**DEPARTAMENTO DE DIREITO**

**MESTRADO EM DIREITO**

**ESPECIALIDADE EM CIÊNCIAS JURÍDICAS**

**A ABSTRATIVIZAÇÃO DA DECISÃO TOMADA EM CONTROLE CONCRETO DE CONSTITUCIONALIDADE EM BRASIL E PORTUGAL**

Dissertação para a obtenção do grau de Mestre em Direito.

Autor: Guilherme Augusto Giovanoni da Silva

Orientador: Prof. Doutor Pedro Gonçalo Tavares Trovão do Rosário

Número do candidato: 20151524

**Abril de 2019**

**Lisboa**

*À minha esposa e à minha filha,*

*com carinho*.

## AGRADECIMENTOS

Realizar um sonho não é tarefa fácil e não seria possível sem a ajuda daquelas pessoas mais próximas, a quem devo meu muito obrigado.

Agradeço à minha família, em especial, à minha esposa Fernanda e à minha filha Bárbara, pelo incentivo, pela compreensão nos momentos de ausência e, principalmente, por possibilitarem a realização do meu sonho.

Aos meus amigos e colegas de turma meus mais sinceros agradecimentos. Em especial ao João Paulo e à Carla, meu agradecimento pela presença sempre marcante e pelo apoio constante.

Por último e não menos importante, meu agradecimento especial ao meu orientador, professor Doutor Pedro Trovão do Rosário, com certeza um dos pilares deste trabalho, professor que desde o primeiro contato me estimulou descomedidamente a aprofundar os estudos sobre o Direito Constitucional.

“É enfaticamente da competência do Poder Judiciário dizer o Direito, o sentido das leis. Se a lei estiver em oposição à constituição a corte terá de determinar qual dessas normas conflitantes regerá a hipótese. E se a constituição é superior a qualquer ato ordinário emanado do legislativo, a constituição, e não o ato ordinário, deve reger o caso ao qual ambos se aplicam.”

*Marbury vs. Madison*, 5 U.S. (1 Cranch) 137 (1803)

## RESUMO

O objetivo da pesquisa é analisar o sistema jurídico de controle de constitucionalidade das leis e atos normativos do Poder Público nos ordenamentos jurídicos de Portugal e do Brasil, especificamente o sistema difuso-concreto, avaliando em que medida a abstrativização do julgamento do recurso de inconstitucionalidade direcionado ao Tribunal Constitucional português ou do recurso extraordinário direcionado ao Supremo Tribunal Federal afronta as respectivas constituições. A metodologia utilizada foi a de pesquisa bibliográfica e documental fundamentada na literatura atual do Direito português e brasileiro no contexto da regulamentação constitucional do controle de constitucionalidade, e a consequente abstrativização da decisão dos recursos aos tribunais constitucionais dos respectivos países. Ao fim da pesquisa, foi possível concluir que a sistemática de abstrativização das decisões das Cortes Constitucionais portuguesa e brasileira proferidas no controle concreto de constitucionalidade afronta as respectivas Constituições, principalmente quanto ao aspecto da legitimidade para a expansão subjetiva dos efeitos da decisão.

PALAVRAS-CHAVE: Controle difuso de constitucionalidade; Abstrativização; Legitimidade; Inconstitucionalidade.

## ABSTRACT

The objective of the research is to analyze the legal system of control of constitutionality of the laws and normative acts of the Public Power in the legal systems of Portugal and Brazil, specifically the diffuse-concrete system, notably evaluating to what extent the abstractivization of the judgment of the appeal of unconstitutionality to the Portuguese Constitutional Court or the extraordinary appeal directed to the Supreme Federal Court faces the respective constitutions. The methodology used was bibliographical and documental research based on the current literature of Portuguese and Brazilian Law in the context of the constitutional regulation of the constitutionality control and the consequent abstractivization of the decision of appeals to the constitutional courts of the respective countries. At the end of the research, it is possible to conclude that the systematics of abstractivisation of the decisions of the Portuguese and Brazilian Constitutional Courts in concrete constitutional control confront the respective Constitutions mainly regarding the aspect of legitimacy for the subjective expansion of the effects of the decision.

KEYWORDS: Diffuse control of constitutionality; Abstractivization; Legitimacy; Unconstitutionality.

