administrativos e fiscais, tribunais militares, tribunal de contas, tribunais da organização judiciária de Macau.²⁷³

A fiscalização concreta da constitucionalidade está disposta no art. 204 da Constituição portuguesa, onde se consagra o controle difuso de constitucionalidade, ao afirmar que nos “feitos submetidos a julgamento não podem os tribunais aplicar normas que infrinjam o disposto na Constituição ou os princípios nela consignados”.

Os tribunais possuem acesso direto à Constituição da República devendo recusar a aplicação das normas que julguem inconstitucionais. Contudo, os tribunais ordinários possuem uma competência vinculada, sendo que estes tribunais somente podem decidir as questões de constitucionalidade que tenham por objeto as normas jurídicas que forem aplicáveis ao caso concreto submetido a julgamento.²⁷⁴

O artigo 280 da Constituição da República portuguesa, dispõe o denominado recurso de constitucionalidade, que constituiu um dos componentes do sistema de fiscalização concreta de constitucionalidade no ordenamento jurídico português.²⁷⁵

E no artigo 69 e seguintes, da Lei de Organização, Funcionamento e Processo do Tribunal Constitucional (LOTIC). Assim, disposto que a fiscalização concreta,

²⁷³ CORREIA, Fernando Alves. Documentação e Direito Comparado n.º 71/72. Procuradoria Geral da República, gabinete de documentação e direito comparado. Lisboa. 1997. ISSN 0870-7138. p. 47.

²⁷⁴ DINIZ, Antero Alves Monteiro. A Fiscalização Concreta de Constitucionalidade. In: Legitimidade e legitimação da justiça constitucional. Colóquio no 10º aniversário do Tribunal Constitucional. Coimbra Editora. 1993. p. 203.

²⁷⁵ FONSECA, Guilherme da; DOMINGOS, Inês. Breviário de Direito Processual Constitucional. 2. ed. Coimbra: Coimbra Editora. 2002. p. 35; CANOTILHO, J.J. Gomes; MOREIRA, Vital Constituição...Op. cit. p. 1014.

“consiste num mecanismo complexo de controlo jurisdicional da constitucionalidade ou da legalidade de normas plenamente vigentes, que tanto funciona por via de “incidente processual”, enxertado numa ação ou procedimento cautelar a correr termos perante tribunais reconhecidos pela ordem jurídica (art. 204, n.º 1, da CRP), como opera, por via de recurso, através do qual o Tribunal Constitucional conhece decisões de aplicação ou desaplicação proferidas por aqueles tribunais”.²⁷⁶

Ao mencionar a fiscalização concreta no âmbito jurídico português, leva-se em conta que se trata de ser sucessiva, difusa e incidental. Sucessiva vez que as normas já estão em vigor.

O sistema de fiscalização concreta da constitucionalidade presume a oportunidade de recurso para o Tribunal Constitucional ou Corte Suprema.

Canotilho ensina que,

“O controlo difuso pode considerar-se uma tradição republicana do direito constitucional português.

A competência para fiscalizar a constitucionalidade das normas é reconhecida a todos os tribunais que, quer por impugnação das partes, que *ex officio* pelo juiz, apreciem a inconstitucionalidade das normas aplicáveis ao caso concreto submetido a decisão judicial (cfr. 207 e 280).”²⁷⁷

João Loureiro, Jónatas Machado e Maria Benedita Urbano apontam a importância do controle concreto de constitucionalidade para garantir a eficácia da interpretação constitucional na solução dos casos concretos.²⁷⁸

Deve-se ter em mente que para o estudo proposto, a aplicação do princípio da interpretação conforme à Constituição, no qual a lei não é inconstitucional se uma interpretação consoante à Constituição é viável, mantendo ainda aquela lei o seu sentido se for definida esta interpretação. Logo, possuindo determinada lei, diversos sentidos possíveis, alguns sentidos inconstitucionais e outros compatíveis com a Constituição, deve o intérprete escolher por um destes últimos, não devendo ser declarada inconstitucional aquela, quando uma de suas interpretações possa ser tida como não desconforme com as normas constitucionais envolvidas.²⁷⁹

²⁷⁶ ROQUE, Miguel Prata. Fiscalização Sucessiva Concreta. In: Enciclopédia da Constituição Portuguesa, Quid Juris, 2013, pág. 165.

²⁷⁷ CANOTILHO, J.J. Gomes. Direito Constitucional. 6. ed. revista. Almedina. Coimbra. 1993. p. 1044.

²⁷⁸ LOUREIRO, João. MACHADO, Jónatas, URBANO Maria Benedita. Direito Constitucional. Casos práticos resolvidos. Coimbra Editora, 1995.

²⁷⁹ CANAS, Vitalino, Introdução às decisões de provimento do Tribunal Constitucional: os seus efeitos em particular. In: Estudos de Direito Público n.º 2. Cognitio. 1984. p.36.

Importante elencar que tanto o Tribunal Constitucional quanto os Tribunais Ordinários se encontram diretamente subordinados à Constituição, sendo os Tribunais órgãos de fiscalização da constitucionalidade e lhes competem a interpretação da lei.²⁸⁰

O recurso de constitucionalidade no sistema português independe do valor ou importância da causa e, em diversos casos, obrigatório para o Ministério Público (Ac. 19/83). Nesse sentido, compete ao Tribunal Constitucional, julgar três espécies de recursos interpostos contra as decisões dos tribunais:²⁸¹ decisões que recusem a aplicação de qualquer norma com fundamento em sua inconstitucionalidade; decisões que apliquem norma cuja inconstitucionalidade haja sido suscitada durante o processo; decisões dos tribunais que apliquem norma anteriormente julgada inconstitucional ou ilegal pelo próprio Tribunal Constitucional.

Nesse sentido, Carlos Lopes do Rego dispõe que os recursos de fiscalização concreta de constitucionalidade observam três traços fundamentais, especialmente,

“Devem sempre reportar-se à impugnação de uma decisão de natureza jurisdicional, proferida por outro tribunal acerca da questão de inconstitucionalidade ou de legalidade “qualificada” que integra o objeto do recurso interposto para o Tribunal Constitucional; Têm necessariamente objeto normativo, devendo incidir sobre normas ou interpretações normativas, relevantes para a dirimção do caso concreto submetido a apreciação jurisdicional; Têm sempre carácter ou natureza instrumental, devendo a solução da questão de inconstitucionalidade ou de ilegalidade normativa, submetida à apreciação do Tribunal Constitucional recorrido acerca do caso concreto a dirimir no “*processo-base*”.”²⁸²

De forma igual, cabe ao Tribunal Constitucional, o recurso das decisões que rejeitem a aplicação de norma constante de ato legislativo com fundamento em sua ilegalidade por violação da lei com valor reforçado; que deneguem a aplicação de norma constante de diploma regional com fundamento em sua ilegalidade por violação do estatuto da região autónoma ou de lei geral da República; que recusem a aplicação de norma constante de diploma emanado de um órgão de soberania com fundamento em sua ilegalidade por violação do estatuto de uma região autónoma.

Ressaltar-se a existência de uma decisão judicial proferida por um tribunal é requisito essencial para a atuação do Tribunal Constitucional em sede de controle difuso de

²⁸⁰ CANAS, Vitalino, Introdução...Op. cit. p. 38.

²⁸¹ NADAIS, Antônio; VITORINO, Antônio; CANAIS, Vitalino. Lei sobre...Op. cit. p. 27. ARAÚJO, Antônio de. O Tribunal Constitucional. Coimbra: Coimbra Editora. 1997. p.12; CANAS, Vitalino. *Introdução...*Op.cit. p. 26.

²⁸² REGO, Carlos Lopes do. Os recursos de Fiscalização Concreta na Lei e na Jurisprudência do Tribunal Constitucional. Almedina, 2010, p. 17.

constitucionalidade, em face do obrigatório esgotamento das instâncias judiciais, consoante ao art. 70 da Lei Orgânica do Tribunal Constitucional, que estabelece:“(3) não é admitido recurso para o Tribunal Constitucional de decisões sujeitas a recurso ordinário obrigatório, nos termos da respectiva processual (4) Se a decisão admitir recurso ordinário, a não interposição de recurso para o Tribunal Constitucional não faz precluir o direito de interpô-lo de ulterior decisão que confirme a primeira”.

Frisa-se que tanto as pessoas que tenham legitimidade para interpor recurso da decisão proferida quanto o Ministério Público possuem legitimidade para recorrer ao Tribunal Constitucional, consoante ao art. 72, n.º 1, da Lei de Organização, Funcionamento e Processo do Tribunal Constitucional.²⁸³

O Ministério Público, conforme disposição do artigo 280, n.º 5, da Constituição da República Portuguesa, recorre obrigatoriamente (ato vinculado) sempre que os tribunais aplicarem, a um caso concreto, alguma norma anteriormente julgada inconstitucional, ou ilegal, pelo próprio Tribunal Constitucional. Implícito a esta competência, encontra-se uma conflitualidade entre a decisão positiva do Tribunal Constitucional e a decisão negativa de um tribunal inferior. A *ratio essendi* daquele comando normativo corresponde no caso de não só as decisões do Tribunal Constitucional terem efeito de primazia sobre todos os outros tribunais, e a quem compete de forma específica administrar a justiça em matérias de natureza jurídico – constitucional, consoante ao artigo 223²⁸⁴ da Constituição da República Portuguesa, como aquele Tribunal tem o poder dever de garantir e proteger a aplicação das normas constitucionais. Assim, existe recurso obrigatório ao Ministério Público, em virtude da decisão do recurso pelo Tribunal Constitucional não ter, aqui, força obrigatória geral e somente faz caso julgado intraprocessual ou formal, isto é, se questão idêntica for suscitada pelas mesmas partes,

²⁸³ LOTC – 72, n.º1. Podem recorrer para o Tribunal Constitucional: a) O Ministério Público; b) As pessoas que, de acordo com a lei reguladora do processo em que a decisão foi proferida, tenham legitimidade para dela interpor recurso.

²⁸⁴ Constituição da República Portuguesa - Artigo 223.º Competência.1. Compete ao Tribunal Constitucional apreciar a inconstitucionalidade e a ilegalidade, nos termos dos artigos 277.º e seguintes. 2. Compete também ao Tribunal Constitucional: a) Verificar a morte e declarar a impossibilidade física permanente do Presidente da República, bem como verificar os impedimentos temporários do exercício das suas funções; b) Verificar a perda do cargo de Presidente da República, nos casos previstos no n.º 3 do artigo 129.º e no n.º 3 do artigo 130.º; c) Julgar em última instância a regularidade e a validade dos atos de processo eleitoral, nos termos da lei; d) Verificar a morte e declarar a incapacidade para o exercício da função presidencial de qualquer candidato a Presidente da República, para efeitos do disposto no n.º 3 do artigo 124.º; e) Verificar a legalidade da constituição de partidos políticos e suas coligações, bem como apreciar a legalidade das suas denominações, siglas e símbolos, e ordenar a respetiva extinção, nos termos da Constituição e da lei; f) Verificar previamente a constitucionalidade e a legalidade dos referendos nacionais, regionais e locais, incluindo a apreciação dos requisitos relativos ao respetivo universo eleitoral; g) Julgar a requerimento dos Deputados, nos termos da lei, os recursos relativos à perda do mandato e às eleições realizadas na Assembleia da República e nas Assembleias Legislativas das regiões autónomas; h) Julgar as ações de impugnação de eleições e deliberações de órgãos de partidos políticos que, nos termos da lei, sejam recorríveis. 3. Compete ainda ao Tribunal Constitucional exercer as demais funções que lhe sejam atribuídas pela Constituição e pela lei.

as instâncias e o Tribunal Constitucional podem decidir a questão de maneira diferente, disposto no artigo 80, n.º 1, da LTC).²⁸⁵

Destaca-se que sendo o recurso para o Tribunal Constitucional restrito à questão da constitucionalidade, relativo ao artigo 280, n.º 6, da Constituição da República Portuguesa e artigo 71 da LTC, o Tribunal já entendeu esta modalidade de recurso obrigatório; também cabe na hipótese de aplicação de norma já por ele declarada inconstitucional com eficácia *erga omnes*, pode-se dizer que o TC possui a possibilidade de alterar de opinião, consoante ao artigo 280, n.º 3 da CRP, a outra hipótese de recurso obrigatório por parte do Ministério Público.²⁸⁶

De modo que o Tribunal Constitucional decidirá, em concreto, se haverá provimento (caso em que o tribunal revogará a decisão judicial prévia ou não (confirmará decisão recorrida) do recurso, tendo em qualquer desses juízos uma eficácia particular ou *inter partes*.²⁸⁷

Contudo, a decisão do Tribunal Constitucional poderá ter eficácia geral, mesmo que seja em um processo originário de fiscalização concreta de constitucionalidade. Sendo o caso disposto no artigo 281, n.º 3, da Constituição da República Portuguesa,²⁸⁸ caso que será aprofundado mais adiante, próximo tópico.

Critica-se que a sentença de um caso concreto, não é suscetível de fiscalização de constitucionalidade perante o Tribunal Constitucional de primeira, sendo distinta de norma que o Tribunal aplica ou deixa de aplicar, que é suscetível de fiscalização. Assim, deveras o que se constata é que o Tribunal conhece ou não do recurso para fiscalizar a constitucionalidade, à luz da conveniência na análise da questão.

Explica-se. No domínio da fiscalização de constitucionalidade concreta, a competência do Tribunal Constitucional constitui função de revisão das decisões judiciais que tenham conhecido da indagação de constitucionalidade (legalidade qualificada, ou, além disso, de contrariedade de norma legislativa com convenção internacional) de uma norma, não se encontrando diante de um processo independente, que se trata de caso abstrato, porém diante de um recurso judicial, inominável do processo em que se implanta.²⁸⁹

²⁸⁵ 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: Revista Economia e Direito. Vol. III. n.º 1. 1998. p. 80.

²⁸⁶ Ibidem. p. 80.

²⁸⁷ Ibidem. p. 80.

²⁸⁸ Constituição da República Portuguesa - Artigo 281.º Fiscalização abstrata da constitucionalidade e da legalidade. 3. O Tribunal Constitucional aprecia e declara ainda, com força obrigatória geral, a inconstitucionalidade ou a ilegalidade de qualquer norma, desde que tenha sido por ele julgada inconstitucional ou ilegal em três casos concretos.

²⁸⁹ COSTA, José Manuel M. Cardoso da. A Jurisprudência Constitucional em Portugal. 2. ed. Coimbra: 2007. p. 44 e 48.

Os recursos interpostos para o Tribunal Constitucional refletem à nominada fiscalização concreta da constitucionalidade, sendo a norma em causa avaliada em concreto no âmbito de um processo²⁹⁰. As decisões das quais é possível recorrer para o Tribunal Constitucional encontram-se especificadas no artigo 280 da Constituição, sendo complementadas pelo artigo 70 da Lei Orgânica do Tribunal Constitucional. De modo que o objeto do recurso é sempre a decisão do juiz *a quo* de aplicar ou não a norma cuja constitucionalidade foi questionada,²⁹¹ isto é, em sentido formal ou processual é a decisão do tribunal *a quo* que aplicou ou desaplicou uma norma, mas esta somente no âmbito relativo à questão de constitucionalidade,²⁹² de tal modo que o juiz deve reconhecer de ofício, independente de impugnação pelas partes, a inconstitucionalidade de uma norma, não a aplicando.

Na fiscalização concreta da constitucionalidade cabe recurso para o Tribunal Constitucional das decisões dos tribunais, consoante o artigo 70 da LTC, (a) que recusem a aplicação de qualquer norma, com fundamento em inconstitucionais; (b) que apliquem norma cuja inconstitucionalidade, haja sido suscitada durante o processo; (c) que recusem a aplicação de norma constante de ato legislativo com fundamento na sua ilegalidade por violação de lei com valor reforçado; (d) que recusem a aplicação de norma constante de diploma regional com fundamento na sua ilegalidade por violação do estatuto da região autónoma ou de lei geral da República; e) que recusem a aplicação de norma constante de diploma emanado de um órgão de soberania com fundamento na sua ilegalidade por violação do estatuto de uma região autónoma; f) que apliquem norma cuja ilegalidade haja sido suscitada durante o processo com qualquer dos fundamentos referidos nas alíneas c), d) e e); g) que apliquem norma já anteriormente julgada inconstitucional ou ilegal pelo próprio Tribunal Constitucional; h) que apliquem norma já anteriormente julgada inconstitucional pela Comissão Constitucional, nos precisos termos em que seja requerida a sua apreciação ao Tribunal Constitucional; i) que recusem a aplicação de norma constante de ato legislativo com fundamento na sua contrariedade com uma convenção internacional, ou a apliquem em desconformidade com o anteriormente decidido sobre a questão pelo Tribunal Constitucional.²⁹³

Assim, na Constituição da República portuguesa, em seu artigo 280, possui a mesma redação nos dispositivos, assim sendo, 1. Cabe recurso para o Tribunal Constitucional das decisões dos tribunais: a) que recusem a aplicação de qualquer norma com fundamento na sua

²⁹⁰ DOMINGOS, Inês; PIMENTEL, Margarida. O Recurso de Constitucionalidade. In: Estudos sobre a jurisprudência do Tribunal Constitucional. Lisboa: Aequilas Editoral Notícias. 1993. p. 429.

²⁹¹ Constituição da República Portuguesa – Art. 280º, n.º 6; Lei Orgânica do Tribunal Constitucional – Art. 71º.

²⁹² DOMINGOS, Inês; PIMENTEL, Margarida. O Recurso de... Op. cit. p. 433.

²⁹³ Ibidem. p. 431.

inconstitucionalidade; b) que apliquem norma cuja inconstitucionalidade haja sido suscitada durante o processo. 2. Cabe igualmente recurso para o Tribunal Constitucional das decisões dos tribunais: a) que recusem a aplicação de norma constante de ato legislativo com fundamento na sua ilegalidade por violação da lei com valor reforçado; b) que recusem a aplicação de norma constante de diploma regional com fundamento na sua ilegalidade por violação do estatuto da região autónoma; c) que recusem a aplicação de norma constante de diploma emanado de um órgão de soberania com fundamento na sua ilegalidade por violação do estatuto de uma região autónoma; d) que apliquem norma cuja ilegalidade haja sido suscitada durante o processo com qualquer dos fundamentos referidos nas alíneas a), b) e c). 3. Quando a norma cuja aplicação tiver sido recusada constar de convenção internacional, de ato legislativo ou de decreto regulamentar, os recursos previstos na alínea a) do n.º 1 e na alínea a) do n.º 2 são obrigatórios para o Ministério Público. 4. Os recursos previstos na alínea b) do n.º 1 e na alínea d) do n.º 2 só podem ser interpostos pela parte que haja suscitado a questão da inconstitucionalidade ou da ilegalidade, devendo a lei regular o regime de admissão desses recursos. 5. Cabe ainda recurso para o Tribunal Constitucional, obrigatório para o Ministério Público,²⁹⁴ das decisões dos tribunais que apliquem norma anteriormente julgada inconstitucional ou ilegal pelo próprio Tribunal Constitucional. 6. Os recursos para o Tribunal Constitucional são restritos à questão da inconstitucionalidade ou da ilegalidade, conforme os casos.