## SUMÁRIO

[INTRODUÇÃO 9](#_Toc5900270)

1 [ANÁLISE SOBRE O CONTROLE JUDICIAL DE](#_Toc5900271) [CONSTITUCIONALIDADE 11](#_Toc5900272)

[1.1 Histórico 11](#_Toc5900273)

[1.2 Conceito 17](#_Toc5900274)

[1.3 Natureza jurídica 20](#_Toc5900275)

[1.4 Sistemas de controle de constitucionalidade 20](#_Toc5900276)

[*1.4.1 Modelo Americano 22*](#_Toc5900277)

[*1.4.2 Modelo Austríaco 27*](#_Toc5900278)

[*1.4.3 Modelo Francês 30*](#_Toc5900279)

[*1.4.4 Controle Misto 36*](#_Toc5900280)

2 [ANÁLISE SOBRE O CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE](#_Toc5900281) [EM PORTUGAL E NO BRASIL 38](#_Toc5900282)

[2.1 Breve Histórico 38](#_Toc5900283)

[2.2 O atual modelo de controle português 61](#_Toc5900284)

[2.3 A Carta de 1988 e o “modelo brasileiro” de controle de constitucionalidade 67](#_Toc5900285)

[2.4 O tradicional controle difuso na presente Constituição e suas recentes alterações 70](#_Toc5900286)

3 [O RECURSO PARA O TRIBUNAL CONSTITUCIONAL E SEUS EFEITOS 78](#_Toc5900287)

[3.1 A abstrativização do recurso para o Tribunal Constitucional 87](#_Toc5900288)

4 [A QUESTÃO DA ABSTRATIVIZAÇÃO DO CONTROLE CONCRETO DE](#_Toc5900289) [CONSTITUCIONALIDADE NO BRASIL E EM PORTUGAL 90](#_Toc5900290)

[4.1 O controle concreto e a abstrativização dos efeitos da decisão de inconstitucionalidade 90](#_Toc5900291)

[4.2 A questão da legitimidade da abstrativização em Portugal e no Brasil 96](#_Toc5900292)

[CONCLUSÃO 107](#_Toc5900293)

[REFERÊNCIAS 113](#_Toc5900294)

## LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

**Ac.** Acórdão

**ADI** Ação Direta de Inconstitucionalidade

**ADPF** Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental

**Art**. Artigo

**Cf.** Conferir

**CF** Constituição Federal

**CPC** Código de Processo Civil

**CRP** Constituição da República Portuguesa

**EC** Emenda Constitucional

**et al.** e outros

**EUA** Estados Unidos da América

**HC** *Habeas Corpus*

**LOTC** Lei de Organização, funcionamento e processo do Tribunal Constitucional

**LTC** Lei de Organização, funcionamento e processo do Tribunal Constitucional

**Op. Cit.** *Opus citatum* (obra citada)

**Rcl**. Reclamação

**STF** Supremo Tribunal Federal

**vs**. versus

## INTRODUÇÃO

O interesse pelo estudo do tema em apreço se dá em decorrência da importância que as Constituições dos Estados tomaram após a Segunda Guerra Mundial. Como consequência, as Constituições passaram a ser tratadas como efetivas normas superiores dentro dos ordenamentos jurídicos dos Estados, sendo necessário o controle efetivo dos demais atos normativos e administrativos do Estado frente à Constituição, como forma de garantir a sua supremacia e soberania frente ao ordenamento jurídico estatal.

O fato é que os Estados modernos, em sua grande maioria, possuem um sistema jurídico baseado na supremacia da Constituição, tendo a norma constitucional não só a atribuição de organizar o Estado, como também, e principalmente, de prescrever em seu bojo os direitos e garantias fundamentais dos cidadãos. Como regra fundamental e suprema, devem as normas constitucionais possuir destaque no ordenamento jurídico, impondo-se, pela sua importância, a observância pelas demais normas e atos jurídico-políticos.

O objetivo da pesquisa é analisar o sistema jurídico de controle de constitucionalidade das leis e atos normativos do Poder Público nos ordenamentos jurídicos de Portugal e do Brasil, especificamente o sistema difuso-concreto, notadamente avaliando em que medida a abstrativização do julgamento do recurso de inconstitucionalidade direcionado ao Tribunal Constitucional português ou do recurso extraordinário direcionado ao Supremo Tribunal Federal afronta as respectivas constituições.

Este estudo foi fruto de uma metodologia de pesquisa bibliográfica e documental fundamentada na literatura atual do Direito português e brasileiro, no contexto da regulamentação constitucional do controle de constitucionalidade e da consequente abstrativização da decisão dos recursos aos tribunais constitucionais dos respectivos países, quando da análise do controle difuso de constitucionalidade. A amostragem literária tem por base a literatura, mediante estudo de doutrina específica relacionada ao controle de constitucionalidade e jurisprudência. Foi realizada uma pesquisa em bibliotecas on-line, bibliotecas físicas, artigos publicados em periódicos, dissertações e teses de doutorado acessados do repositório da Universidade Autónoma de Lisboa. Toda a informação recolhida foi tratada pelo método de fichamento.

Neste contexto, mostra-se relevante o estudo dos sistemas de controle de constitucionalidade, que nada mais são do que sistemas ou modelos adotados pelos Estados para proceder à análise de conformidade dos atos emanados com a Constituição adotada. Daí a importância de se estudar o controle de constitucionalidade, ante a sua relevância jurídica para os ordenamentos jurídicos dos Estados e das sociedades, principalmente quando se analisa o sistema de controle judicial na modalidade difusa ou concreta.

Para atingir o objetivo proposto, mostraram-se necessárias a investigação e a conceituação do controle judicial de constitucionalidade, abordando a sua evolução e a natureza jurídica, o que foi objeto do primeiro capítulo. O segundo capítulo tratou da investigação do controle de constitucionalidade em Portugal e no Brasil, sendo abordado o conceito e a evolução histórica dos sistemas de controle de constitucionalidade nos respectivos países. O terceiro capítulo trabalhou com a análise do recurso de inconstitucionalidade para o Tribunal Constitucional e de seus efeitos no âmbito do controle concreto de constitucionalidade. Por fim, o quarto capítulo investigou a questão da abstrativização do controle concreto de constitucionalidade no Brasil e em Portugal, quando do julgamento do recurso contra a decisão de inconstitucionalidade no caso concreto.

## ANÁLISE SOBRE O CONTROLE JUDICIAL DE

**1**

## CONSTITUCIONALIDADE

### 1.1 Histórico

Uma das formas de compreensão de todo e qualquer instituto jurídico perpassa a análise de seu elemento histórico. Assim, faz-se necessário o estudo, ainda que breve, do histórico do surgimento do controle judicial da constitucionalidade das leis e dos atos do poder público.

Entende-se o controle de constitucionalidade como o meio ou o processo que permite a análise da constitucionalidade ou conformidade da lei, do ato normativo, ou mesmo, em alguns países como o Brasil, do ato administrativo com a Constituição, sendo essa o conjunto de normas e princípios que sistematizam e incidem sobre a unidade jurídica e política estadual[[1]](#footnote-2).

Significa dizer que será analisado se o ato, ou a lei, está em conformidade com os preceitos fundamentais esculpidos na Constituição de um país, que nada mais é do que a sua Lei Fundamental. Neste contexto, verificar-se-á se o ato não apresenta qualquer vício que possa ofender a referida Lei, levando-o à invalidade. Está-se diante de uma relação entre constitucionalidade e inconstitucionalidade, relação esta que se estabelece entre a Constituição e um comportamento, o qual pode, ou não, se encontrar em conformidade com ela e ter nela seu embasamento[[2]](#footnote-3). O controle de constitucionalidade é uma estrutura criada para indagar a conformidade dos atos do poder públicos com a Constituição, de modo que se possa aplicar as consequências jurídicas na hipótese de contradição.

A instituição de um controle específico dos atos jurídico-públicos está aliada à importância que a Constituição possui para um Estado ou nação, pois as normas constitucionais, para além de estruturarem o Estado, garantem aos cidadãos de um Estado os seus direitos fundamentais. Disso trata o conceito material de Constituição, que nas palavras de Gilmar Mendes e de Paulo Gustavo, significa todas aquelas normas que são essenciais para reger as relações dentro de uma comunidade, abrangendo as normas de organização do Estado, de sua estrutura, poder e as normas que garantem as liberdades individuais frente à atuação do próprio Estado[[3]](#footnote-4).