Em vista disso, alguns pontos que merecem destaque, os recursos previstos nas alíneas b) e f) da LTC, referentes as alíneas 1. b) e 2.d) da CRP, somente cabem de decisões que não admitam recursos ordinários, por a lei não prever ou por já haverem sido esgotados todos os que no caso cabiam. Com exceção, os destinados à uniformização da jurisprudência.²⁹⁵ Em caso, de interposição de recurso ordinário que não seja admitido com fundamento em irrecorribilidade da decisão, prescreve no n.º 2 do artigo 75 da LTC,²⁹⁶ o prazo de 10 dias, previsto no respectivo n.º 1,²⁹⁷ para recorrer para o Tribunal Constitucional conta-se do momento em que se torna definitiva a decisão que não admite recurso.²⁹⁸ Não é aceito recurso ao Tribunal Constitucional de decisões sujeitas a

²⁹⁴ TC- Ac n.º 389/87, processo n.º 33/87, formação 2ª secção, espécie recurso, data 22.07.1987, Relator Cons. Mário de Brito.

²⁹⁵ LTC – Art. 70, 2.

²⁹⁶ LTC – Artigo 75º. 2 - Interposto recurso ordinário, mesmo que para uniformização de jurisprudência, que não seja admitido com fundamento em irrecorribilidade da decisão, o prazo para recorrer para o Tribunal Constitucional conta-se do momento em que se torna definitiva a decisão que não admite recurso.

²⁹⁷ LTC – Artigo 75º. 1 - O prazo de interposição de recurso para o Tribunal Constitucional é de 10 dias e interrompe os prazos para a interposição de outros que porventura caibam da decisão, os quais só podem ser interpostos depois de cessada a interrupção.

²⁹⁸ TC – Ac n.º 116/2022, processo n.º 1171/2021, formação conferência, na 3ª secção, espécie recurso, data 03.02.2022, Relator Cons. Joana Fernandes Costa.

recurso ordinário obrigatório. Assim, se a decisão admitir recurso ordinário, a não interposição do recurso para o Tribunal Constitucional não preclui o direito de interpô-lo de decisão posterior que comprove a primeira.²⁹⁹

Ressalta-se que o recurso de constitucionalidade é independente da importância ou valor da causa e na maioria dos casos, obrigatório a sua interposição pelo Ministério Público.³⁰⁰

Ao não possuir natureza de recurso de revista ou de apelação, em relação ao mérito da causa, deve qualificar-se como um “recurso por via incidental”, a respeito de uma conveniência para a decisão da causa, isto é, a razão do caráter “instrumental” do recurso de constitucionalidade.³⁰¹ Por esse motivo, a questão de inconstitucionalidade apenas pode ser relevante no tribunal *a quo* enquanto questão prejudicial, diante da questão principal a decidir no processo.³⁰²

No caso do recurso ao acolhimento da alínea a), decisões que recusem a aplicação de qualquer norma, com fundamento em inconstitucionalidade, se verifica uma exigência que a norma desaplicada recorrida, teria de vir a ser usada como seu fundamento normativo, na hipótese de não ter sido rejeitada por inconstitucionalidade.³⁰³

Assim sendo, a recusa de aplicação de normas em razão de inconstitucionalidade não precisa ser expressa, basta que seja implícita na fundamentação da decisão recorrida, sendo insignificante que não qualifique de forma expressa o vício como de inconstitucionalidade, pois cabe a constitucionalidade das normas ao órgão competente para, através de recurso, e de forma centralizada, fiscalizar concretamente a qualificação do vício que motivou a desaplicação de tal norma.³⁰⁴

Neste sentido, de modo geral, o recurso constitucional, disposto na alínea a do n. 1 do artigo 280, somente poderá ser impetrado na hipótese de recusa de aplicação de uma norma jurídica inconstitucional, quando da aplicação ao caso concreto do conteúdo ou do regime jurídico incluído da norma jurídica. Assim, o tribunal *a quo* rejeita a aplicação da norma, com base na sua inconstitucionalidade.

Assim, dispõe o artigo 79, C, da LTC, que o Tribunal Constitucional somente pode julgar inconstitucional ou ilegal a norma que a decisão recorrida tenha aplicado ou que tenha recusado a sua

²⁹⁹ DOMINGOS, Inês; PIMENTEL, Margarida. O Recurso de Constitucionalidade. In: Estudos sobre a jurisprudência do Tribunal Constitucional. Lisboa: Aequilas Editoral Notícias. 1993. p. 432.

³⁰⁰ TC – Ac. 19/83, processo 61/83, formação 2ª secção, data 03/11/1983, espécie recurso; Relator Cons. Luís Nunes de Almeida.

³⁰¹ TC - Ac. 315/86, processo 145/86, formação 1ª secção, data 12/11/1986, espécie recurso; Relator Cons. Vital Moreira e Ac. 162/90, processo 119/89, formação 1ª secção, espécie recurso, data 22/05/1990, Relator Cons. Monteiro Diniz.

³⁰² MEDEIROS, Orione Dantes. Uma Dicotomia...Op. cit. p. 152.

³⁰³ DOMINGOS, Inês; PIMENTEL, Margarida. O Recurso...Op. cit. p. 434.

³⁰⁴ Ibidem. p. 435.

aplicação, fundamentando que a decisão com violação de normas ou princípios constitucionais, isto é, só pode intervir em matérias de natureza jurídico-constitucional, não necessitando decidir questões de mérito do processo. Não pode conhecer, também, de matéria de fato do caso concreto e nem pode apreciar questões suscitadas somente no momento de interposição do recurso de constitucionalidade, sem haver possibilidade de o tribunal de origem de analisar sobre estas. Pois, se assim fosse, o Tribunal Constitucional assumiria uma função de conhecimento originário e não de tribunal de recurso, como tem de ser.³⁰⁵

Há uma exceção ao explicitado, que é quando o tribunal *a quo* omite a decisão a respeito da questão inconstitucional suscitada no decorrer do processo; neste cenário o Tribunal Constitucional tem compreendido que o recurso será admissível.³⁰⁶ A solução que o Tribunal Constitucional se deparou foi realizar uma ficção jurídica, isto é, parte do pressuposto que a decisão do tribunal de origem foi desfavorável ao recorrente, viabilizando assim o recurso de constitucionalidade.

Como forma de exemplificar, no Acórdão n.º 318/1990, julgado pela 2ª secção do Tribunal Constitucional, foi alegado pelo réu condenado a pagar multa e custas, por ter conduzido um veículo acima da velocidade, não ter sido notificado pessoalmente para o efeito e do postal que recebera constar que o dia designado para o mesmo era data posterior a que realmente ocorreu o julgamento. Porém, a arguição da nulidade invocada foi julgada por despacho improcedente pelo juiz do Tribunal Judicial da Comarca de Aveiro. Deste despacho interpôs o arguido recurso para o Tribunal da Relação de Coimbra, de modo que o Magistrado do Ministério Público, inicialmente, suscitou a questão prévia da extemporaneidade da motivação do recurso, por não ter sido apresentada no próprio requerimento de interposição, nos termos do disposto no artigo 411, n.º 3, do Código de Processo Penal de 1987. O Desembargador relator entendeu nada obstar ao conhecimento do recurso. Por acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra foi negado provimento ao recurso por o requerimento da sua interposição não conter a respectiva motivação. Em seguida, o requerente requereu a esclarecimento deste aresto. Foi arguida, a nulidade do acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra, fundamentando que o parecer emitido pelo Procurador-Geral Adjunto, ao abrigo do artigo 416 do Código de Processo Penal, e no qual foi suscitada uma questão prévia, é inconstitucional, por violação do disposto no artigo 32 da

³⁰⁵ CRUZ, Daniela Alexandre dos Santos. O Recurso de Amparo: um estudo sobre a sua necessidade na ordem jurídica portuguesa. Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. Lisboa. 2018. p. 17.

³⁰⁶ TC – Ac. n.º 318/90, proc. n.º 291/89, 2ª secção, relator: Conselheiro Alves Correia, j. 12.12.1990; do acórdão do Tribunal Constitucional n.º 329/91, proc. n.º 105/91, relatora: Conselheira Assunção Esteves e do acórdão do Tribunal Constitucional n.º 478/2011, proc. n.º 421/10, relatora: Conselheira Ana Maria Guerra Martins.

Constituição, pois não acompanhado de notificação ao recorrente para se pronunciar sobre o teor do mesmo. Contudo, a arguição de nulidade em questão foi indeferida por acórdão.

De maneira que, deste aresto foi interposto recurso ao Tribunal Constitucional, alegando os seguintes fundamentos:

“1.º O artigo 664.º do Código de Processo Penal de 1929, tal como o artigo 416.º do Código de Processo Penal de 1987, não permitem, e bem, que o Ministério Público junto do Tribunal de recurso expendam qualquer «Parecer».

A lei limita-se a ordenar que o processo lhe vá com vista a fim de através dela, sendo caso disso, sugira qualquer tomada de posição que salvasse a legalidade.

2.º Mesmo que assim não fosse, tal «Parecer», a não ser ilegal e tomada a palavra no seu sentido mais restritivo, seria sempre inconstitucional, por consubstanciar mais uma intervenção processual do titular da acção penal, do representante da pretensão punitiva do Estado, a qual, violando o princípio da igualdade de armas, sempre colocará o recorrente em inferioridade perante, no caso, o recorrido, o Ministério Público.

3.º Ainda que assim se não entendesse e se sufragasse a posição mais restritiva assumida pelo Acórdão n.º 398/89 da 2.ª secção do Tribunal Constitucional, haverá que declarar que, no caso, o concreto uso que se fez do «parecer» proferido ao «abrigo» do artigo 664.º do Código de Processo Penal — ou do artigo 416.º do CPP (87) — inconstitucionalizou tal norma, pois a posição do recorrente, por força da suscitada questão prévia, à qual o Tribunal *a quo* aderiu, resultou agravada, não lhe tendo sido dada possibilidade de responder.

4.º Assim, deve o Tribunal Constitucional julgar que o «Parecer» proferido nos autos pelo Digno Procurador-Geral Adjunto junto da secção criminal do Tribunal da Relação de Coimbra ao «abrigo» do disposto no artigo 664.º do Código de Processo Penal de 29 — ou do artigo 416.º do Código de Processo Penal de 87 — inconstitucionalizou, no caso, qualquer uma das referidas normas (não se sabendo bem, efectivamente, qual delas foi chamada à colação), na verdade, por violação do disposto no artigo 32.º, n.ºs 1 e 5, da Constituição da República.

5.º Ordenando o desentranhamento dos autos de tal «Parecer» e actos processuais subsequentes, excepto o Acórdão a proferir por esse Alto Tribunal, ordenando a baixa do processo ao Tribunal *a quo* para que o Senhor Desembargador-Relator despache da forma que tenha por mais conveniente.”³⁰⁷

Assim, no Tribunal Constitucional, o Procurador-Geral Adjunto, nas respectivas contra-alegações, pronunciou-se pela inadmissibilidade do presente recurso por não estarem reunidos os requisitos específicos previstos na alínea b) do n.º 1 do artigo 70.º da Lei n.º 28/82, de 15 de Novembro (falta de aplicação pelo tribunal *a quo* de norma cuja inconstitucionalidade tenha sido

³⁰⁷ TC – Ac. n.º 318/90, proc. n.º 291/89, 2ª secção, relator: Conselheiro Alves Correia, j. 12.12.1990. Acesso em 21/04/2023, em: TC > Jurisprudência > Acórdãos > Acórdão 318/1990 (tribunalconstitucional.pt).

suscitada durante o processo). De modo que, o recorrente alegou em relação à questão prévia que ao suscitar a questão de inconstitucionalidade se referiu, claramente, a norma de direito legislativo de cuja aplicação resultou uma inconstitucionalidade.

Analisando os fundamentos do recurso, se tem que o posto em causa é a interpretação acolhida pelo parecer em questão na aplicação da norma constante do artigo 416 do Código de Processo Penal de 1987, em termos de a tornar contrária à Constituição. Isto é: no fundo, pode dizer-se que é a inconstitucionalidade desta norma, segundo a interpretação dada por aquele parecer, que se questiona.

De maneira que se chegou a conclusão de que *“o facto de ter sido omitida a notificação do requerente para se pronunciar sobre a questão prévia, conferiu ao Parecer exarado ao abrigo do disposto no artigo 416.º do Código de Processo Penal de 1987, e a esta norma, um teor de sentido que viola o disposto nos referidos preceitos constitucionais; ou ainda quando refere no requerimento de arguição de nulidade do acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra, de 17 de Maio de 1989”*.³⁰⁸

Ainda, no acórdão foi discutido se poderia considerar que a inconstitucionalidade da referida norma foi suscitada durante o processo, de modo que, em verdade, o recorrente veio a invocar aquela questão pela primeira vez no pedido de esclarecimento do acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra e depois quando arguiu a nulidade do mesmo aresto. Assim, conforme orientação do Tribunal Constitucional³⁰⁹ não se devia considerara questão de inconstitucionalidade como suscitada durante o processo. Contudo, como já fundamentando em outro Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 176/88: *“quando a questão de constitucionalidade se conexas com uma outra relativamente à qual, ao contrário do que é regra geral, o poder de jurisdição do tribunal a quo se não haja esgotado com a anterior decisão, e de tal forma que esse tribunal ainda possa reexaminar, por via de reclamação, essa outra questão, então estará o interessado a tempo de, nessa reclamação, invocar a inconstitucionalidade — designadamente para o efeito de ‘abrir’ a possibilidade de recurso prevista no artigo 70.º, n.º 1, alínea b), da Lei do Tribunal Constitucional”*. Ainda, como ficou consignado no Acórdão n.º 176/88, este Tribunal Constitucional *“não pode ficar dependente de uma eventualmente indevida ‘omissão de pronúncia’ sobre a questão de constitucionalidade, por parte dos restantes tribunais.”* De maneira que, foi considerada suscitada a questão de inconstitucionalidade, dentro do prazo, para o efeito do artigo 70, n.º 1, alínea b), da Lei n.º 28/82,³¹⁰

³⁰⁸ TC – Ac. n.º 318/90, proc. n.º 291/89, 2ª secção, relator: Conselheiro Alves Correia, j. 12.12.1990. Acesso em 21/04/2023, em: TC > Jurisprudência > Acórdãos > Acórdão 318/1990 (tribunalconstitucional.pt).

³⁰⁹ TC - Acórdão n.º 94/88, bem como o Acórdão n.º 47/90, in Diário da República, II Série, n.º 154, de 6 de Julho de 1990, e o Acórdão n.º 51/90, in Diário da República, II Série, n.º 159, de 12 de Julho de 1990).

³¹⁰ Lei n.º 28/82 – Artigo 70º Decisões que pode recorrer-se. 1- Cabe recurso para o Tribunal Constitucional, em secção, das decisões dos tribunais: b) Que apliquem norma cuja inconstitucionalidade haja sido suscitada durante o processo;

encontrando-se igualmente verificados os restantes pressupostos. Decidindo por "*Nos termos e pelos fundamentos expostos, decide-se desatender a questão prévia e, em consequência, determinar o prosseguimento do processo.*"³¹¹

Ressalta-se que o Tribunal Constitucional tem assimilado como tribunal *a quo*, que é elencada pela doutrina portuguesa, termo bastante utilizado ao longo do texto, que são passíveis de recurso de constitucionalidade decisões provenientes de "*um órgão com jurisdição reconhecida por norma legal e que o respectivo sistema de designação e funcionamento assegura a Independência e a imparcialidade dos seus membros*".³¹²

Em contrapartida, não são recorríveis para o Tribunal Constitucional as falsas recusas de aplicação de normas jurídicas, isto é, aquelas em que o tribunal *a quo* se restringiu a elaborar um juízo de inconstitucionalidade de uma norma jurídica, sem apartar a aplicação da norma considerada inconstitucional. Nestes casos, não se está diante de hipóteses de aplicação ou recusa de aplicação de uma norma, porém de simples *obter dictum* (aquilo que foi referido de passagem) ou diante de simples opinião *ad ostentationem* (por necessidade, em razão de ser necessário)³¹³ em matéria de inconstitucionalidade.³¹⁴

Necessita-se que a norma desaplicada pela decisão recorrida tenha sido rejeitada por inconstitucionalidade.³¹⁵ A recusa de aplicação da norma por si só não é suficiente para adequar de fundamento ao recurso. É indispensável que a recusa de aplicação da norma seja por motivos de sua inconstitucionalidade. Os requisitos do recurso não estão presentes, quando a norma for afastada por não servir de fundamento ao caso concreto.³¹⁶

A necessidade de a inconstitucionalidade ser suscitada durante o processo significa que a questão em causa tem de ser levantada num ato processual até a decisão do juiz *a quo*.³¹⁷

Em suma, a fiscalização concreta contempla um sistema cassatório mitigado dado que o Tribunal Constitucional decide definitivamente a questão de inconstitucionalidade, porém reenvia depois o processo ao tribunal de origem para que reforme a sua decisão.

³¹¹ TC - Acórdão n.º 94/88, bem como o Acórdão n.º 47/90, In: Diário da República, II Série, n.º 154, de 6 de Julho de 1990, e o Acórdão n.º 51/90, In: Diário da República, II Série, n.º 159, de 12 de Julho de 1990).

³¹² Roque, Miguel Prata. Fiscalização Sucessiva Concreta. ... Op. cit., pág. 166.

³¹³ MEDEIROS, Orione Dantes. Uma Dicotomia.... Op. cit. p. 152.

³¹⁴ TC - Ac. 14/91, processo 390/89, formação 2ª secção, espécie recurso, data 23/01/1991, Relator Cons. Alves Correia e Ac. 206/92, processo 42/91, 2ª secção, espécie recurso, data 03/06/1992, Relator Cons. Alves Correia.

³¹⁵ TC - Ac. 239/92, processo 358/91, formação 1ª secção, espécie recurso, data 30/06/1992, Relator Cons. Monteiro Diniz.

³¹⁶ MEDEIROS, Orione Dantes. Uma dicotomia...Op. cit. p. 152.

³¹⁷ ROLO, Nuno. A fiscalização...Op. cit. p. 79/80.

4.2.1 Admissibilidade de recurso autônomo para o Tribunal Constitucional

Assim, o que se pretende verificar a seguir é a admissibilidade de interposição um recurso autônomo para o Tribunal Constitucional por violação de caso julgado, isto é, quando o Tribunal Constitucional, num recurso de fiscalização concreta de constitucionalidade, julgou na interpretação de que certa norma era inconstitucional ou não e em razão disso, estabeleceu a reforma da decisão recorrida, pode ou não ser interposto para o mesmo tribunal novo recurso atribuído a questionar o respeito por esse julgamento por parte do tribunal recorrido, sem ter que novamente, suscitar a mesma questão de constitucionalidade e de recorrer.³¹⁸

Assim, considerando que “*a decisão do recurso faz caso julgado no processo quanto à questão da inconstitucionalidade (ou ilegalidade) suscitada*”,³¹⁹ serão analisados os encadeamentos do explicitado no artigo 80, 1º da Lei n.º 28/82 (LTC).