Nesse sentido, surge o problema de se questionar quais atos podem ser objeto de análise e comparação da conformidade com a Constituição. Partindo da premissa de que a norma constitucional é uma norma fundamental, que, além de prever a organização do Estado, prescreve os direitos e as garantias fundamentais, seria o caso de se admitir a análise de conformidade de todo e qualquer ato relevante para os cidadãos e um país[[4]](#footnote-5).

Jorge Miranda, em sua doutrina, ensina que o conceito de ato, a ser avaliado no controle de constitucionalidade, deve ser o mais amplo possível, abrangendo desde um comportamento do Estado, enquanto órgão do poder político, até os atos ou comportamentos de tais órgãos no exercício de suas atribuições próprias e, como tais, sujeitas ao regramento de Direito Público. Devem ser também objeto de análise não só as ações, mas os comportamentos omissos do Estado. O constitucionalista mencionado defende não só a conformidade das normas infraconstitucionais, como também o controle de constitucionalidade das normas constitucionais inseridas posteriormente, quando dos processos de revisão ou modificação da Constituição[[5]](#footnote-6). Encerra defendendo que não importa o conteúdo do comportamento, normativo ou não normativo, geral ou individual, abstrato ou concreto, desde que seja um comportamento que se identifique com um ato normativo ou a omissão de ato normativo, que consiste na não produção de uma norma constitucionalmente exigida ou de um comportamento que se identifique com um ato normativo[[6]](#footnote-7).

Historicamente, a doutrina tende a considerar que o surgimento do sistema de controle de constitucionalidade, nos moldes como hoje ele é conceituado, com raiz jurisdicional, tenha se dado nos Estados Unidos. No entanto, o estudo comparado das constituições considera que, resguardando a originalidade e autonomia do sistema de controle judicial norte-americano, este tenha se fundamentado em alguns antecedentes britânicos[[7]](#footnote-8), pois, quando do julgamento do caso Bonham, discutido em 1610, o juiz *sir* Edward Coke analisou que as normas consuetudinárias advindas da *Commom law* aplicada pelos tribunais constituíam uma espécie de lei suprema e, assim, atuavam como uma lei fundamental, agrupando as ideias elementares sobre a organização do poder e sobre os direitos dos súditos, numa nítida referência ao que modernamente ficou conhecido como Constituição sob o ponto de vista material ou substancial[[8]](#footnote-9).

Como todo e qualquer instituto jurídico, o controle de constitucionalidade das leis e dos atos do poder público não nasce pronto e acabado, nem é consequência de uma ação extraordinária de um só indivíduo[[9]](#footnote-10). Ao contrário, ele foi o resultado de um gradual processo de maturação que ocorreu ao longo de séculos de história[[10]](#footnote-11), conforme se demonstrará.

Há quem defenda, com fundamento no caso emblemático julgado nos Estados Unidos em 1803 (o caso Marbury vs. Madison), que o instituto do controle jurisdicional da constitucionalidade das leis e dos atos do poder público tenha surgido em terras do continente americano. Tanto é assim que James A. C. Grant, famoso constitucionalista americano, em um estudo publicado em 1963, na Faculdade de Direito da Universidade Nacional Autônoma do México, defendeu que o controle judicial da constitucionalidade das leis era uma grande contribuição das Américas para a ciência política[[11]](#footnote-12), fazendo uma alusão ao caso de expressão julgado pelo *Chief Justice* Marshall. Porém, Francisco Diego Moreira Batista defende que a aplicação de uma forma de controle da constitucionalidade tem uma origem muito anterior ao *Judicial Review* norte-americano[[12]](#footnote-13).

Em doutrina, para demonstrar a relevância do julgamento do caso Marbury vs. Madison ocorrido nos EUA, são ressaltadas, em várias passagens, a questão da supremacia da Constituição e o poder-dever que os juízes e os tribunais possuem de não aplicarem as leis contrárias à Constituição[[13]](#footnote-14). No entanto, na mesma doutrina, Cappelletti sustenta que esse processo de origem do controle da constitucionalidade remonta ao período da Antiguidade Clássica, ainda que não conformado a uma espécie de supremacia da Constituição, mas estando presente uma classe de supremacia de uma dada lei ou de um dado corpo de leis, o que o mesmo autor define, na doutrina moderna, como leis constitucionais ou fundamentais em relação às leis por ele denominadas de ordinárias[[14]](#footnote-15).

Francisco Diego Moreira Batista defende que a previsão inicial do controle de constitucionalidade não veio com a Constituição norte-americana, com os estudos de Alexander Hamilton nos *Federalists Papers* ou por ocasião do célebre julgamento do caso Marbury vs. Madison. O autor defende que o controle da constitucionalidade remonta a períodos históricos anteriores e possui precedentes de grande relevância[[15]](#footnote-16), fazendo alusão aos antecedentes históricos como os da Grécia Antiga e da Idade Média.

Segundo Cunha Júnior, na civilização ateniense já se distinguia os *nómoi* e o *pséfima*, sendo que o primeiro é o que hodiernamente chamamos de leis constitucionais e representavam as disposições de organização do Estado. Estas somente podiam ser alteradas por um procedimento específico, assim como as atuais Constituições rígidas. Já o *pséfima* corresponde ao que hoje denominamos de leis ordinárias e que necessariamente, independente do seu conteúdo, devem se conformar com os *nómoi*. O autor ainda preleciona que o desacerto entre as normas se resolvia a favor dos *nómoi*, em decorrência da sua reconhecida superioridade. Ressalta, por fim, que os juízes atenienses estavam obrigados a decidir conforme os *nómoi* e o *pséfima*, mas tal obrigação era excluída quando o *pséfima* se encontrava em contradição aos *nómoi*[[16]](#footnote-17).

Na Idade Média há, também, a evidência sobre a existência de um precedente histórico de jurisdição constitucional. Segundo Cunha Júnior, tal precedente advém da concepção que, naquela época, tinha-se do Direito e da Justiça, posto que o direito natural ocupava um patamar proeminente no entendimento do Direito, reconhecendo-lhe o *status* de norma superior e divina, da qual todas as demais normas deveriam derivar, do contrário, corriam o risco de serem consideradas nulas[[17]](#footnote-18). Nessa época, o direito natural tinha um lugar de proeminência e, era, portanto, considerado norma divina, de origem superior, de modo que todas as demais lhe deviam respeito. Assim, um ato estatal, que fosse estabelecido de modo a contrariar uma norma posta por um direito natural, era nulo, estando os juízes obrigados a assim reconhecerem e declararem. Nesse sentido, Francisco Batista ressalta a distinção entre o *jus naturale*, uma espécie de norma superior inderrogável, e o *jus positum*, a norma inferior positivada, chamada de direito positivo, e que diante da supremacia do direito natural que não poderia conter violação ao *jus naturale*). Conclui o autor haver, então, uma semelhança com o atual controle de constitucionalidade, na medida em que há a superioridade do direito natural e a necessidade de conformidade do direito positivo com ele, nos moldes da atual sistemática da relação de supremacia da Constituição com o direito infraconstitucional[[18]](#footnote-19).

Os precedentes históricos demonstram que ainda que não se estivesse diante de sistemas jurídicos baseados em leis formais e Constituições escritas e supremas, como veio a ocorrer a partir do final do século XVII e início do século XVIII, na Antiguidade Clássica e na Idade Média, algumas normas, ainda que não jurídicas, eram classificadas como superiores a outras. E, como tais, as normas inferiores lhes deviam obediência, assim como ocorre nos dias atuais, com as Constituições modernas que são supremas e se impõem a todos.

Outro precedente histórico relevante e que influenciou o surgimento da *judicial review* norte-americana foi o antecedente inglês da supremacia do precedente[[19]](#footnote-20). Neste contexto, na Inglaterra da primeira metade do século XVII, Edward Coke defendia a superioridade da *Common Law,* em detrimento das leis criadas pelo Rei e pelo Parlamento inglês. Defendia Coke que a referida supremacia deveria ser garantida pelos juízes, já que eles exerciam uma autoridade de árbitro entre o Rei e a Nação. Os juízes, então, deveriam controlar a legitimidade das leis votadas pelo Parlamento, negando aplicação àquelas contrárias à *common law[[20]](#footnote-21)*. Lenio Streck evidencia que a importância da sentença do caso Bonham está no fato de ser outro precedente histórico do moderno controle de constitucionalidade, na medida em que o juiz Coke afirmou na decisão ser a *common law* superior às leis editadas pelo Parlamento. Assim, as leis do Parlamento teriam validade formal, mas haveria validade material ou substancial somente quando em conformidade com o direito e com a razão comum, característica do *common law*[[21]](#footnote-22).