Importante ressaltar que, o âmbito objetivo do caso julgado se define pela atenção conjunta do pedido e da causa de pedir,³²⁰ sendo que no processo de fiscalização da constitucionalidade, pode ser admitido, com diretriz genérica, que a decisão transitada estabelece de forma vinculativa, se a norma que compõe o objeto do recurso é ou não inconstitucional.

Nesse sentido, tem de se ter em mente que não significa que seja legítimo ao tribunal recorrido, ao agir com a reforma de uma decisão, não a modificar recorrendo a uma interpretação distinta da que foi julgada inconstitucional ou não inconstitucional no recurso, visto que a isso se contrapõe a regra da extinção do poder jurisdicional com o julgamento, ou seja, esta regra acarreta que a decisão recorrida somente pode ser modificada nos estritos limites em que a reforma o exigir. De modo que a reformulação da decisão está ligada à aplicação da norma definida.³²¹

O tribunal recorrido, ao reformular a decisão, poderá ou não afastar da decisão do Tribunal Constitucional utilizando outros fundamentos, diversos, dos que determinaram a inconstitucionalidade da norma aplicada ou não inconstitucional da norma desaplicada, qual seja o caso, não é razoável para fundamentar uma resposta negativa a justificação de que, se o Tribunal Constitucional não está restringido pelos fundamentos da desaplicação, a sua decisão de não

³¹⁸ BELEZA, Maria dos Prazeres Pizarro. Admissibilidade de um recurso autônomo para o tribunal constitucional por violação de caso julgado. In: Estudos em homenagem à Professora Doutora Isabel de Magalhães Collaço. Vol. II. Editora Almedina. Nov/ 2002. p. 479.

³¹⁹ Ibidem. p. 480.

³²⁰ Ibidem. p. 482.

³²¹ MEDEIROS, Rui. A Decisão de Inconstitucionalidade. Lisboa. 1999. p. 363.

inconstitucionalidade denota que, de modo implícito, ponderou não ser constatado qualquer outro fundamento de inconstitucionalidade.³²²

Porém, é neste caso, a aplicação da regra de extinção do poder jurisdicional, no qual o objetivo final é o de impossibilitar que o tribunal recorrido altere a sua própria convicção quanto ao correto julgamento da questão que decidiu.

Ainda, não parece razoável também que a falta de expressa determinação ao Tribunal Constitucional do poder de controlar a execução dos seus julgados seja empecilho ao exercício desse mesmo poder.

Miguel Galvão Teles analisa que este aspecto ressaltando uma questão, quer de uma eventual ausência de previsão legal de um recurso por violação de caso julgado, que da perspectiva de se ter conhecimento se, a ser julgado admissível, não se teria de um recurso “*por inconstitucionalidade da decisão judicial, inadmissível segundo constante jurisprudência do Tribunal Constitucional*”, a decisão do caso julgado formaria contrariaria o artigo 280 da Constituição, relativo ao artigo 277 da Constituição da República Portuguesa.³²³

De modo que tal artigo da Constituição da República portuguesa, dispõe o denominado recurso de constitucionalidade, que implementou um dos elementos do sistema de fiscalização concreta de constitucionalidade no ordenamento jurídico português.³²⁴

Maria dos Prazeres Pizarro Beleza entende que, não existe este risco, considerando a natureza instrumental diante aos recursos de fiscalização concreta de constitucionalidade do recurso por violação de caso julgado.³²⁵

Neste sentido, a garantia da função do Tribunal Constitucional de defender a Constituição encontra respaldo no artigo 2 da LTC, “*as decisões do Tribunal Constitucional (...) prevalecem sobre as dos restantes tribunais*”,³²⁶ de forma que se assegura a coerência ao sistema de fiscalização concreta da constitucionalidade portuguesa, que optou pela via do recurso e não pelo incidente, assim, sendo um instrumento de garantia da eficácia dos recursos de constitucionalidade.³²⁷ De modo que esta constatação somente é viável desde que haja sido interposto um segundo recurso dentro de um mesmo processo, pode ser efetivado, quer seja no âmbito de um dos recursos expressamente

³²² BELEZA, Maria dos Prazeres Pizarro. Admissibilidade de...Op. cit. p. 484.

³²³ TELES, Miguel Galvão. A competência...Op. cit. p. 118.

³²⁴ FONSECA, Guilherme da; DOMINGOS, Inês. Breviário de direito processual constitucional. 2. ed. Coimbra: Coimbra Editora. 2002. p. 35; CANOTILHO, J.J. Gomes; MOREIRA, Vital Constituição...Op. cit. p. 1014.

³²⁵ BELEZA, Maria dos Prazeres Pizarro. Admissibilidade de...Op. cit. p. 485.

³²⁶ LTC – Artigo 2º. As decisões do Tribunal Constitucional são obrigatórias para todas as entidades públicas e privadas e prevalecem sobre as dos restantes tribunais e de quaisquer outras autoridades.

³²⁷ TELES, Miguel Galvão. A competência...Op. cit. p. 114 e ss.

amparados na Constituição, artigo 280º e na LTC, artigo 70º, nº 1, quer como objeto de um recurso autonomamente determinado a questionar a violação de caso julgado.³²⁸

De modo que o Tribunal Constitucional há de ajustar promovendo a execução da sua decisão e revogando a decisão recorrida. O que difere de um caso para o outro explicitado acima, no caso da via selecionada tiver sido a do objeto de um recurso autonomamente determinado a questionar a violação de caso julgado, é que essa determinação exaure a decisão do recurso, já no caso de ser interposto um segundo recurso no âmbito de um dos recursos expressamente amparados na Constituição (art. 280 da Constituição da República Portuguesa³²⁹ e artigo 70, nº 1 na LTC)³³⁰, o Tribunal Constitucional há de também se manifestar no sentido de que não pode conhecer o objeto do recurso interposto.³³¹

Neste sentido Maria dos Prazeres Pizarro Beleza discorre,

“Na verdade, se é de aceitar que o Tribunal Constitucional tem competência para apreciar a execução das suas decisões e, conseqüentemente, o respeito pelo caso julgado formado, não é razoável fazer depender a possibilidade de controlo da

³²⁸ BELEZA, Maria dos Prazeres Pizarro. Admissibilidade de...Op. cit. p. 486

³²⁹ Constituição da República Portuguesa – Artigo 280. 1. Cabe recurso para o Tribunal Constitucional das decisões dos tribunais: a) Que recusem a aplicação de qualquer norma com fundamento na sua inconstitucionalidade; b) Que apliquem norma cuja inconstitucionalidade haja sido suscitada durante o processo. 2. Cabe igualmente recurso para o Tribunal Constitucional das decisões dos tribunais: a) Que recusem a aplicação de norma constante de ato legislativo com fundamento na sua ilegalidade por violação da lei com valor reforçado; b) Que recusem a aplicação de norma constante de diploma regional com fundamento na sua ilegalidade por violação do estatuto da região autónoma; c) Que recusem a aplicação de norma constante de diploma emanado de um órgão de soberania com fundamento na sua ilegalidade por violação do estatuto de uma região autónoma; d) Que apliquem norma cuja ilegalidade haja sido suscitada durante o processo com qualquer dos fundamentos referidos nas alíneas a), b) e c). 3. Quando a norma cuja aplicação tiver sido recusada constar de convenção internacional, de ato legislativo ou de decreto regulamentar, os recursos previstos na alínea a) do n.º 1 e na alínea a) do n.º 2 são obrigatórios para o Ministério Público. 4. Os recursos previstos na alínea b) do n.º 1 e na alínea d) do n.º 2 só podem ser interpostos pela parte que haja suscitado a questão da inconstitucionalidade ou da ilegalidade, devendo a lei regular o regime de admissão desses recursos. 5. Cabe ainda recurso para o Tribunal Constitucional, obrigatório para o Ministério Público, das decisões dos tribunais que apliquem norma anteriormente julgada inconstitucional ou ilegal pelo próprio Tribunal Constitucional. 6. Os recursos para o Tribunal Constitucional são restritos à questão da inconstitucionalidade ou da ilegalidade, conforme os casos.

³³⁰ LTC – Artigo 70º. 1 - Cabe recurso para o Tribunal Constitucional, em secção, das decisões dos tribunais: a) Que recusem a aplicação de qualquer norma, com fundamento em inconstitucionalidade; b) Que apliquem norma cuja inconstitucionalidade haja sido suscitada durante o processo; c) Que recusem a aplicação de norma constante de ato legislativo com fundamento na sua ilegalidade por violação de lei com valor reforçado; d) Que recusem a aplicação de norma constante de diploma regional, com fundamento na sua ilegalidade por violação do Estatuto da Região Autónoma ou de lei geral da República; e) Que recusem a aplicação de norma emanada de um órgão de soberania, com fundamento na sua ilegalidade por violação do Estatuto de uma Região Autónoma; f) Que apliquem norma cuja ilegalidade haja sido suscitada durante o processo com qualquer dos fundamentos referidos nas alíneas c), d) e e); g) Que apliquem norma já anteriormente julgada inconstitucional ou ilegal pelo próprio Tribunal Constitucional; h) Que apliquem norma já anteriormente julgada inconstitucional pela Comissão Constitucional, nos precisos termos em que seja requerida a sua apreciação ao Tribunal Constitucional; i) Que recusem a aplicação de norma constante de ato legislativo com fundamento na sua contrariedade com uma convenção internacional, ou a apliquem em desconformidade com o anteriormente decidido sobre a questão pelo Tribunal Constitucional.

³³¹ BELEZA, Maria dos Prazeres Pizarro. Admissibilidade de...Op. cit. p. 486.

circunstância – fortuita- de se encontrarem preenchidos os requisitos de admissibilidade de um dos recursos expressamente regulados

Note-se, aliás, que só faria sentido colocar essa exigência se a admissibilidade de um recurso autónomo implicasse o alargamento da competência do Tribunal Constitucional, sem base legal ou constitucional. Não existe, porém, esse risco, porque nada se acrescenta à competência do Tribunal: apenas está em causa o formalismo a seguir para o exercício da competência de controlo que lhe cabe”.³³²

Assim, constata-se que a admissibilidade do recurso autónomo obtém fundamento constitucional e legal enquanto instrumento designado a assegurar a eficácia dos recursos de fiscalização concreta que a Constituição e a lei expressamente preveem. Assim, no acórdão n.º 340/00, foi concluído, de forma expressa, que se conhecia da questão da ofensa de caso julgado independentemente de verificar se estariam reunidos os pressupostos, de algum dos recursos previstos no artigo 70 da Lei n.º 28/82 (LTC), constatação indispensável.³³³

4.2.2 Transformação da fiscalização concreta em abstrata

Em relação às decisões de inconstitucionalidade proferidas nos casos de transformação da fiscalização concreta em fiscalização abstrata, destacando-se o caso especial do artigo 281, n.º 3,³³⁴ da Constituição da República Portuguesa, a Constituição faz distinção entre o juízo de inconstitucionalidade proferido em sede de fiscalização concreta, a título incidental e no âmbito de um processo concreto e a declaração de inconstitucionalidade com força obrigatória geral proferida em sede de fiscalização abstrata.³³⁵

No entanto, não significa que essa separação seja absoluta, dado que o princípio da economia impossibilita que o Tribunal Constitucional profira *ad infinitum* (sem limite) decisões sobre as mesmas questões de direito. Ainda, essa separação absoluta seria contrária aos princípios da igualdade de tratamento em identidade de situações e da segurança jurídica.³³⁶

³³² BELEZA, Maria dos Prazeres Pizarro. Admissibilidade de...Op. cit. p. 486.

³³³ TC – Ac. 340/00, processo n.º 287/00, formação plenário, espécie recurso, 04/07/2000, Relator: Cons. Guilherme da Fonseca.

³³⁴Constituição da República Portuguesa – Art. 281. 3. O Tribunal Constitucional aprecia e declara ainda, com força obrigatória geral, a inconstitucionalidade ou a ilegalidade de qualquer norma, desde que tenha sido por ele julgada inconstitucional ou ilegal em três casos concretos.

³³⁵ MIRANDA, Jorge. Fiscalização da Constitucionalidade. Coimbra: Almedina, 2017. p. 326.

³³⁶ GOMES, Guilherme Brandão; PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. A Vinculação do Juiz Cível Português às Decisões Proferidas pelo Tribunal Constitucional em sede de Fiscalização Abstrata da Constitucionalidade: Notas Comparativas com o Direito Brasileiro. The binding of the Portuguese civil judge to the decisions of the constitutional

À vista disso, constata-se que essas foram as razões que fizeram com que o legislador permitiu, tanto no texto originário da Constituição da República de 1976, quanto no texto derivado da revisão constitucional de 1982, que, em determinadas situações, a declaração de inconstitucionalidade com força obrigatória geral tenha origem na existência de um certo número de decisões concretas (três) anteriormente proferidas num mesmo sentido.³³⁷

Tal preceito constitucional autoriza que ao ser julgada a inconstitucionalidade de uma determinada norma pela terceira vez em sede de fiscalização concreta, o Tribunal Constitucional, por iniciativa própria, suscite a fiscalização abstrata sucessiva daquele preceito legal, dessa maneira, concedendo origem a um processo totalmente novo e independente dos três processos anteriores de fiscalização concreta.³³⁸ Essa independência é certificada pelo Acórdão do Tribunal Constitucional 347/92³³⁹ do Juiz Conselheiro Tavares da Costa, o qual,

“O facto de determinada norma ter sido julgada inconstitucional em três casos concretos não conduz a uma automática declaração da sua inconstitucionalidade com força obrigatória geral, mas implica reapreciar a questão pelo Tribunal Constitucional” e o processo de fiscalização abstrata sucessiva desencadeado ao abrigo do artigo 281º, n.º 3, da CRP é “[...] um novo processo de fiscalização que se abre e uma nova decisão que se tem de tomar”.³⁴⁰

Os três casos em questão podem ter sido decididos tanto em instância de recurso quanto em incidente suscitado pelo Tribunal Constitucional, consoante ao artigo 204 da Constituição da República Portuguesa.³⁴¹

Neste sentido, destaca-se o disposto no artigo 72³⁴² da Lei 28/82 (Lei Orgânica do Tribunal Constitucional), que, mantém a exigência da parte final do artigo 281, n.º 3, da Constituição da

court in the abstract constitutional review: comparative notes with the Brazilian law *Revista de Processo* | vol. 295/2019 | p. 353 - 373 | Set / 2019 DTR\2019\39984. p. 355.

³³⁷ MIRANDA, Jorge. *Fiscalização...* Op. cit. p. 326.

³³⁸ *Ibidem*. p. 326.

³³⁹ TC – Ac. 347/92, processo 187/92, formação plen., espécie sucessivo, data 04/11/1992, Relator Cons. Tavares da Costa.

³⁴⁰ GOMES, Guilherme Brandão; PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. *A Vinculação...* Op. cit. p. 355.

³⁴¹ MIRANDA, Jorge. *Fiscalização da...* Op. cit. p. 327.

³⁴² Lei 28/82- Art. 72. Legitimidade para recorrer. 1 – Podem recorrer para o Tribunal Constitucional: a) O Ministério Público; b) As pessoas que, de acordo com a lei reguladora do processo em que a decisão foi proferida, tenham legitimidade para dela interpor recurso. 2 - Os recursos previstos nas alíneas b) e f) do n.º 1 do artigo 70.º só podem ser interpostos pela parte que haja suscitado a questão da inconstitucionalidade ou da ilegalidade de modo processualmente adequado perante o tribunal que proferiu a decisão recorrida, em termos de este estar obrigado a dela conhecer. 3 - O recurso é obrigatório para o Ministério Público quando a norma cuja aplicação haja sido recusada, por inconstitucionalidade ou ilegalidade, conste de convenção internacional, ato legislativo ou decreto regulamentar, ou quando se verificarem os casos previstos nas alíneas g), h) e i) do n.º 1 do artigo 70.º, salvo o disposto no número seguinte.

República Portuguesa, isto é, “Sempre que a mesma norma tiver sido julgada inconstitucional ou ilegal em três casos concretos [...]”, mas vai além, permite que esse mecanismo ocorra por iniciativa de qualquer dos seus juízes ou do Ministério Público que organizarão um processo com as cópias das decisões anteriormente julgadas inconstitucionais e que será conclusivo ao Presidente, seguindo-se os termos do processo de fiscalização abstrata sucessiva da constitucionalidade. Nunca esse mecanismo poderá ser feito valer *ex officio*, por deliberação do TC.³⁴³

Canotilho, fundamenta que,

“embora com efeitos limitados à causa em que foi proferida a decisão, o juízo de inconstitucionalidade (ou de ilegalidade) estabelece a partir daí uma espécie de *presunção de inconstitucionalidade* (ou de ilegalidade) *abstracta* da norma.

Inversamente, as decisões de não inconstitucionalidade não têm nenhum efeito preclusivo do recurso, podendo a questão ser recolocada em qualquer outro caso”.³⁴⁴

Ocorre crítica da redação do artigo 82 por José de Oliveira Ascensão, visto que o considera “[...] um preceito inteiramente anômalo”³⁴⁵ por deixar que o juiz tenha iniciativa processual e colocar em risco a sua independência quando for chamado a resolver o processo que ele próprio promoveu. Todavia, Jorge Miranda diverge dessa posição com base em três fundamentos, o primeiro de não haver aqui uma verdadeira iniciativa processual do TC, o juiz que declara a norma inconstitucional é quem desencadeia o processo, independentemente da concordância daquele órgão jurisdicional; o segundo argumento de que esse mecanismo estar intrinsecamente ligado à necessidade de se fixar com caráter permanente uma orientação jurisprudencial e o terceiro de que a decisão que o juiz tomar nesse âmbito depender de um anterior e repetido juízo de inconstitucionalidade sobre a mesma norma.³⁴⁶

4 - O Ministério Público pode abster-se de interpor recurso de decisões conformes com a orientação que se encontra já estabelecida, a respeito da questão em causa, em jurisprudência constante do Tribunal Constitucional.

³⁴³ MIRANDA, Jorge. Fiscalização da...Op. cit. p. 328.

³⁴⁴ CANOTILHO, J.J. Gomes; MOREIRA, Vital. Constituição da República Portuguesa Anotada. 3ª edição revista. Coimbra Editora. 1993. p. 1029.

³⁴⁵ ASCENSÃO, José de Oliveira. Força obrigatória geral de acórdãos do Tribunal Constitucional no Direito português. Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, v. 165, p. 383, jul.-set. 1986.

³⁴⁶ MIRANDA, Jorge. Fiscalização da...Op. cit. p. 327-328.

Ressalta-se que quanto à força geral disposta no artigo 281, n.º 1 e 3 da Constituição da República Portuguesa, Joaquim José Gomes Canotilho e Vital Moreira³⁴⁷ asseveram que esse conceito significa, de um lado, que todos os órgãos constitucionais, todos os tribunais e todos os órgãos administrativos estão vinculados às decisões proferidas pelo TC no âmbito da fiscalização abstrata sucessiva e, de outro, que essas decisões têm força de lei e são aplicáveis a todas as pessoas físicas e jurídicas juridicamente afetadas pela norma declarada inconstitucional. Todavia, tal não significa que essas decisões sejam análogas às leis, porque não são formalmente atos legislativos nem constituem normas jurídicas.³⁴⁸

Ao passo que José de Oliveira Ascensão³⁴⁹ conclui que tais Acórdãos caracterizam uma verdadeira jurisprudência e não são lei, dado que o Tribunal Constitucional não modifica a ordem legislativa ao preferi-los e que dessas decisões resulta a “(..) declaração abstrata do direito que é”.

4.2.3 Decisões interpretativas do Tribunal Constitucional

As decisões do Tribunal Constitucional não se limitam aos dois tipos chamados como puros acabados de assinalar, ou seja, sentenças ou decisões positivas consoante a sentenças de acolhimento da inconstitucionalidade e sentenças ou decisões negativas relativas às decisões de rejeição da inconstitucionalidade.³⁵⁰

Assim, a Lei Orgânica do Tribunal Constitucional, em seu artigo 80, 3, valida a possibilidade de decisões interpretativas do Tribunal Constitucional, devendo a norma ser empregada no processo em causa com a interpretação por ele dada.³⁵¹

O Tribunal Constitucional ao julgar o recurso, em relação às decisões interpretativas, pode decidir no sentido de uma das 3 decisões interpretativas, a seguir: declaração da inconstitucionalidade de uma (ou várias) interpretação (interpretações) da norma; declaração da não inconstitucionalidade da norma quanto interpretada em certo sentido; declaração da inconstitucionalidade de uma norma

³⁴⁷ CANOTILHO, José Joaquim Gomes; MOREIRA, Vital. Constituição da República Portuguesa Anotada. 4. ed. rev. Coimbra: Wolters Kluwer Portugal sob a marca Coimbra Editora, 2010. v. II. p. 966.

³⁴⁸ GOMES, Guilherme Brandão; PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. A Vinculação do Juiz Cível...Op. cit. p. 356.

³⁴⁹ ASCENSÃO, José de Oliveira. Força obrigatória geral de acórdãos do Tribunal Constitucional no direito português. Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, v. 165, p. 381-384.

³⁵⁰ CANOTILHO, J.J. Gomes. Direito Constitucional... Op. cit. p. 1062.

³⁵¹ Ibidem. p. 1063.

quanto interpretada em certo sentido, com simultânea exposição de interpretação entendida como capaz de permitir, ainda, a sua válida aplicação.³⁵²

Dispõe o artigo 80, n.º 3, da Lei Orgânica do Tribunal Constitucional, que o juiz constitucional possa emitir sentenças interpretativas de rejeição³⁵³. Explica-se, no caso de o juízo de constitucionalidade ou legalidade acerca da norma que a decisão recorrida tiver aplicado, ou a que recusar a aplicação, se basear em determinada interpretação da mesma norma, esta deve ser aplicada com tal interpretação no processo em causa.

Destaca-se que sempre que o Tribunal Constitucional entender que é necessário ou cabível não se pronunciar a respeito de qual a interpretação mais adequada, limitando, de momento, a sua atuação à declaração de inconstitucionalidade ou ilegalidade de determinadas interpretações da norma, pode sim fazê-lo, de maneira a deixar aos Tribunais ordinários o dever posterior de determinar nova interpretação para aquela interpretação de norma, que pode ser impugnada e declarada inconstitucional ou ilegal pelo Tribunal Constitucional. Logo, não se parece que haja impedimento as decisões interpretativas de acolhimento.³⁵⁴

Neste sentido Canotilho ensina que,

“(1) *decisão interpretativa de acolhimento*: quando uma norma considerada constitucional pelo tribunal recorrido (decisão negativa) é julgada inconstitucional pelo TC: (i) por este considerar manifestamente insustentável a interpretação da norma no sentido da constitucionalidade feita por esse tribunal; (ii) entender que os sentidos possíveis e razoáveis da norma conduzem à sua inconstitucionalidade; (2) *decisão interpretativa de rejeição*: quando uma norma julgada inconstitucional pelo tribunal *a quo* (decisão positiva) é considerada como constitucional num sentido conforme a Constituição (interpretação adequadora), diferente do atribuído pelo tribunal recorrido (cf. Ac TC 68/85, DR 12-6-85).”

Em relação às decisões mistas, a questão termina por não ter autonomia, visto que se aceita as decisões interpretativas de rejeição, isto é, a possibilidade de o Tribunal Constitucional determinar estipulado sentido, classificado de constitucionalmente válido, terá de se presumir que o TC se

³⁵² CANAS, Vitalino, Introdução...Op. cit. p. 39.

³⁵³ Lei Orgânica do Tribunal Constitucional – Artigo 80º. 3 - No caso de o juízo de constitucionalidade ou de legalidade sobre a norma que a decisão recorrida tiver aplicado, ou a que tiver recusado aplicação, se fundar em determinada interpretação da mesma norma, esta deve ser aplicada com tal interpretação no processo em causa.

³⁵⁴ CANAS, Vitalino, Introdução...Op. cit. p. 40.

manifeste a respeito de outras possíveis interpretações, podendo ou não as declarar, na sua decisão, inconstitucionais ou ilegais. De modo que são possíveis as decisões interpretativas mistas.³⁵⁵

Não se pode deixar de mencionar as decisões redutivas proferidas pelo Tribunal Constitucional, aquelas em que o tribunal as declara inconstitucional uma parte da norma, determinando desaplicá-la em tal parte, com isso modificando o seu conteúdo original.³⁵⁶ Importa ressaltar aqui, que, em realidade, não se pode dizer em anulação das normas, mas em desaplicação ao caso concreto, a declaração de inconstitucionalidade ou ilegalidade de uma parte da norma é viável em sede de fiscalização concreta de constitucionalidade procedendo com a desaplicação de parte da norma no processo. Neste sentido, o artigo 80, n.º 2, da LTC, “se o Tribunal Constitucional der provimento ao recurso, ainda que só parcialmente...”.³⁵⁷

Ainda, as decisões redutivas devem ter na sua essência um mínimo de analogia com aquilo que o legislador presumivelmente quis, em se tratando de casos em que lhe haja sido dado uma certa autoridade de avaliação e escolha das soluções; ou, deve ser a materialização de soluções a que o legislador já estaria de certa forma vinculado, ainda que somente um pouco.

Ao se falar em decisões redutivas, importante abordar a respeito de decisões que visam fazer a situação inversa, as decisões aditivas ou adjuntivas. Assim, verifica-se no artigo 283, n.º 2³⁵⁸, da Constituição da República Portuguesa, em caso de omissão do legislador, o Tribunal Constitucional só tem a permissão para dar conhecimento ao órgão competente para a emissão das medidas legislativas. De modo que, caso o Tribunal Constitucional tivesse condições para a emissão de medidas desse tipo, poderia de colocar em indagação que a função desse tipo de competência se unisse com o princípio do Estado democrático representativo.³⁵⁹

Diverso desta situação, é o caso de quando o legislador ao regulamentar alguma questão, omitiu um ponto concreto, prontamente identificável pela verificação das outras normas do diploma, de normas de diplomas distintos, ou até mesmo, uma omissão de atribuição de qualquer liberdade de escolha. Assim, será necessário determinar quais as soluções legislativas provenientes da norma constitucional. Não se alcançando, por isso, qualquer vestígio de amplos poderes discricionários

³⁵⁵ CANAS, Vitalino, Introdução...Op. cit. p. 40.

³⁵⁶Ibidem. p. 42.

³⁵⁷ LTC - Artigo 80º. 2 - Se o Tribunal Constitucional der provimento ao recurso, ainda que só parcialmente, os autos baixam ao tribunal de onde provieram, a fim de que este, consoante for o caso, reforme a decisão ou a mande reformar em conformidade com o julgamento sobre a questão da inconstitucionalidade ou da ilegalidade.

³⁵⁸ Constituição da República Portuguesa – Artigo 283º. 2. Quando o Tribunal Constitucional verificar a existência de inconstitucionalidade por omissão, dará disso conhecimento ao órgão legislativo competente.

³⁵⁹ CANAS, Vitalino, Introdução...Op. cit. p. 44.

concedidos em alguns casos, pela Constituição e que fazem parte das características dos mencionados pelo artigo 283 da CRP.³⁶⁰

De modo que, as decisões substitutivas, de um lado, são decisões redutivas, retirando parte da norma; e de outro são decisões aditivas, ao passo em que inclui nova regulamentação, substituindo a declarada inconstitucional.³⁶¹

Em relação às decisões de provimento fictício, pode-se dizer que se tratam de casos em que o juiz constitucional, apesar de se manifestar pela inconstitucionalidade ou ilegalidade da norma, declare, mesmo assim, que a norma pode e em alguns casos deve ser aplicada ao caso a propósito do qual foi suscitado o problema.

Importante dizer que o fato do recurso recair acerca do problema de inconstitucionalidade, torna somente ilegítimo que o Tribunal resolva ele próprio o caso controvertido, decidindo de mérito. O Tribunal Constitucional não é impedido de decidir a respeito de quais os efeitos da declaração de inconstitucionalidade.

Assim, em relação às decisões de provimento fictício, a especificação da existência da obrigação de aplicação se deve efetivar caso a caso, em sede de recurso, o qual terá hipóteses em que é adequado a aplicação e em outras não, satisfará a suspensão de instância até a modificação da norma pelo legislador.³⁶²

Cumprе ressaltar que a decisão do recurso faz caso julgado no processo e relação à questão da inconstitucionalidade ou ilegalidade levantada, assim, se tem caso julgado formal quando não se pode ser suscitado novamente em determinado processo concreto, a questão de inconstitucionalidade, nos termos em que o teria sido. E o caso julgado material, quando as partes podem suscitar questão similar, idêntica em outro processo, sem que posso levantar qualquer exceção de caso julgado e sem que os juízes, tanto os ordinários quanto do Tribunal Constitucional, estejam submetidos a resolver de forma igual o problema de constitucionalidade ou ilegalidade. Sendo a decisão do Tribunal Constitucional, apenas vinculativa no processo propósito do qual foi levantada a questão da validade das normas aplicáveis.³⁶³

³⁶⁰ CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito Constitucional...* Op. cit. p. 716/717.

³⁶¹ CANAS, Vitalino, *Introdução...* Op. cit. p. 47.

³⁶² *Ibidem.* p. 50.

³⁶³ *Ibidem.* p. 51.

4.2.4 Eficácia da decisão do Tribunal Constitucional no caso concreto

A eficácia da decisão do Tribunal Constitucional, a forma do mecanismo é que alterada, especialmente quanto a maneira como o TC é inserido no caso concreto, o qual a resolução depende da norma impugnada e quanto aos efeitos da sua sentença. De modo que há dois sistemas em direito comparado, relativo a esta última questão.

A primeira, em casos da Itália, Alemanha, Espanha, Áustria, no qual as decisões do Tribunal Constitucional sempre possuem eficácia *erga omnes*, geral, não se limitando os seus efeitos ao caso concreto em julgamento no Tribunal ordinário. O segundo, a sentença do Tribunal Constitucional tem eficácia restrita, sendo válida somente no caso concreto submetido a juízo no tribunal de origem, como exemplos pode-se citar Portugal e do Tribunal de Justiça das Comunidades no caso particular das chamadas exceções de ilegalidade, relativo ao artigo 184 do Tratado CEE.³⁶⁴

A Constituição da República Portuguesa não regulamenta de forma direta a questão da eficácia da sentença de declaração da inconstitucionalidade ou da ilegalidade, de modo que o artigo 280 não diz nada a respeito à fiscalização concreta da constitucionalidade.

No artigo 281 da CRP, pode-se retirar do disposto que, a par de sentenças com força obrigatória geral terá outras desprovidas desse tipo de eficácia.³⁶⁵

A respeito do tema Canotilho fundamenta,

“Diversamente do que acontece em relação aos efeitos das decisões do TC em sede de fiscalização abstracta (cfr. Art. 282º), a CRP não esclarece os efeitos das decisões do TC em sede de fiscalização concreta. Do regime dos recursos consagrado na CRP (art. 280º) e na LTC (arts. 70 ss) deduzem-se, como efeitos principais das decisões do TC incidentes sobre recursos de controlo concreto da inconstitucionalidade (...) *eficácia limitada ao caso concreto (inter partes), efeitos de caso julgado no processo e efeitos restritos à questão da inconstitucionalidade.*”³⁶⁶

De modo que, a decisão do Tribunal Constitucional, julgando inconstitucional ou ilegal uma norma em recurso do controle incidental feito pelos tribunais, apenas possui efeitos na decisão recorrida proferida pelo tribunal *a quo*, se tratando de eficácia limitada ao caso concreto.

³⁶⁴ CANAS, Vitalino, Introdução...Op. cit. p. 31.

³⁶⁵ Ibidem. p. 32.

³⁶⁶ CANOTILHO, J.J. Gomes. Direito Constitucional...Op. cit. p. 1060.

De acordo o artigo 80, n.º 1 da Lei Orgânica do Tribunal Constitucional, que aborda decisões que se pronunciam quer pela inconstitucionalidade, quer pela não inconstitucionalidade, a decisão do Tribunal Constitucional ocasiona caso julgado no processo a propósito do qual tiver sido interposto o recurso, limitado à questão constitucional.³⁶⁷

Assim Vitalino Canas, discorre que,

“somos forçados a admitir que a prática tem sido no sentido de conferir às decisões de provimento uma eficácia restrita ao caso concreto”.³⁶⁸

Assim, não poderia deixar de concordar com este destaque. As decisões de inconstitucionalidade proferidas em recurso de constitucionalidade, pelo Tribunal Constitucional, não possuem efeito para além da causa que deu origem ao recurso,³⁶⁹ apenas possuem efeitos entre as partes do processo do caso concreto em litígio³⁷⁰ e a norma considerada inconstitucional permanece em vigor, podendo ser livremente aplicada pelos tribunais.

No caso de efeitos de caso julgado no processo, a decisão do Tribunal Constitucional faz caso julgado, assim, a norma julgada inconstitucional pelo tribunal superior, não pode ser aplicada no processo recorrido, nem por qualquer outro tribunal que venha conhecer dele em fase de recurso³⁷¹, sendo discutível a questão da extensão do caso julgado à interpretação em consonância com a Constituição feita pelo Tribunal Constitucional.³⁷²

Em relação aos efeitos restritos à questão da inconstitucionalidade, a decisão do recurso, pelo Tribunal Constitucional, somente faz caso julgado no processo, a respeito da questão de inconstitucionalidade ou ilegalidade.³⁷³ Assim, se o recurso para o Tribunal Constitucional é restringido à questão inconstitucional ou da ilegalidade, a decisão do Tribunal Constitucional tem de incidir somente sobre esta mesma questão e não a respeito da questão principal da causa. O Tribunal Constitucional pode revogar total ou parcialmente a decisão recorrida, decidindo que o tribunal de

³⁶⁷ CANAS, Vitalino, Introdução...Op. cit. p. 32.

³⁶⁸ Ibidem. p. 32.

³⁶⁹ CANOTILHO, J.J. Gomes. MOREIRA, Vital. Constituição da...Op. cit. p. 1015.

³⁷⁰ CAMPOS, Alexandre Valpaços Gomes de. Vantagens e Desvantagens da Alteração do Sistema de Fiscalização da Constitucionalidade Vigente em Portugal. In: O Direito 143º. 2011. p. 876.

³⁷¹ Lei Orgânica do Tribunal Constitucional – Artigo 80º. 1 - A decisão do recurso faz caso julgado no processo quanto à questão da inconstitucionalidade ou ilegalidade suscitada.

³⁷² Lei Orgânica do Tribunal Constitucional – Artigo 80º. 3 - No caso de o juízo de constitucionalidade ou de legalidade sobre a norma que a decisão recorrida tiver aplicado, ou a que tiver recusado aplicação, se fundar em determinada interpretação da mesma norma, esta deve ser aplicada com tal interpretação no processo em causa.

³⁷³ CANOTILHO, J.J. Gomes. Direito...Op. cit. p. 1060.

origem realiza com a reforma da sentença por ele proferida com a finalidade de se conformar com a decisão do Tribunal Constitucional quanto à questão da inconstitucionalidade ou da ilegalidade.³⁷⁴

Critica-se que há existência de eficácia limitada ao caso concreto, que acaba por ofender o princípio da segurança jurídica e o princípio da igualdade, dado que possibilita tratamentos diferentes a casos análogos. À vista disso, Jorge Miranda alega os mecanismos dos artigos 280, n.º 5 e artigo 281, n.º 3, da Constituição da República Portuguesa. Mecanismo já estudado e analisado nos tópicos anteriores, de que à norma julgada inconstitucional que pode ser aplicada de forma livre pelos tribunais, cabe recurso obrigatório para o Ministério Público. Sendo que nos termos do 281, n.º 3, da Constituição da República Portuguesa, há uma ponte entre a fiscalização concreta e abstrata, na qual existe a possibilidade de declaração de inconstitucionalidade com força obrigatória geral.³⁷⁵

Além disso, pode-se verificar uma ampliação destes efeitos que serão estudados e analisados no tópico seguinte.

4.3 Controle difuso e ampliação dos efeitos

Os efeitos de vigência de decisões de inconstitucionalidade proferida nos casos de transformação da fiscalização concreta em fiscalização abstrata serão analisados a seguir. Assim, considerando que os dois grandes modelos de justiça constitucional, o modelo kelseniano ou austríaco e o modelo *judicial review* ou norte-americano, possuem respostas diferentes.

Conforme o modelo austríaco, enquanto um Tribunal Constitucional não tiver declarado inconstitucional uma lei, ela é válida e vinculante para os juízes e outros aplicadores do direito. Neste sentido, as premissas teórico-jurídicas de Hans Kelsen, as tidas como leis inconstitucionais devem ser consideradas como leis constitucionais até serem eliminadas do ordenamento jurídico por um órgão jurisdicional especial e através de um “processo de cassação de normas” específico.³⁷⁶

Deste modo, a decisão de inconstitucionalidade, de harmonia com o modelo kelseniano ou austríaco, seria constitutiva e reconheceria a anulabilidade do ato normativo, com efeitos *erga omnes*, com início somente a parte da prolação da decisão, isto é, possuiria efeito *ex nunc*. Por melhor dizer,

³⁷⁴ Lei Orgânica do Tribunal Constitucional – Artigo 80º. 2 - Se o Tribunal Constitucional der provimento ao recurso, ainda que só parcialmente, os autos baixam ao tribunal de onde provieram, a fim de que este, consoante for o caso, reforme a decisão ou a mande reformar em conformidade com o julgamento sobre a questão da inconstitucionalidade ou da ilegalidade.

³⁷⁵ CAMPOS, Alexandre Valpaços Gomes de. Vantagens e... Op. cit. p. 882.

³⁷⁶ CANOTILHO, J. J. Gomes. Direito Constitucional e Teoria da Constituição. 7. ed. Coimbra, Almedina, 2003. p. 905.

neste sistema, o Tribunal Constitucional não declara propriamente uma nulidade, porém anula, cassa uma lei, que era válida ou eficaz até que ocorra a publicação da decisão de inconstitucionalidade.³⁷⁷

Já no modelo norte-americano ou *judicial review*, constata-se o oposto, o efeito típico é a declaração de nulidade, e não somente de anulabilidade do ato normativo. Isso devido que a lei, “desde a sua entrada em vigor, é contrária à Constituição, motivo pelo qual a eficácia invalidante se deveria tornar extensiva a todos os atos praticados à sombra da lei constitucional”, daí o seu efeito *ex tunc*.³⁷⁸

Assim, a constatação de um efeito declaratório, dado que a nulidade é preexistente e as decisões judiciais restringem-se a declarar a nulidade absoluta da norma, que acontece a partir da sua origem. Por assim melhor dizer, a lei inconstitucional, sendo contrária a uma norma superior, é classificada absolutamente nula, pelo que o juiz, que executa o poder de controle, não anula, mas, puramente, declara uma nulidade preexistente da lei inconstitucional.³⁷⁹

No ordenamento português, a Constituição de República, em seu artigo 282, n.º 1 e 2³⁸⁰, define que as decisões de declaração de inconstitucionalidade, pronunciadas em sede de fiscalização abstrata sucessiva, produzem efeitos desde o início da vigência da norma inconstitucionalizada, quando está diante de uma inconstitucionalidade originária, ou quando de uma inconstitucionalidade superveniente, que engloba apenas inconstitucionalidades materiais e não inconstitucionais orgânicas ou formais, a partir da vigência da norma constitucional infringida, eficácia *ex tunc*.³⁸¹

Destaca-se que o artigo 282, n.º 3, da Constituição da República Portuguesa, em sua primeira parte,³⁸² determina como limite para a eficácia *ex tunc*, a ressalva dos casos julgados. Fundamentada pela exigência da segurança jurídica e também no respeito pela autoridade própria dos tribunais e pelo princípio da separação dos poderes.³⁸³ Não apenas deriva da Constituição a exigência de que as

³⁷⁷CORREIA, Fernando Alves. A Eficácia Temporal das Decisões de Declaração de Inconstitucionalidade com Força Obrigatória Geral: um olhar luso-brasileiro. Capítulo 19. Processo constitucional. Paula Pessoa, Cleverton Cremonese organizadores; Luiz Guilherme Marinoni, Ingo Wolfgang Sarlet coordenadores. – São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019. Acima do título: "Associação Brasileira de Direito Processual Constitucional." Revistas dos Tribunais. p. 493.

³⁷⁸CANOTILHO, J. J. Gomes. Direito... Op. cit. p. 904.

³⁷⁹CORREIA, Fernando Alves. A Eficácia... Op. cit. p. 493.

³⁸⁰Constituição da República Portuguesa - Artigo 282.º Efeitos da declaração de inconstitucionalidade ou de ilegalidade. 1. A declaração de inconstitucionalidade ou de ilegalidade com força obrigatória geral produz efeitos desde a entrada em vigor da norma declarada inconstitucional ou ilegal e determina a repristinação das normas que ela, eventualmente, haja revogado. 2. Tratando-se, porém, de inconstitucionalidade ou de ilegalidade por infração de norma constitucional ou legal posterior, a declaração só produz efeitos desde a entrada em vigor desta última.

³⁸¹CORREIA, Fernando Alves. A Eficácia... Op. cit. p. 495.

³⁸²Constituição da República Portuguesa - Artigo 282. 3. Ficam ressalvados os casos julgados, salvo decisão em contrário do Tribunal Constitucional quando a norma respeitar a matéria penal, disciplinar ou de ilícito de mera ordenação social e for de conteúdo menos favorável ao arguido.

³⁸³CORREIA, Fernando Alves. A Eficácia... Op. cit. p. 495.

decisões judiciais sejam, em princípio, pertinentes a constituir caso julgado, como o caso julgado ser constitucionalmente tutelado, encontrando respaldo no princípio da segurança jurídica intrínseco ao Estado de Direito, consoante ao artigo 2³⁸⁴ da Constituição, artigo 205, n.º 2³⁸⁵ e no princípio da separação dos poderes, nos artigos 2 e 111, n.º 1³⁸⁶ da Constituição da República Portuguesa, assim como no artigo 282, n.º 3³⁸⁷ da CRP.

Há no ordenamento jurídico constitucional português uma limitação dos efeitos *in futuro*; explica-se que apesar de vigorar a regra geral da eficácia *ex tunc* das declarações de inconstitucionalidade, o Tribunal Constitucional pode dentro da possibilidade de delimitação temporal dos efeitos das decisões declarativas de inconstitucionalidade, aferir-lhes somente eficácia *ex nunc*, não retroagindo os efeitos, sendo a partir da data da decisão ou da data da sua publicação no Diário da República,³⁸⁸ de modo que o artigo 282, n.º 1 e 4³⁸⁹ da Constituição da República Portuguesa, não autoriza o Tribunal Constitucional a delimitar os efeitos da declaração de inconstitucionalidade para além da data da publicação.

A importância do instituto da limitação de efeitos para o futuro de declaração de inconstitucionalidade, na proporção em que autoriza ao legislador corrigir a inconstitucionalidade, impossibilitando a constituição de situações de vácuos jurídicos. O Tribunal Constitucional somente utiliza a limitação de efeitos *in futuro* em casos excepcionais.³⁹⁰

O ordenamento português prevê que “as decisões do Tribunal Constitucional são obrigatórias para todas as entidades públicas e privadas e prevalecem sobre as dos restantes tribunais e de quaisquer outras autoridades”. Esta formulação parece atribuir uma força obrigatória geral a todas as

³⁸⁴ Constituição da República Portuguesa - Artigo 2.º Estado de direito democrático. A República Portuguesa é um Estado de direito democrático, baseado na soberania popular, no pluralismo de expressão e organização política democráticas, no respeito e na garantia de efetivação dos direitos e liberdades fundamentais e na separação e interdependência de poderes, visando a realização da democracia económica, social e cultural e o aprofundamento da democracia participativa.

³⁸⁵ Constituição da República Portuguesa – Artigo 205. 2. As decisões dos tribunais são obrigatórias para todas as entidades públicas e privadas e prevalecem sobre as de quaisquer outras autoridades.

³⁸⁶ Constituição da República Portuguesa Artigo 111.º Separação e interdependência. 1. Os órgãos de soberania devem observar a separação e a interdependência estabelecidas na Constituição.

³⁸⁷ Constituição da República Portuguesa - Artigo 282. 3. Ficam ressalvados os casos julgados, salvo decisão em contrário do Tribunal Constitucional quando a norma respeitar a matéria penal, disciplinar ou de ilícito de mera ordenação social e for de conteúdo menos favorável ao arguido.

³⁸⁸ CORREIA, Fernando Alves. A Eficácia... Op. cit. p. 495.

³⁸⁹ Constituição da República Portuguesa - Artigo 282.º Efeitos da declaração de inconstitucionalidade ou de ilegalidade. 1. A declaração de inconstitucionalidade ou de ilegalidade com força obrigatória geral produz efeitos desde a entrada em vigor da norma declarada inconstitucional ou ilegal e determina a repristinação das normas que ela, eventualmente, haja revogado. 4. Quando a segurança jurídica, razões de equidade ou interesse público de excepcional relevo, que deverá ser fundamentado, o exigirem, poderá o Tribunal Constitucional fixar os efeitos da inconstitucionalidade ou da ilegalidade com alcance mais restrito do que o previsto nos n.os 1 e 2.

³⁹⁰ CORREIA, Fernando Alves. A Eficácia... Op. cit. p. 509.

decisões do Tribunal Constitucional, para além do específico efeito ou eficácia (*erga omnes*, caso julgado, efeito preclusivo) que deva reconhecer-se a cada espécie ou categoria delas em particular.³⁹¹

Assim um aspecto para se falar em relação a matéria dos efeitos das decisões do Tribunal Constitucional, em sede de fiscalização concreta, que coloca a questão da admissibilidade da existência de um poder de fixação desses efeitos, nessa mesma sede.

O artigo 282, n.º 1 relativo aos efeitos das decisões com força obrigatória geral, prevê o funcionamento do mecanismo da repristinação nos casos das inconstitucionalidades ou ilegalidades originárias, podendo, contudo, o Tribunal Constitucional afastá-lo.

Nesse sentido, Vitalino Canas³⁹² explícita, em relação a eficácia das decisões do Tribunal de Justiça e a repristinação que deveriam ter recebido tratamento no sentido que aqui se preconiza,

“Não tendo feito, acabamos por nos defrontar com algumas perplexidades. Começa por, como vimos, não ficar inteiramente determinado qual o tipo de eficácia das decisões do TC, acabando em certa medida por ficar isso dependente do legislador; em seguida nada se adianta sobre o tipo de decisões e respectivos efeitos, sobre a fixação pelo TC destes últimos, sobre a possibilidade de repristinação. O que, receamos, empurrará o TC a, por sua própria conta e risco, definir tudo isso, sob pena de a sua tarefa não ser levada a bom termo, ou de ser com flagrantes deficiências

A repristinação, nalguns casos, seria a solução mais lógica. Suponha-se, por exemplo, que o TC considera certa norma revogatória inconstitucional por não ter sido emitida pelo órgão competente para legislar sobre a matéria. Tudo apontaria para que, havendo de desaplicar a norma organicamente inconstitucional, os tribunais deveriam aplicar a norma irregularmente revogada. Trata-se de um caso extremo. Tem, contudo, o mérito de demonstrar a conveniência de, também, aqui, a decisão do TC que ordene a desaplicação da norma ao caso concreto poder ter efeitos repristinatórios. Isto sem embargo de se reconhecer que poderá suceder cair-se na situação pouco ortodoxa de, por a decisão não ter eficácia geral. Se aplicarem normas diferentes a casos semelhantes, julgados por tribunais diferentes, possuindo contudo, o sistema virtualidades para corrigir tais anomalias (obrigatoriedade de recursos pelo MP, por exemplo)”.

Desta maneira, constata-se que não se resolveriam os casos em que não existisse regulamentação anterior, com a atribuição deste poder de fixação ao Tribunal Constitucional, ou em

³⁹¹ CORREIA, Fernando Alves. Documentação...Op. cit. p. 57.

³⁹² CANAS, Vitalino. Estudos de Direito Público nº 2. Introdução às decisões de provimento do Tribunal Constitucional: os seus efeitos em particular. Cognition, 1984. p. 52.

que ocorre a inconstitucionalidade, devendo se recorrer das decisões; de imediato poderia estabelecer solução exemplar em outros, esquivando o inconveniente da aplicação de normas inconstitucionais ou a sua desaplicação. A existência de reconstituição na fiscalização incidental cedo foi implicitamente reconhecida pela Comissão Constitucional, apesar de não ter sido frequentes os casos em que tal ocorreu. Assim, frisa-se que no acórdão n.º 6, processo 16/77, apêndice ao D.R. de 6 de julho de 1977, ponderou-se que norma inconstitucional revogatória de uma não impossibilitaria que esta permanecesse em vigor, em razão de não ter sido validamente revogada.³⁹³

³⁹³ CANAS, Vitalino. Estudos de Direito Público n.º 2. Introdução às Decisões de Provimento do Tribunal Constitucional: os Seus Efeitos em Particular. Cognition, 1984. p. 53.

5. DIREITO COMPARADO: ANÁLISE DOS CONTROLES JUDICIAIS DIFUSOS BRASILEIRO E PORTUGUÊS

5.1 A natureza jurídica e a questão prejudicial do controle concreto de constitucionalidade

Neste tópico, após a análise detalhada dos controles difusos em Portugal e Brasil, porém antes de adentrar às principais semelhanças e diferenças, importante analisar e entender melhor a natureza jurídica, isto é, a natureza processual da fiscalização concreta na sua relação com o processo principal e a questão prejudicial do controle concentrado de constitucionalidade.

O controle concreto de constitucionalidade estabelece, via de regra, um incidente processual. Isso em função de se tratar de uma questão processual³⁹⁴ que emerge, sob pretexto eventual, num processo jurisdicional diverso, no decurso da pendência da causa que neste último se verifica a ser julgada e que acontece pelo fato de se ter decidido de ofício ou suscitado por atitude das partes, a questão de constitucionalidade de normas ou da legalidade de leis aplicáveis a mesma causa.

Também, trata-se de um processo com natureza distinta relativo à que está implícito ao processo principal que se encontra a ser julgado, porém, visto que o objeto da questão de constitucionalidade que emerge sob pretexto eventual incumbe caráter diverso do objeto do processo principal, o qual respalda no julgamento do mérito de uma causa respeitante a uma matéria própria do foro comum.³⁹⁵

Em complemento, trata-se de uma questão cuja resolução é situação prévia e necessária para que seja decidido uma decisão sobre o pleito que é julgado no processo principal, dado que a desaplicação à causa de outros atos normativos o qual o conteúdo pode ser distinto daquele que era exposto pelas normas julgadas válidas.

Nesse sentido Carlos Blanco Morais conclui,

“Parece, pois, não haver dúvidas de que essa questão prévia de constitucionalidade ou ilegalidade fundamenta a caracterização deste tipo de controlo como uma “fiscalização incidental””.³⁹⁶

Constata-se, portanto, que sem um processo principal não teria motivos de fundo para que fundamentassem o incidente de fiscalização concreta.

³⁹⁴MORAIS, Carlos Blanco de. *Justiça...* Op. cit. p. 603.

³⁹⁵ Ibidem. p. 603.

³⁹⁶ Ibidem. p. 603.

Destaca-se que, excepcionalmente, a questão de constitucionalidade pode constituir o objeto principal do processo-pretexto, tendo em vista que não é plausível falar, assim, em termos substanciais, de um incidente em sentido próprio, ou em sentido perfeito do termo.³⁹⁷

De exemplo, menciona-se um processo que, em sede de recurso ao Supremo Tribunal Administrativo, em que o objeto do recurso no processo principal ³⁹⁸ consiste na declaração e garantia de um direito fundamental, declarado na Constituição da República Portuguesa, de modo que a questão de constitucionalidade era que estava em julgamento.

Nesse sentido, Carlos Blanco de Moraes defende que

“não havendo, nesse caso um incidente em sentido substancial, é possível, ainda assim, defender no plano formal esse caráter incidental do processo de controlo concreto. Isto porque o processo-pretexto assumia natureza administrativa e, como tal, ter-se-á gerado um incidente de natureza constitucional em sede de um processo do contencioso administrativo, pese o facto de o julgamento do incidente implicar, virtualmente, também o julgamento mediato da questão principal, pelo facto de a mesma respeitar a um problema de constitucionalidade”.

No controle difuso de constitucionalidade, a questão constitucional, consistente na inconstitucionalidade dos atos ou omissões do Estado, estampa a natureza de questão prejudicial (pré=antes; judicial =de julgar), ao passo em que deve ser decidida pelo juiz ou tribunal antes de julgar a própria controvérsia e para poder, inclusive, resolvê-la de forma definitiva. Sendo um antecedente lógico e uma *conditio sine qua non* da resolução do conflito.³⁹⁹

Cumprir destacar que a questão preliminar é aquela que, uma vez sabida, impossibilita o órgão julgador de entrar na análise do mérito da causa. É, em regra, referente a uma questão processual conectada aos pressupostos de existência do processo, ou ainda, às condições para o regular exercício do direito de ação, não perdurando de forma autônoma diante da questão principal.⁴⁰⁰

³⁹⁷ MORAIS, Carlos Blanco de. Justiça...Op. cit. p. 604.

³⁹⁸ TC – Ac n.º 146/93, processo n.º 60/90, formação 1ª secção, espécie recurso, data 28/01/1993, Rel. Cons. Monteiro Diniz.

³⁹⁹ CUNHA JÚNIOR. Dirley da. Controle de constitucionalidade. Teoria e prática. 2. ed. Revista, Ampliada e Atualizada. Edições podivm. 2007. p. 101.

⁴⁰⁰ PINHO, Humberto Dalla Bernardina. A Inconstitucionalidade como Questão Prejudicial no Controle Difuso Incidental da Constitucionalidade das Leis perante Órgãos Jurisdicionais de Primeira Instância. Rev. Ministério Público. Rio de Janeiro. 2000. p. 154.

Já a questão prejudicial se caracteriza por ser um fenômeno que sucede quando necessita ser proferida uma decisão de mérito sobre um tema concreto conferido ao entendimento de determinado tribunal, se tem como substancial a prévia prolação de uma decisão jurisdicional sobre um assunto de natureza diversa que se depara integrado no primeiro.⁴⁰¹

José Eduardo Carreira Alvim aborda em relação ao tema,

“Realmente, a questão principal ou prejudicada é de suma relevância, pois sobre ela versará o mérito da causa e, justamente para se obter uma decisão sobre ela, é que se forma o processo. Ninguém deduz uma lide em juízo simplesmente para levar ao exame do juiz uma questão prejudicial. Mas as prejudiciais são também relevantes, tanto quanto a questão prejudicada. Esta relevância resulta do simples fato de elas condicionarem a decisão sobre o mérito, mas nem por isso a questão principal vai deixar de ser principal. Aquela questão que constitui o mérito é a principal e continua sendo principal. O que há é um condicionamento, porque, embora de menor valor, a prejudicial é relevante para o julgamento da lide, para a composição do conflito de interesses.”⁴⁰²

Nesse sentido, a questão prejudicial é um pressuposto necessário da decisão de mérito atinente a um dado pleito, pois há uma relação de dependência entre objetos processuais diversos, no domínio da qual, a apreciação do objeto de uma questão principal tem por suporte a existência de outro objeto processual anterior que condiciona o seu julgamento, existindo um quadro de consumpção parcial, como define Miguel Teixeira de Souza,⁴⁰³ entre os mesmos.

Além disso, importante abordar a correlação da questão prejudicial com o instituto da coisa julgada. De modo que, Giuseppe Chiovenda ensina a respeito de coisa julgada que,

“a eficácia própria da sentença que acolhe ou rejeita a demanda, e consiste em que, pela suprema exigência da ordem e da segurança da vida social, a situação das partes fixada pelo juiz com respeito ao bem da vida (res), que foi objeto de contestação, não mais se pode, daí por diante, contestar; o autor que venceu não pode mais ver-se perturbado no gozo daquele bem; o autor que perdeu não lhe pode mais reclamar, ulteriormente, o gozo. A eficácia ou a autoridade da coisa julgada é,

⁴⁰¹MORAIS, Carlos Blanco de. *Justiça...* Op. cit. p. 604/605; FREITAS, Lebre de; REDINHA, João Redinha, PINTO, João. *Código de Processo Civil*, anotado, I. Coimbra. 1999. p. 173.

⁴⁰² CARREIRA ALVIM, José Eduardo. *Elementos de Teoria Geral do Processo*, 6. ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1997, pág. 171.

⁴⁰³ SOUZA, Miguel Teixeira de. *Prejudicialidade e Limites Objectivos do Caso Julgado*. Anotação In: *Revista de Direito e Estudos Sociais*, 1977. p. 304 e ss.

portanto, por definição, destinada a agir no futuro, com relação aos futuros processos.”⁴⁰⁴

De modo que a autoridade da coisa julgada, do caso julgado é a qualidade que confere a decisão judicial, concedendo-lhe fotos de imutabilidade, que se dá inicialmente, dentro do processo, se tratando de coisa julgada formal, e após desdobrando a toda e qualquer relação processo a que venha a ser instaurada, daí se tratado de coisa julgada material.⁴⁰⁵

De modo que, tanto na doutrina portuguesa quanto na brasileira, se tem defendido que a questão de inconstitucionalidade suscitada em sede de controle concreto abrange numa questão prejudicial apresentada no âmbito de um processo principal, onde se depara a ser julgado um definido pleito, obviamente com divergências neste pensamento.

Assim, verifica-se que a favor do explicitado estão Jorge Miranda⁴⁰⁶ e Ada Pellegrini Grinover,⁴⁰⁷ sendo que os contras, Vitalino Canas,⁴⁰⁸ António Rocha Marques⁴⁰⁹ e José Manuel Cardoso da Costa.⁴¹⁰

Jorge Miranda,⁴¹¹ ainda entende que o controle de inconstitucionalidade formaria uma questão prejudicial imprópria, visto se tratar de uma questão que se cercaria com o objeto do processo principal e o qual julgamento caberia ao próprio tribunal. De modo que haveria questão prejudicial própria, ao ter a interposição de recurso da decisão do tribunal *a quo* para o Tribunal Constitucional. Ao passo que a questão de constitucionalidade prejudicial, apenas é reconhecida se tiver nexos direto e inseparável entre a mesma e a questão principal objeto do processo.

Carlos Blanco de Morais⁴¹² entende que se deve considerar que o processo de controle concreto seria, de forma simultânea, um incidente e uma questão prejudicial. Ainda, complementa que o processo de fiscalização concreta de constitucionalidade, em regra, caracteriza-se, relativo à sua natureza jurídica, como o trâmite que tem por objeto uma questão prejudicial heterogênea, desprovida de caráter devolutivo e que emerge a título incidental, no âmbito de um processo principal.

⁴⁰⁴ CHIOVENDA, Giuseppe. Instituições de Direito Processual Civil. Vol. I, Rio de Janeiro: Editora Bookseller, 1998, pág. 452.

⁴⁰⁵ PINHO, Humberto Dalla Bernardina. A Inconstitucionalidade como Questão...Op. cit. p. 155.

⁴⁰⁶ MIRANDA, Jorge. Manual de Direito Constitucional, IV. Coimbra. 2005. p. 214.

⁴⁰⁷ GRINOVER, Ada Pellegrini. O Processo em sua Unidade. II. Rio de Janeiro. 1984. p. 154.

⁴⁰⁸ CANAS, Vitalino. Os Processos de Fiscalização da Constitucionalidade e da Legalidade pelo Tribunal Constitucional. Coimbra. 1986. p. 37, 38.

⁴⁰⁹ MARQUES. António Rocha. O Tribunal Constitucional e os Outros Tribunais: a Execução das Decisões do Tribunal Constitucional. In AAVV, Estudos sobre a jurisprudência do Tribunal Constitucional. Lisboa. 1993. p. 461.

⁴¹⁰ COSTA, J. M. Cardoso. A Jurisdição...Op. cit. p. 46.

⁴¹¹ MIRANDA, Jorge. Manual...Op. cit. p. 214.

⁴¹² MORAIS, Carlos Blanco de. Justiça...Op. cit. p. 609.

Questão prejudicial heterogênea pois se trata de um tema de natureza jurídico constitucional, incluído no âmbito de um processo diverso a que corresponde, via de regra, um objeto de natureza diferente e da qual resolução através da via jurisdicional forma conjuntura fundamental para a formulação de um juízo definitivo a respeito da questão principal.

Quanto à menção de que é uma questão prejudicial sem caráter devolutivo,⁴¹³ se tem que todos os tribunais possuem competência para conhecer e decidir a respeito de questões de constitucionalidade ou legalidades decorrentes de um processo principal, sem prejuízo da interposição de recurso dessa decisão para instâncias superiores, especialmente, para o Tribunal Constitucional, consoante aos artigos 204⁴¹⁴ e 280⁴¹⁵ da Constituição da República Portuguesa.

A caracterização de ser uma questão prejudicial suscitada a título incidental, pois o processo de controle concreto de constitucionalidade se baseia, de forma simultânea, como uma questão prejudicial e um incidente de instância. Assim, pondera-se que a fiscalização concreta constitui um incidente com natureza prejudicial relativo a um processo principal. Pelo motivo de eventual apreciação da constitucionalidade ou inconstitucionalidade das normas aplicáveis ao pleito julgado no processo principal forma um incidente posto numa ligação de necessidade lógica com a questão principal.⁴¹⁶ Neste sentido, o Tribunal Constitucional aponta este entendimento de necessidade de lógica, indeferindo liminarmente recursos, quando a norma cuja inconstitucionalidade é apontada pelo recorrente não constitua o fundamento, isto é, a *ratio decidendi*, da decisão recorrida.

⁴¹³MORAIS, Carlos Blanco de. Justiça Constitucional... Op. cit. p. 611.

⁴¹⁴ Constituição da República Portuguesa - Artigo 204.º Apreciação da inconstitucionalidade - Nos feitos submetidos a julgamento não podem os tribunais aplicar normas que infrinjam o disposto na Constituição ou os princípios nela consignados.

⁴¹⁵ Constituição da República Portuguesa - Artigo 280.º Fiscalização concreta da constitucionalidade e da legalidade

1. Cabe recurso para o Tribunal Constitucional das decisões dos tribunais: a) Que recusem a aplicação de qualquer norma com fundamento na sua inconstitucionalidade; b) Que apliquem norma cuja inconstitucionalidade haja sido suscitada durante o processo.

2. Cabe igualmente recurso para o Tribunal Constitucional das decisões dos tribunais: a) Que recusem a aplicação de norma constante de ato legislativo com fundamento na sua ilegalidade por violação da lei com valor reforçado; b) Que recusem a aplicação de norma constante de diploma regional com fundamento na sua ilegalidade por violação do estatuto da região autónoma; c) Que recusem a aplicação de norma constante de diploma emanado de um órgão de soberania com fundamento na sua ilegalidade por violação do estatuto de uma região autónoma; d) Que apliquem norma cuja ilegalidade haja sido suscitada durante o processo com qualquer dos fundamentos referidos nas alíneas a), b) e c).

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

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

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

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

⁴¹⁶ MORAIS, Carlos Blanco de. Justiça Constitucional... Op. cit. p. 612.

5.2 Principais similitudes

Primeiramente, destaca-se que a origem do sistema do controle concentrado de constitucionalidade no Brasil se deu em observância ao famoso caso americano *Marbury vs Madison*, que ocasionou por inspirar o modelo na Constituição brasileira de 1891. De maneira que, como visto, a efetivação do controle difuso de constitucionalidade no ordenamento português teve influência a partir da Constituição brasileira de 1891 e como consequência, do modelo de *judicial review* de origem norte-americana, sendo inserido no Texto da Constituição da República portuguesa de 1911, identificando “à generalidade dos tribunais portugueses a faculdade de, nos feitos submetidos a julgamento, apreciarem a constitucionalidade das leis que houvessem de aplicar e recusarem essa aplicação quando julgassem a lei inconstitucional”.⁴¹⁷

Assim, pode ser observado que tanto no Brasil quanto em Portugal existe um sistema de fiscalização complexo e ocasionalmente, semelhantes. Considerando que os sistemas clássicos de controle de constitucionalidade, o norte-americano, conhecido como difuso e o austríaco, conhecido como concentrado, incluindo-se também o francês, com seu controle preventivo, os sistemas de controle no Brasil e em Portugal abrangem, com certas adaptações, todos esses modelos, incluídos do controle da omissão inconstitucional, daí a semelhança entre ambos.⁴¹⁸

Em ambos os países, no controle concreto de constitucionalidade, qualquer juiz ou tribunal pode apreciar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo e questão a respeito da inconstitucionalidade ser apreciada é incidental, prejudicial para o litígio.

Em relação aos efeitos temporais da decisão, a eficácia temporal *ex tunc* das decisões declarativas de inconstitucionalidade, prevista expressamente na Constituição da República Portuguesa como regra geral, também é adotada no direito brasileiro.⁴¹⁹ Contudo, no ordenamento jurídico brasileiro, tem-se admitido para sanar questões relativas à segurança jurídica ou relevante interesse social a modulação dos efeitos da decisão de *ex tunc* para *ex nunc*. Pode o Supremo Tribunal Federal, apesar da eficácia das decisões serem retroativos em controle concreto de constitucionalidade, em situações excepcionais, levando em conta a segurança jurídica ou relevante interesse social, conferir efeitos *ex nunc* à sua decisão ou, ainda, firmar momento diverso de início para eficácia.

⁴¹⁷ COSTA, José Manuel M. Cardoso da. A Jurisdição Constitucional em Portugal. 3. ed. Coimbra: Coimbra, 2007, p. 10.

⁴¹⁸ FIGUEIREDO, Patricia Cobianchi; MONTAL, Zelia Maria Cardoso. Controle...Op. cit. p. 1.

⁴¹⁹ CORREIA, Fernando Alves. A Eficácia...Op. cit. p. 509.

Em Portugal, o Tribunal Constitucional apenas utiliza a limitação de efeitos *in futuro* em casos excepcionais.⁴²⁰ No ordenamento jurídico constitucional português há uma limitação dos efeitos *in futuro*, em que o Tribunal Constitucional pode dentro da possibilidade de delimitação temporal dos efeitos das decisões declarativas de inconstitucionalidade, aferir-lhes somente eficácia *ex nunc*, não retroagindo os efeitos, sendo a partir da data da decisão ou da data da sua publicação no Diário da República,⁴²¹ de modo que o artigo 282, n.º 1 e 4⁴²² da Constituição da República Portuguesa, não autoriza o Tribunal Constitucional a delimitar os efeitos da declaração de inconstitucionalidade para além da data da publicação. Assim, a importância do instituto da limitação de efeitos para o futuro de declaração de inconstitucionalidade, na medida em que autoriza ao legislador corrigir a inconstitucionalidade, impossibilitando a constituição de situações de vácuos jurídicos.

Nas palavras de José Manuel M. Cardoso Costa,⁴²³

“Atenta esta mais que provável e recíproca influência-de resto, não mais do que um aspecto dos múltiplos cruzamentos e interconexões que o constitucionalismo brasileiro e o constitucionalismo português foram conhecendo, desde o seu início - não são de estranhar as flagrantes afinidades e pontos de convergência que (como já pode depreender-se do que começou por referir-se) os correspondentes sistemas de fiscalização da constitucionalidade apresentam - afinidades e notas convergentes que indiscutivelmente os distinguem face aos consagrados noutros ordenamentos constitucionais. Falar aí, então, de um peculiar "modelo" de controlo da constitucionalidade, entre os que o direito comparado nos oferece, poderá soar, porventura, como uma afirmação um tanto enfática, mas não certamente de todo ilegítima. Porém, se a palavra ou o conceito forem excessivos, de qualquer modo sempre terá toda a pertinência e justificação dizer que aquele controlo se apresenta, no constitucionalismo luso-brasileiro, com uma indiscutível "singularidade".”

Ainda, complementa José Manuel M. Cardoso Costa⁴²⁴ que,

⁴²⁰ CORREIA, Fernando Alves. A Eficácia... Op. cit. p. 509.

⁴²¹ Ibidem. p. 495.

⁴²² Constituição da República Portuguesa - Artigo 282.º Efeitos da declaração de inconstitucionalidade ou de ilegalidade. 1. A declaração de inconstitucionalidade ou de ilegalidade com força obrigatória geral produz efeitos desde a entrada em vigor da norma declarada inconstitucional ou ilegal e determina a repristinação das normas que ela, eventualmente, haja revogado. 4. Quando a segurança jurídica, razões de equidade ou interesse público de excepcional relevo, que deverá ser fundamentado, o exigirem, poderá o Tribunal Constitucional fixar os efeitos da inconstitucionalidade ou da ilegalidade com alcance mais restrito do que o previsto nos n.os 1 e 2.

⁴²³ COSTA, José Manuel M. Cardoso da. 22 – Controlo da Constitucionalidade no Brasil e em Portugal. Estudos: Direito Público. Ives Gandra da Silva Martins, Patricia Rosset, Antonio Carlos Rodrigues do Amaral – Coordenadores. Lex Magister. São Paulo. 2012. p. 413.

⁴²⁴ COSTA, José Manuel M. Cardoso da. 22 – Controlo da...Op. cit. p. 413/414.

“Os elementos estruturais em que assenta esse modelo, ou determinantes dessa singularidade, são: no plano institucional, a existência de um órgão jurisdicional ao qual é cometida especificamente a competência em matéria constitucional (a competência para apreciar e decidir questões jurídico-constitucionais); no plano processual, a consagração ou reconhecimento da possibilidade, tanto do controlo concreto da constitucionalidade (à medida que a questão se coloca no ensejo de cada individual e particular situação contenciosa), como do controlo abstracto (em que uma norma, tomada só por si, há de ser examinada, sob o ponto de vista da sua conformidade com a lei fundamental, em toda a potencialidade do seu espectro aplicativo); e no plano da extensão objectiva do controlo, a inclusão expressa neste, não só das normas, mas ainda das "omissões" normativas, maxime, legislativas”.

Assim, o modo como o controlo concreto de constitucionalidade e a extensão no poder jurisdicional que nesse domínio é reconhecido aos tribunais em geral é mais um ponto em comum em ambos os países. Trata-se de que, suscitada em qualquer tribunal, por ofício ou por iniciativa de parte, a questão da constitucionalidade de uma norma jurídica, e mesmo que ela seja uma norma com o valor formal de lei, o tribunal deverá não apenas analisar, mas sim, decidir essa questão, manifestando, pois, o seu juízo sobre ela. O que envolve que deve ocorrer pela via de recurso de tal decisão que aquela mesma questão poderá ser encaminhada ao tribunal para reavaliação com competência específica em matéria constitucional, sendo este o segundo aspecto desse traço individualizador comum aos dois sistemas.⁴²⁵

Ambos os sistemas, no que diz respeito ao controlo concreto da constitucionalidade, preservam na íntegra a matriz e a lógica do controlo difuso, especificamente, o reconhecimento a cada juiz, como essencial à sua função, da faculdade de acesso, sem entraves, à Constituição, colocando em evidência o significado institucional mais fundo da solução, isto é, consagrando apesar de uma instância jurisdicional com essa competência constitucional específica. Com efeito de que, o instrumento processual, passível de garantir que esse controlo possa resultar a um controlo concentrado, tenha de ser o do recurso.⁴²⁶

Contudo, como consequência deste regime institucional e processual, que a decisão sobre a questão de constitucionalidade conquistada em último termo, em controlo concreto, quer pelo Tribunal Constitucional, quer pelo Supremo Tribunal Federal, haja a sua eficácia limitada ao caso e

⁴²⁵ COSTA, José Manuel M. Cardoso da. 22 – Controlo da...Op. cit. p. 414.

⁴²⁶ Ibidem. p. 414.

não revista de eficácia geral, como sucederia em controle abstrato. É isso, na realidade, o que coerentemente sucede do fato de ser proferida em via de recurso.

Os efeitos da decisão proferidas em sede de controle concreto de constitucionalidade, em regra, nos dois ordenamentos jurídicos há eficácia somente *inter partes*, tendo os dois modelos mecanismos de ampliação dos efeitos, para *erga omnes*.

Ao passo que, a admissibilidade do recurso depende, de questão de constitucionalidade haver sido prequestionada no tribunal *a quo*, como dita no Brasil ou pode-se dizer, suscitada durante o processo, como se diz em Portugal. Sendo uma condição lógica de um recurso judicial, o qual, em princípio, não se destina a analisar questões novas e sim rever as antes já decididas, porém termina por servir, também, com o objetivo de prevenir um uso puramente dilatatório do recurso de constitucionalidade.⁴²⁷

Na via recursal para Corte Superior, foi verificado que no Brasil, o recurso extraordinário, efetivamente e de modo mais amplo traz a possibilidade de haver controle concreto-difuso da constitucionalidade, exercitável por qualquer magistrado, em qualquer instância jurisdicional, apenas contribui para a excelência do modelo brasileiro,⁴²⁸ bem como ao modelo português, com o recurso da constitucionalidade ao Tribunal Constitucional, na fiscalização concreta da constitucionalidade.

Além disso, no ordenamento jurídico brasileiro foi analisado que existem, pode-se dizer, duas técnicas de controle de constitucionalidade: a interpretação conforme a Constituição e a declaração parcial de nulidade sem redução do texto, no qual o Supremo Tribunal Federal nestas formas de controle não declara a inconstitucionalidade da lei.⁴²⁹ Na interpretação conforme a Constituição é declarado qual das viáveis interpretações do texto da lei se mostra compatível com a Constituição e na declaração parcial de nulidade, se declara a inconstitucionalidade de algumas interpretações da lei, deixando-se outras a salvo. De modo que, o controle da constitucionalidade da lei é realizado através de uma interpretação consoante a Constituição, quando a lei, implementada literalmente, levada a um juízo de nulidade, contudo oferece uma interpretação que é conciliável com a Constituição; e assimilando que determinadas interpretações são inconstitucionais e firmado na lei constitucional, faz-se uma interpretação apropriada ao caso concreto.

Desta forma, observa-se que no ordenamento jurídico português pode ocorrer controle similar quando destacamos as decisões mistas em que o Tribunal Constitucional pode estabelecer

⁴²⁷ COSTA, José Manuel M. Cardoso da. 22 – Controlo da...Op. cit. p. 414.

⁴²⁸ TAVARES, André Ramos; ROTHENBERG, Walter Claudius. Aspectos atuais...Op. cit. p. 9.

⁴²⁹ MARINONI, Luiz Guilherme. Teoria Geral...Op. cit. p. 59.

certo sentido a lei, considerado constitucionalmente válido se tratando de uma interpretação adequada, diferente do atribuído pelo tribunal recorrido.⁴³⁰ Aqui, se presume que o Tribunal Constitucional se manifestará sobre as outras interpretações possíveis, podendo ou não as declarar, na sua decisão inconstitucionais ou ilegais.

5.3 Distinções importantes

Inicialmente, nota-se que enquanto no ordenamento jurídico português se adota um sistema misto de controle de constitucionalidade que engloba soluções do modelo norte-americano e austríaco com a implementação de um órgão autônomo de justiça constitucional, o Tribunal Constitucional, para análise da constitucionalidade de leis e atos normativos, no ordenamento jurídico brasileiro verifica-se a adoção de um sistema de controle de leis efetivado por órgão que integra o Poder Judiciário, o Supremo Tribunal Federal.

De maneira que, o Tribunal Constitucional português é um órgão jurisdicional de controle normativo, tanto da constitucionalidade quanto da legalidade do ordenamento jurídico.⁴³¹ A Constituição da República portuguesa concedeu grande amplitude à jurisdição constitucional ao tribunal, ao defini-lo como sendo um órgão que compete administrar a justiça em matérias de natureza jurídico-constitucional, não a restringindo, tão somente, ao controle de constitucionalidade⁴³², que é a competência mais importante do Tribunal Constitucional, mas atribuindo-lhe outros importantes temas da organização político constitucional de Portugal.

No Brasil, o Supremo Tribunal Federal é uma corte constitucional e jurisdicional, em que pese sua função básica é a de Corte de Constitucionalidade, no desempenho de sua competência originária, possui o objetivo de realizar o controle concentrado de constitucionalidade no Direito Brasileiro, isto é, apenas o Supremo incumbe processar e julgar as ações diretas de inconstitucionalidade, genéricas ou interventivas, as ações de inconstitucionalidade por omissão e as ações declaratórias de constitucionalidade, com o propósito de assegurar o domínio das normas constitucionais no ordenamento jurídico.⁴³³

E no âmbito da competência recursal, o órgão será demandado através de recursos ordinários constitucionais ou extraordinários, de modo a cumprir o julgamento, em recurso ordinário, o *habeas*

⁴³⁰ CANAS, Vitalino, Introdução...Op. cit. p. 40

⁴³¹ COSTA. José Manuel Moreira Cardoso da. A Jurisdição.... Op. cit. p. 22.

⁴³² CANOTILHO, J.J Gomes; MOREIRA, Vital. Constituição Dirigente...Op. cit. p. 839.

⁴³³ ALMEIDA NETO, José Tarcízio de. Direito Constitucional Brasileiro. Belo Horizonte. Del Rey, 1996. p. 55.

corpus, o mandado de segurança, o *habeas data* e o mandado de injunção decididos em única instância pelos Tribunais Superiores, se denegatória a decisão e o crime político; julgar, mediante recurso extraordinário, as causas decididas em única ou última instância, quando a decisão recorrida contrariar dispositivo da Constituição, declarar a inconstitucionalidade de tratado ou lei federal; julgar válida lei ou ato de governo local contestado em face da Constituição.⁴³⁴

Em relação a eficácia temporal *ex tunc* das decisões declarativas de inconstitucionalidade, serem adotadas em ambos os países, no Brasil, “o princípio da nulidade está implícito no Texto Fundamental” e decorre do próprio sistema abstrato de controlo de constitucionalidade, disciplinado nas Leis 9.868, de 10 de novembro de 1999, e 9.882, de 3 de dezembro de 1999.⁴³⁵

No ordenamento jurídico brasileiro, distintamente do ordenamento jurídico português, o Supremo Tribunal Federal, posteriormente ao analisar de forma incidental a questão constitucional, em sede de recurso, proferirá seu próprio julgamento, substituindo a decisão antecedente, de maneira que a mantenha ou a modifique.⁴³⁶ No ordenamento português, o Tribunal Constitucional apenas analisa a questão constitucional, não substituindo o tribunal ordinário. De modo que sua decisão vinculará o tribunal recorrido, que deverá proferir nova decisão compatível com a declaração de inconstitucionalidade.⁴³⁷

Melhor dizendo, no Direito Português em sede de controle concreto de constitucionalidade, o Tribunal Constitucional detém de uma competência cassatória, o que significa que ao julgar inconstitucional a questão suscitada, se restringirá a revogar a decisão do tribunal *a quo*, para que ele reforme, ou se for o caso, a mande reformar por um tribunal inferior, em conformidade com o julgado quanto tal questão pelo Tribunal Constitucional. Já no âmbito brasileiro, o próprio Supremo Tribunal Federal, não tem que se limitar a apenas revogar a decisão, podendo seguir com decisão que substituiu e que permanecerá como definitiva.⁴³⁸

Uma outra diferença observada com o presente estudo é que no ordenamento brasileiro, uma das hipóteses em que cabe o recurso extraordinário de constitucionalidade, é de decisão judicial que fora proferida em única ou última instância, que pura ou simplesmente contrariou dispositivo da Constituição, de acordo com o artigo 102, III, alínea a, da Constituição Federal brasileira, concluindo que para a admissibilidade do recurso, não interessa, a origem da violação da lei fundamental, explica-

⁴³⁴ MORAES, Alexandre. Jurisdição... Op. cit. p. 213.

⁴³⁵ CORREIA, Fernando Alves. A Eficácia... Op. cit. p. 509.

⁴³⁶ MORAES, Alexandre de. Jurisdição... Op. cit. p. 281.

⁴³⁷ COSTA, José Manuel Cardoso da. A jurisdição... Op. cit. p. 57.

⁴³⁸ COSTA, José Manuel M. Cardoso da. 22 – Controlo... Op. cit. p. 417.

se, se está na lei aplicada ou se apenas na decisão do juiz ou se antes em uma prévia decisão ou deliberação de uma entidade administrativa por aquele convalidada. Diferentemente do ordenamento português, consoante ao artigo 280, da Constituição da República portuguesa, em que o recurso constitucional para o Tribunal Constitucional deve se referir, inevitavelmente, sobre questão de constitucionalidade de uma norma jurídica que o tribunal de origem aplicou ou que recusou aplicar, de modo que, se a tal inconstitucionalidade da Constituição existir antes da própria atuação do juiz ou existir no âmbito administrativo em que ele não censurou, a tutela contenciosa equivalente a ser tomada permanece no âmbito da jurisdição comum e de forma eventual, se mesmo for caso, por meio da interposição de um recurso ordinário.⁴³⁹

No âmbito do direito brasileiro, com a Emenda Constitucional n.º 45/04, em caso possível caso de repercussão geral, deve o recorrente demonstrar esta repercussão geral das questões constitucionais discutidas no caso, se tratando de uma condição com o intuito de permitir alguma espécie de otimização da função de controle do Supremo Tribunal Federal, condicionamento que difere do ordenamento português, tendo em vista que desconhece.⁴⁴⁰

Contrariamente, no direito português, há a instituição da obrigatoriedade de o Ministério Público recorrer para o Tribunal Constitucional sempre que um tribunal recursar a aplicação de uma norma constante de convenção internacional, ato legislativo ou decreto regulamentar, consoante ao artigo 280 n.º 3, da Constituição da República portuguesa, com fundamento em inconstitucionalidade. De modo que esta figura do recurso obrigatório, não há no âmbito do direito brasileiro, mesmo quando houver recusa de aplicação por um qualquer tribunal de um tratado ou de uma lei federal, o recurso para o Supremo Tribunal Federal ficará dependente da interposição de quem tem legitimidade, destacando que a inércia de se recorrer não é o usual.

Pode ser verificado também que no direito português implementa na instituição do atual sistema de controle da constitucionalidade, a possibilidade de instauração do processo de fiscalização abstrata de constitucionalidade, a requerimento do Ministério Público ou de qualquer dos Juízes do Tribunal Constitucional, quando tiver sido julgado três casos concretos a respeito da mesma questão constitucional, referentes ao artigo 281, n.º 3, da Constituição da República portuguesa e artigo 82 da Lei Orgânica do Tribunal Constitucional, visando assegurar a generalização, ou seja, a conversão em uma declaração com eficácia *inter partes* em *erga omnes*, obtendo efeito vinculante geral, de um

⁴³⁹ COSTA, José Manuel M. Cardoso da. 22 – Controlo...Op. cit. p. 416.

⁴⁴⁰ Ibidem. p. 414.

juízo que determinou uma norma jurídica como inconstitucional pelo Tribunal Constitucional.⁴⁴¹

Já no ordenamento brasileiro, antes da Emenda Constitucional n.º 45/04, o remédio constitucional utilizado para ampliar o efeito *inter partes* em *erga omnes*, suspendendo a execução, no todo ou em parte, de lei declarada inconstitucional, era a comunicação ao Senado Federal a respeito de uma decisão de inconstitucionalidade proferida pelo Supremo Tribunal Federal em sede de recurso extraordinário, de acordo com o artigo 52, X, da Constituição Federal brasileira. Contudo, com a implementação da Emenda Constitucional n.º 45/04, foi introduzido o instituto da Súmula Vinculante, da qual o artigo 103-A, da Constituição Federal brasileira, dispõe “o Supremo Tribunal Federal poderá, de ofício ou por provocação, mediante decisão de dois terços dos seus membros, após reiteradas decisões sobre matéria constitucional, aprovar Súmula que, a partir de sua publicação na imprensa oficial, terá efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal, bem como proceder à sua revisão ou cancelamento, na forma estabelecida em lei”. Evitando que a demanda controversa prossiga a gerar insegurança jurídica e multiplicidade de processos a respeito de questões idênticas.⁴⁴²

No que diz respeito a reserva de plenário e quórum de votação nos ordenamentos jurídicos constitucionais, também há diferenças entre os ordenamentos jurídicos. Na Constituição Federal brasileira, no artigo 97 há previsão da reserva de plenário “*Somente pelo voto da maioria absoluta de seus membros ou dos membros do respectivo órgão especial poderão os tribunais declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do Poder Público.*” Por isso, quando ocorrer análise do controle difuso por um órgão colegiado, salvo quando o mérito já tenha sido decidido pelo Supremo Tribunal Federal, a questão ao qual se arguiu a inconstitucionalidade não poderá ser julgado por turmas ou câmaras do tribunal, devendo ser remetido ao pleno ou ao órgão especial. De forma diversa, é no ordenamento jurídico constitucional português que não há previsão de reserva de plenário aos tribunais *a quo*, observando-se que a inconstitucionalidade é julgada de maneira elencada pelo artigo 659 do Código de Processo Civil, “1 - O processo é inscrito em tabela logo que se mostre decorrido o prazo para o relator elaborar o projeto de acórdão. 2 - No dia do julgamento, o relator faz sucinta apresentação do projeto de acórdão e, de seguida, dão o seu voto os juízes-adjuntos, pela ordem da sua intervenção no processo. 3 - A decisão é tomada por maioria, sendo a discussão dirigida pelo presidente, que desempata quando não possa formar-se maioria.”

⁴⁴¹ COSTA, José Manuel M. Cardoso da. 22 – Controlo...Op. cit. p. 422.

⁴⁴² MORAES, Alexandre de. Direito...Op. cit. p. 821.

No que diz respeito ao quórum para deliberação, nos julgamentos do Supremo Tribunal Federal em plenário, deve estar presente a maioria absoluta, conforme artigo 97 da Constituição Federal brasileira. Já no ordenamento jurídico constitucional português, o Tribunal Constitucional só pode prosseguir com a sessão ou em plenário, quando presente a maioria dos respectivos membros, tomando-se as deliberações à pluralidade de votos dos membros presentes, de acordo com o art. 42 da Lei 28/82.

6. CONCLUSÕES

Com o presente estudo foi possível alcançar algumas conclusões, quais sejam que, nos países que adotam o sistema difuso, como é o caso de Brasil e Portugal, as Cortes Supremas encarregam-se gradativamente mais com o julgamento, em última instância, dos litígios que englobam a interpretação e a aplicação da Constituição, e com isso tem gerado à ampliação dos efeitos das decisões dessas Cortes a casos análogos, semelhantes. Deste modo, o órgão máximo do Poder Judiciário acaba por assumir, como uma de suas funções principais, a definição dos parâmetros de interpretação da Constituição.⁴⁴³

A partir da análise crítica efetuada da fiscalização concreta da constitucionalidade portuguesa, entre as quais, que possui uma natureza híbrida e uma dupla originalidade, primeiro, contrariamente aos países com sistema concentrado, os tribunais portugueses conhecem e decidem questões de inconstitucionalidade e em segundo, diverso do sistema difuso, com base no *judicial review*, posto que as decisões daqueles tribunais são recorríveis para um Tribunal Constitucional, localizado fora da organização judiciária comum e especializado em matérias de natureza jurídico-constitucional.⁴⁴⁴

Além disso, o sistema de controle de constitucionalidade possui caráter misto do próprio sistema de fiscalização concreta, sendo que de um lado, intervêm nela diversas categorias de órgãos jurisdicionais, relativos ao artigo 211 da Constituição da República Portuguesa, porque todos os tribunais são legítimos para sua efetivação, sendo do Tribunal Constitucional a decisão final, eventualmente, em caso concreto decidirá os casos submetidos ao seu juízo e por outro lado, a possibilidade, jurídico-constitucional, da fiscalização concreta finalizar em fiscalização abstrata, com o requisito bastante de a mesma norma ter sido julgada inconstitucional três vezes em casos concretos pelo Tribunal Constitucional.

Assim, reconhece-se que ambos países, ou seja, tanto Portugal quanto o Brasil visam o aperfeiçoamento duradouro da justiça constitucional. Destaca-se, como estudado e compreendido, que o Supremo Tribunal Federal vem dando nova interpretação aos efeitos da decisão que reconhece a inconstitucionalidade incidental, adotando os efeitos *erga omnes* de suas decisões, no caso de controle concreto de constitucionalidade, caso concreto, poder ser transformado em objetivo, se tratando de objetivação do controle difuso, em caso de julgamento de recurso extraordinário com

⁴⁴³ SCAFF, Fernando Facury. O efeito Vinculante e a Proteção dos Direitos Fundamentais no Brasil. In: Revista Latino-americana de estudos constitucionais. Diretor Paulo Bonavides. Del rey. ISBN 85-7308-853-2. N.º 5 – jan/jun. 2005. p. 528.

⁴⁴⁴ ROLO, Nuno. A fiscalização...Op. cit. p. 82.

Repercussão Geral, com nítida afinidade das consequências decorrentes das ações de constitucionalidade.

De modo que Supremo Tribunal Federal, atualmente, acaba não utilizando da publicação pelo Senado ao declarar a inconstitucionalidade de uma lei, para modificar seu efeito *inter partes* para *erga omnes*, tendo em vista que a transformam em repercussão geral, gerando da mesma forma a eficácia pretendida. Ademais, foi analisado que, no ordenamento jurídico brasileiro existe uma maior flexibilização do que no ordenamento jurídico português, em relação à modulação dos efeitos da decisão de *ex tunc* para *ex nunc*.

Apesar de serem constatadas características e normas peculiares em cada ordenamento jurídico constitucional, pode se destacar com o presente estudo e análise crítica do controle concreto de constitucionalidade em Portugal e Brasil, que se sobressaiu a similitude de ambos os sistemas, em retorno a pesquisa de direito comparado entre os sistemas. Ambos possuem a mesma influência jurídica constitucional, o *judicial review* dos Estados Unidos, que como visto, pode ser realizado por qualquer juiz ou tribunal nos casos concretos.

Importante o destaque para a natureza jurídica e a questão prejudicial do controle concreto de constitucionalidade, tendo em vista que a caracterização de ser uma questão prejudicial suscitada a título incidental, pois o processo de controle concreto de constitucionalidade se baseia, de forma simultânea, como uma questão prejudicial e um incidente de instância. Desta maneira, pondera-se que a fiscalização concreta constitui um incidente com natureza prejudicial relativo a um processo principal. Sendo essencial a discussão trazida ao trabalho para a relevante compreensão do tema.

Para defender a supremacia da Constituição, preservando-a, são necessários sistemas efetivos de controle, como o analisado em questão, o controle concreto de constitucionalidade, seja analisando e julgando a inconstitucionalidade para o caso concreto ou ampliando os seus efeitos e extinguindo os efeitos de leis que afrontem o texto constitucional. De modo que ambos os ordenamentos constitucionais jurídicos no âmbito do controle difuso de constitucionalidade englobam, além dos dispositivos positivados nas Constituições, como também aplicam a jurisprudência das Cortes Superiores de cada país e da análise crítica da doutrina, que fortalecem e se delineiam às particularidades de cada caso concreto.

BIBLIOGRAFIA

ABRAHAM, Henry J. *A Corte Suprema no evolutivo processo político*. In: Vários autores. *Ensaio sobre a Constituição dos Estados Unidos*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1978.

ARAÚJO, ANTÓNIO. *Construção da justiça constitucional portuguesa: o nascimento do Tribunal Constitucional* - in *Revista Análise Social*, vol. xxx, 1995.

ARRUDA ALVIM WAMBIER, Teresa. *Controle das decisões judiciais por meio de recursos de estrito direito e de ação rescisória. Recurso especial, recurso extraordinário e ação rescisória: o que é uma decisão contrária à Lei?* São Paulo: RT, 2002.

ASCENSÃO, José de Oliveira. *Força obrigatória geral de acórdãos do Tribunal Constitucional no direito português*. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 165.

Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis e assuntos afins/ coordenadores Nelson Nery Jr., Teresa Arruda Alvim Wambier. Editora revista dos Tribunais. São Paulo. 2006. Série Aspectos Polêmicos e Atuais dos Recursos; v. 9.

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Comentários ao Código de Processo Civil. Arts. 476 a 565*. 11. Ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2003. v. 5.

BARBOSA, Rui. *Commentários à Constituição Federal brasileira*. São Paulo: Saraiva, 1993. 3.v.

BARROSO, Luís Roberto - *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência*. 5.^a ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2011.

BELEZA, Maria dos Prazeres Pizarro. *Admissibilidade de um recurso autônomo para o tribunal constitucional por violação de caso julgado*. In *Estudos em homenagem à Professora Doutora Isabel de Magalhães Collaço*. Vol. II. Editora Almedina. Nov/ 2002.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 6.^a edição. São Paulo: Malheiros, 1996.

BROSSARD, Paulo. *O Senado e as leis inconstitucionais*. *Revista de Informação Legislativa*, v. 13, n. 50, abr./jun. 1976.

CAMPOS, Alexandre Valpaços Gomes de. *Vantagens e desvantagens da alteração do sistema de fiscalização da constitucionalidade vigente em Portugal*. In: *O Direito* 143°. 2011.

CANAS, Vitalino. *Estudos de Direito Público nº 2. Introdução às decisões de provimento do Tribunal Constitucional: os seus efeitos em particular*. Cognitio, 1984.

CANAS, Vitalino. *Os Processos de Fiscalização da Constitucionalidade e da Legalidade pelo Tribunal Constitucional*. Coimbra. 1986.

CANOTILHO, J. J. Gomes; MOREIRA, Vital – *Constituição da República Portuguesa Anotada*. V. II, 4.^a ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2010.

CANOTILHO, J.J Gomes; MOREIRA, Vital. *Constituição dirigente e vinculação do legislador*. 2. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2005.

CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito Constitucional e teoria da constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003.

CANOTILHO, J. J. Gomes. In: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo. *As garantias do cidadão na justiça*. São Paulo: Saraiva, 1993.

CANOTILHO, J.J. Gomes; MOREIRA, Vital. *Constituição da República Portuguesa Anotada*. Artigos 108º a 296º. 4. ed. Revista- reimpressão. Coimbra Editora. 2014.

CAPPELLETTI, Mauro. *O controle judicial de constitucionalidade das leis no direito comparado*. 2. Ed. Porto Alegre: Fabris, 1992.

CARREIRA ALVIM, José Eduardo. *Elementos de Teoria Geral do Processo*. 6ª Edição, Rio de Janeiro: Editora Forense, 1997.

CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de Direito Processual Civil*. Vol. I, Rio de Janeiro: Editora Bookseller, 1998.

CLÈVE, Clémerson Merlin. *A Fiscalização Abstrata de Constitucionalidade no Direito Brasileiro*. 2.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

COELHO, José Gabriel Pinto. *As garantias jurisdicionais dos administrados no direito comparado de Portugal e do Brasil*. Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. Vol XVII, 1964.

CORREIA, Fernando Alves. *A EFICÁCIA TEMPORAL DAS DECISÕES DE DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE COM FORÇA OBRIGATÓRIA GERAL: UM OLHAR LUSO-BRASILEIRO*. Capítulo 19. Processo constitucional. Paula Pessoa, Cleverton Cremonese organizadores; Luiz Guilherme Marinoni, Ingo Wolfgang Sarlet coordenadores. – São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019. Acima do título: "Associação Brasileira de Direito Processual Constitucional." Revistas dos Tribunais.

CORREIA, Fernando Alves. *Direito Constitucional (A Justiça Constitucional)*. Coimbra: Almedina, 2002.

CORREIA, Fernando Alves. *Documentação e Direito Comparado nº 71/72*. Procuradoria-Geral da República, gabinete de documentação e direito comparado. Lisboa. 1997. ISSN 0870-7138.

COSTA, José Manuel M. Cardoso da. 22 – *CONTROLO DA CONSTITUCIONALIDADE NO BRASIL E EM PORTUGAL. ESTUDOS: DIREITO PÚBLICO*. Ives Gandra da Silva Martins, Patricia Rosset, Antonio Carlos Rodrigues do Amaral – Coordenadores. Lex Magister. São Paulo. 2012.

COSTA, José Manuel Moreira Cardoso da. *A jurisdição constitucional em Portugal*. 3º Ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2007.

CUNHA JÚNIOR, Dirley da. *Controle de constitucionalidade*. Teoria e prática. 2ª edição revista, ampliada e atualizada. Edições podivm. 2007.

CRUZ, Daniela Alexandre dos Santos. *O Recurso de Amparo: um estudo sobre a sua necessidade na ordem jurídica portuguesa*. Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. Lisboa. 2018.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *A função das Cortes Supremas na América Latina. Fundamentos do processo civil moderno*. 4. ed. rev. e atual. por Antônio Rulli Neto. São Paulo: Malheiros, 2001. t. II.

DINIZ, Antero Alves Monteiro. *A fiscalização concreta de constitucionalidade*. In: *Legitimidade e legitimação da justiça constitucional*. Colóquio no 10º aniversário do Tribunal Constitucional. Coimbra Editora. 1993.

DOMINGOS, Inês; PIMENTEL, Margarida. *O Recurso de Constitucionalidade*. In: *Estudos sobre a jurisprudência do Tribunal Constitucional*. Lisboa: Aequilas Editorial Notícias. 1993.

DUTRA, Carlos Roberto de Alckmin. *A Evolução Histórica do Controle de Constitucionalidade de leis e seu papel no século XXI*. Texto disponibilizado em: https://www.al.sp.gov.br/repositorio/bibliotecaDigital/470_arquivo.pdf. Acesso em: 07.03.2023.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Comentários à Constituição brasileira de 1988*. 2. ed. São Paulo: Saraiva. 1997.

FERREIRA FILHO, Manuel Gonçalves. *O Sistema Constitucional Brasileiro e as Recentes inovações no Controle de Constitucionalidade*. Ano 133º. Editora Internacional Lda. Abril/junho 2001.

FIGUEIREDO, Patricia Cobianchi. MONTAL, Zelia Maria Cardoso. CONTROLE PREVENTIVO DE CONSTITUCIONALIDADE EM PORTUGAL E NO BRASIL: ALGUNS APONTAMENTOS. *Revista de Direito Constitucional e Internacional* | vol. 64/2008 | p. 258 - 282 | Jul - Set / 2008 DTR\2008\766.

FONSECA, Guilherme da; DOMINGOS, Inês. *Breviário de direito processual constitucional*. 2ª Ed. Coimbra: Coimbra Ed. 2002.

FREITAS, Lebre de, REDINHA, João Redinha, PINTO, João. *Código de Processo civil, anotado*, I. Coimbra. 1999.

GOUVEIA, Jorge Bacelar. *Manual de Direito Constitucional*. 2 vol, 3ª Ed. Coimbra: Almedina, 2009.

GOMES, Guilherme Brandão; PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. *A VINCULAÇÃO DO JUIZ CÍVEL PORTUGUÊS ÀS DECISÕES PROFERIDAS PELO TRIBUNAL CONSTITUCIONAL EM SEDE DE FISCALIZAÇÃO ABSTRATA DA CONSTITUCIONALIDADE: NOTAS COMPARATIVAS COM O DIREITO BRASILEIRO*. The binding of the Portuguese civil judge to the decisions of the constitutional court in the abstract constitutional review: comparative notes with the Brazilian law *Revista de Processo* | vol. 295/2019 | p. 353 - 373 | Set / 2019 DTR\2019\39984.

GRINOVER, Ada Pellegrini. *O Processo em sua Unidade*. II. Rio de Janeiro. 1984.

KELSEN, Hans. O controle judicial da constitucionalidade (um estudo comparado das Constituições austríaca e americana). *Jurisdição constitucional*. Trad. Alexandre Krug et al. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

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

LEWANDOWSKI, Enrique Ricardo. *Pressupostos materiais e formais da intervenção federal do Brasil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994.

LOUREIRO, João. MACHADO, Jónatas, URBANO Maria Benedita. *Direito Constitucional. Casos práticos resolvidos*. Coimbra Editora, 1995.

MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDEIRO, Daniel. *Repercussão geral no recurso extraordinário*. São Paulo: RT. 2007.

MARINONI, Luiz Guilherme. *Teoria Geral do Processo. Curso de Processo Civil. Volume I*. 2ª edição revista e atualizada. Editora Revista dos Tribunais. 2007.

MARQUES, António Rocha. *O Tribunal Constitucional e os Outros Tribunais: a Execução das Decisões do Tribunal Constitucional*. In AAVV, Estudos sobre a jurisprudência do Tribunal Constitucional. Lisboa. 1993.

MEDEIROS, Orione Dantes. *Uma dicotomia superada: o controle híbrido de constitucionalidade no Brasil e em Portugal*. Recife. 2013.

MEDEIROS, Rui. *A decisão de inconstitucionalidade*. Lisboa. 1999.

MELLO FILHO, José Celso. *Constituição Federal anotada*. 2ª edição. São Paulo: Saraiva, 1986.

MENDES, Gilmar Ferreira. *Arguição de descumprimento de preceito fundamental: comentários à lei n. 9882 de 3.12.1999*. São Paulo: Saraiva, 2007.

MENDES, Gilmar Ferreira. *Controle de Constitucionalidade – Aspectos Jurídicos e Políticos*. São Paulo: Saraiva, 1990.

MENDES, Gilmar Ferreira. *Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade: estudos de direito constitucional*. 4. ed. rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2012.

MENDES, Gilmar Ferreira. *Jurisdição Constitucional*. Saraiva. 6. ed. São Paulo. 2013.

MIRANDA, Jorge. *A Fiscalização da Constitucionalidade – uma visão panorâmica*. Revista do Ministério Público. Rio de Janeiro: MPRJ, n. 27, jan./mar. 2008.

MIRANDA, Jorge. *Controlo da constitucionalidade e direitos fundamentais em Portugal*. In: Vários autores. *La jurisdicción constitucional em iberoamerica*. Madri: Dykinson, 2003.

MIRANDA, Jorge. *Manual de direito constitucional*. 4ª. Ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2013.

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

MIRANDA, Jorge. *Textos históricos do direito constitucional*. 2ª edição. Lisboa: Imprensa Nacional, 1990.

MONÇÃO, André Augusto Duarte. *O controle difuso da constitucionalidade sob a ótica do direito luso-brasileiro*. *Revista Jus Navegandi*, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 20, n. 4565, 31 dez. 2015. Disponível em <https://jus.com.br/artigos/45562>. Acesso em: 04 de março 2023.

MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 38ªed. São Paulo: Atlas, 2022.

MORAES, Alexandre de. *Jurisdição Constitucional e Tribunais Constitucionais*. 3ª Ed. São Paulo. Editora Atlas. 2013.

MORAES, Germana de Oliveira. *O controle jurisdicional da constitucionalidade do processo legislativo*. São Paulo: Dialética, 1988.

MORAIS, Carlos Blanco de. *Justiça Constitucional, Tomo II (Garantia da Constituição e controlo da constitucionalidade)*, 2.ª edição. Coimbra Editora, Coimbra, 2006.

MORAIS, Carlos Blanco. *Justiça Constitucional. Tomo II (O Direito do Contencioso Constitucional)*. 2ª edição. Coimbra Editora. 2005.

NADAIS, Antônio; VITORINO, Antônio; CANAS, Vitalino. *Lei sobre organização, funcionamento e processo do tribunal constitucional*. Lisboa: AAFDL, 1984.

PINHO, Humberto Dalla Bernardina. *A inconstitucionalidade como questão prejudicial no controle difuso incidental da constitucionalidade das leis perante órgãos jurisdicionais de primeira instância*. Rev. Ministério Público. Rio de Janeiro. 2000.

POLETTI, Ronaldo. *Controle da constitucionalidade das leis*. 2ª Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000. Recurso extraordinário federal: control de constitucionalidad. Buenos Aires: Editorial Universidad, 1984.

REGO, Carlos Lopes do. *Os recursos de Fiscalização Concreta na Lei e na Jurisprudência do Tribunal Constitucional*. Almedina, 2010.

REIS, Palhares Moreira. *Súmula Vinculante do Supremo Tribunal Federal Brasília*: Consulex, 2009.

RIBEIRO, Vinício. *Constituição da República Portuguesa*. Coimbra: Almedina, 1993.

RODRIGUES, Lêda Boechat. *A Corte Suprema e o Direito Constitucional Americano*. Rio de Janeiro: Revista Forense. 1958.

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: Revista Economia e Direito. Vol. III. nº 1. 1998.

ROQUE, Miguel Prata. *Fiscalização Sucessiva Concreta*. In Enciclopédia da Constituição Portuguesa, Quid Juris, 2013.

SCAFF, Fernando Facury. *O efeito vinculante e a proteção dos direitos fundamentais no Brasil*. In: *Revista Latino-americana de estudos constitucionais*. Diretor Paulo Bonavides. Del rey. ISBN 85-7308-853-2. N. 5 – jan/jun. 2005.

SCHWARTS, Bernard. *Direito Constitucional americano*. Rio de Janeiro: Forense, 1966.

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. Editora Juspodivm. 43. ed. São Paulo. 2020.

SOUZA, Miguel Teixeira de. *Prejudicialidade e Limites Objectivos do Caso Julgado*. Anotação in *Revista de Direito e Estudos Sociais*, 1977.

STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição constitucional e hermenêutica: uma nova crítica do direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2002.

TAVARES, André Ramos; ROTHENBERG, Walter Claudius. *Aspectos atuais do controle de constitucionalidade no Brasil: Recurso Extraordinário e Arguição de descumprimento de Preceito Fundamental*. Editora Forense. Rio de Janeiro. 2003.

TEIXEIRA, J.H Meirelles. *Curso de direito constitucional. Forense Universitária*, Rio de Janeiro, 1991.

TEIXEIRA. Salvio de Figueiredo. *CONTROLE DA CONSTITUCIONALIDADE NO BRASIL E EM PORTUGAL*. *Revista de Direito público*. Edição da editora revista dos tribunais. Ano VII. N.o 28. Biblioteca do Supremo Tribunal Federal 6974/85.

TELES, Miguel Galvão. *A competência da competência do Tribunal Constitucional*. In *Legitimidade e Legitimação da Justiça Constitucional*. Lisboa. 1995.

VELLOSO, Carlos Mário da Silva. *Do poder judiciário: como torná-lo mais ágil e dinâmico – efeito vinculante em outros temas*. *Revista dos Tribunais*, ano 6, n.º 25, p. 15, out/dez. 1998.

VIEIRA, Oscar Vilhena. *Supremo Tribunal Federal: jurisprudência política*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994.

JURISPRUDÊNCIA

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL – 1ª Turma – AgRegAI n.º 495.826-6/RJ – Relator Min. Cezar Peluso, Diário da Justiça, seção I, data 04/02/2005.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL – 1ª Turma – ED no AgReg na Reclamação n.º 18.165, 2ª Rel. Min Alexandre de Moraes, decisão: 21/08/2017.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL – 1ª Turma – RE n.º 635.088/DF AgR segundo - Rel. Min. Marco Aurélio – j. 4/02/2020.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL – 1ª Turma – RE n.º 217141 AgR/SP – Rel. Min. Gilmar Mendes, decisão data 16/06/2006 – Informativo STF n.º 431.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL – 1ª Turma – Rcl n.º 24.284/SP – Rel. Min. Edson Fachin, data julgamento 22/11/2016.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL – 1ª Turma – Rextr. n.º 117.805/PR – Rel. Min. Sepúlveda Pertence, Diário de justiça, seção I, data 27/08.1993, p. 17.022.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL – 2ª Turma – RE 358.875- AgR. voto do Rel. Min. Celso de Mello, julgamento em 23-10-2007, DJ de 7-12-2007.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL – 2ª Turma – AI n.º 529694/RS – Relator Min. Gilmar Mendes – Informativo n.º 376.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL – 2ª Turma – Rext n.º 442683/RS – Relator Min. Carlos Velloso, decisão data 13/12/2005. STF – Pleno – RE 197.917/SP – Rel. Min. Maurício Corrêa.; STF – 1ª T. – RE n.º 217141 AgR/SP – Rel. Min. Gilmar Mendes, decisão: 13-6-2006 – *Informativo STF* n.º 431; STF – RE n.º 502.817-7/SP – Rel. Min. Carlos Britto, *Diário da Justiça*, Seção I, 14 nov. 2006, p. 117.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL – HC 96.425 ED/SP, 2ª Turma, Relator Min. Eros Graus, 03/03/2009, Informativo STF n.º 537.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL – Pleno – ADI 3.406/RJ e ADI 3.470/RJ – Rel. Min. Rosa Weber. J. 26/11/2017.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL – Pleno – ADI 3.046-9/SP, Rel. Min. Sepúlveda Pertence. J. 15/04/2004.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL – Pleno – ADI 4066/DF- Rel. Min. Rosa Weber, data julgamento 23 e 24/08/2017.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL – Pleno – ADI 2.867/ES – Rel. Min. Celso de Mello, Diário da Justiça, seção I, data 09/02/2007.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL – Pleno – ADI 6330, Rel. Min. Alexandre de Moraes, j. 11-11-2020.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL – Pleno – ADI 6421 MC, Rel. Min. Roberto Barroso, j. 21-5-2020.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL – Pleno – AgReg na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 261, Rel. Min. Alexandre de Moraes, decisão: 09/02/2018.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL – Pleno – AI n.º 132755 QO/SP, Relator orig. Min. Moreira Alves, red. p/ Acórdão Min. Dias Toffoli, decisão: 19/11/2009.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL – Pleno – AR n.º 1.551/RJ – Rel. Min. Gilmar Mendes, data 19/10/2016. RTJ 162/765.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL – Pleno – medida cautelar – Ação cautelar n.º 189-7/SP – Relator Min. Gilmar Mendes, Diário da Justiça, seção I, data 15/04/2004.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL – Pleno – MS n.º 22.03-3/DF- Relator. p/Acórdão Min. Maurício Corrêa, Diário da Justiça, Seção I, data 06/06/1997, p. 24.872. Para conferir a íntegra do Acórdão, consultar Ementário STF n.º 1.872-03).

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL – Pleno – MS n.º 22.505-3/DF – Ementário STF n.º 1.872-03.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL – Pleno – MS n.º 27.931-1/DF – Rel. Min. Celso de Mello, decisão data 27/03/2009.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL – Pleno – Reclamação n.º 2576/SC – Rel. Min. Ellen Gracie, data 26/06/2004, Informativo STF n.º 353.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL – Pleno – RE com Ag n.º 791.932, Rel. Min. Alexandre de Moraes, decisão: 11/10/18.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL – RE n.º 636.331, rel. min. Gilmar Mendes, voto da min. Rosa Weber, P, j. 25-5-2017, DJE 257 de 13-11-2017, Tema 210.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL – Reclamação n.º 4.335/AC – Plenário – Relator Ministro Gilmar Mendes, data julgamento 20/03/2014.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL – Pleno – RE n.º 197.917/SP – Relator Min. Maurício Côrrea.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL – Pleno – Rext n.º 210.917/RJ- Rel. Min. Sepúlveda Pertence, decisão: 12/08/98. Informativo STF n.º 118.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL – Pleno – Repercussão Geral no Recurso Extraordinário com Agravo n.º 1.352.872/SC – Rel. Min. Luiz Fux – j. 03/02/2022 – publicação 10/02/2022.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL - RE n.º 190.725, Rel. p/ acórdão Min. Ilmar Galvão e STF – Agravo de Instrumento n.º 172.992-9, Rel. Min. Celso de Mello, Diário de Justiça, Seção I.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL – RE n.º 502.817-7/SP – Rel. Min. Carlos Britto, *Diário da Justiça*, Seção I, 14 nov. 2006, p. 117.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL - RE n.º 797.294 AgR, rel. Teori Zavascki, 2ª T, j. 24-2-2015, DJE 45 de 10-3-2015.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL - Revista Trimestral de Jurisprudência (RTJ) 58/499; RTJ 71/233; RTJ 110/226; RTJ 135/297; RTJ 95/859; RJ 508/217; RF 193/131.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL - Revista Trimestral de Jurisprudência 98/877.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL – Revista Trimestral de Jurisprudência 162/765.

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL - Ac. n.º 14/91, processo 390/89, formação 2ª secção, espécie recurso, data 23/01/1991, Relator Cons. Alves Correia e Ac. 206/92, processo 42/91, 2ª secção, espécie recurso, data 03/06/1992, Relator Cons. Alves Correia.

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL – Ac. n.º 19/83, processo 61/83, formação 2ª secção, data 03/11/1983, espécie recurso; Relator Cons. Luís Nunes de Almeida.

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL – Ac. n.º 116/2022, processo n.º 1171/2021, formação conferência, na 3ª secção, espécie recurso, data 03.02.2022, Relator Cons. Joana Fernandes Costa.

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL – Ac. n.º 146/93, processo n.º 60/90, formação 1ª secção, espécie recurso, data 28/01/1993, Rel. Cons. Monteiro Diniz.

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL - Ac. n.º 239/92, processo 358/91, formação 1ª secção, espécie recurso, data 30/06/1992, Relator Cons. Monteiro Diniz.

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL – Ac. n.º 340/00, processo n.º 287/00, formação plenário, espécie recurso, data 04/07/2000, Relator: Cons. Guilherme da Fonseca.

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL - Ac. n.º 315/86, processo 145/86, formação 1ª secção, data 12/11/1986, espécie recurso; Relator Cons. Vital Moreira e Ac. 162/90, processo 119/89, formação 1ª secção, espécie recurso, data 22/05/1990, Relator Cons. Monteiro Diniz.

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL – Ac. n.º 318/90, proc. n.º 291/89, 2ª secção, relator: Conselheiro Alves Correia, j. 12.12.1990; do acórdão do Tribunal Constitucional n.º 329/91, proc. n.º 105/91, relatora: Conselheira Assunção Esteves.

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL – Ac. n.º 347/92, processo 187/92, formação plen., espécie sucessivo, data 04/11/1992, Relator Cons. Tavares da Costa.

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL – Ac. n.º 389/87, processo n.º 33/87, formação 2ª secção, espécie recurso, data 22.07.1987, Relator Cons. Mário de Brito.

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL – Ac. n.º 478/2011, proc. n.º 421/10, relatora: Conselheira Ana Maria Guerra Martins.

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL – Ac. n.º 94/88, bem como o Acórdão n.º 47/90, in Diário da República, II Série, n.º 154, de 6 de Julho de 1990, e o Acórdão n.º 51/90, in Diário da República, II Série, n.º 159, de 12 de Julho de 1990.