A partir da decisão supracitada, os atos do Parlamento eram controlados pelos juízes, e aqueles atos que contrariassem a superioridade da *common law* deveriam ser anulados pelo Poder Judiciário[[22]](#footnote-23).

Embora tenha sido a Inglaterra um grande precedente do movimento do constitucionalismo moderno e do controle de constitucionalidade, é fato que, após a Revolução Gloriosa de 1688, houve uma mudança de paradigma: de um sistema de supremacia do Poder Judiciário, passou-se a uma supremacia do Poder Legislativo[[23]](#footnote-24). Neste contexto, a Constituição inglesa, de caráter histórico, passou a descansar e ser protegida pela soberania ilimitada do Parlamento. Cunha Júnior defende que foi exatamente após a Revolução Gloriosa que foi aclamada a supremacia do Parlamento em detrimento do Poder Judiciário, afastando as ideias de Coke, de modo que a *Common Law* não estaria protegida e garantida pelos juízes e, assim, afastando a Inglaterra do controle jurisdicional de constitucionalidade[[24]](#footnote-25).

Situação parecida com a dos ingleses ocorreu na França, a qual, conforme veremos, influenciou, sobremaneira, o seu sistema de controle de constitucionalidade das normas. Na França, o constitucionalismo moderno teve como ponto de origem a histórica Revolução de 1789, que representou de fato o rompimento com o Antigo Regime de governo francês, propiciando a formação, sob o ideário iluminista de igualdade, liberdade e fraternidade, de um novo Estado e de uma nova sociedade[[25]](#footnote-26). Sob o novo governo, surgiu na França uma nova Constituição, escrita nos moldes do ideário do constitucionalismo moderno, mas cujo protagonismo estava nas mãos do Parlamento, o que foi determinante para a configuração do controle de constitucionalidade a ser criado posteriormente naquele país.

É notório, então, que o conceito de controle de constitucionalidade, por se relacionar intimamente com o conceito de Constituição, depende da trajetória do movimento do constitucionalismo que cada país passou e desenvolveu. Naqueles países que têm um constitucionalismo de viés norte-americano, a tendência é a criação de um controle de matriz jurisdicional, tal como criado nos EUA. Por outro lado, há aqueles países em que o constitucionalismo já partia da supremacia da Constituição e de uma rígida separação de poderes, de um controle concentrado num Tribunal Constitucional, como é o caso do sistema austríaco, também baseado numa doutrina de supremacia da Constituição.

Hipóteses diametralmente opostas são daqueles países cujos movimentos do constitucionalismo se basearam nas agitações da França e da Inglaterra. No primeiro caso, ainda que existindo uma Constituição escrita que organizava o Estado, limitando o poder e garantindo direitos fundamentais, esta não era considerada uma norma suprema, pois havia um movimento de valorização das leis e dos atos do Parlamento e que, somado a uma enorme desconfiança dos franceses em relação ao Poder Judiciário, originou o controle político de constitucionalidade das leis, controle que era realizado, diferentemente dos EUA, por um órgão fora da estrutura do Poder Judiciário. No segundo caso, os ingleses, embora tenham sido os precursores dos ideais do constitucionalismo moderno, não possuem Constituição escrita e rígida. Em um primeiro momento, assim como na França, atribuiu-se a supremacia ao Parlamento ao invés da Constituição, já que, na Inglaterra, foi desenvolvido o princípio constitucional de soberania parlamentar, tornando possível que o Poder Legislativo editasse quaisquer normas e leis cujo conteúdo lhe aprouvesse, sem que houvesse possibilidade de invalidação das suas decisões por outro órgão. Assim, a Inglaterra não possui um sistema de controle de constitucionalidade, pois não possui uma Constituição rígida nem suprema.

Contudo, há na Inglaterra uma tendência recente de modificação desse modelo de soberania do Parlamento, notadamente em matéria de direitos fundamentais, tendo sido aprovado, em 1998, o *Human Rights.* Além de codificar toda a parte dogmática da Constituição inglesa[[26]](#footnote-27), o *Human Rights* permitiu que o Judiciário britânico afirmasse incompatibilidade entre as normas formuladas pelo Legislativo e os direitos mencionados naquele regulamento[[27]](#footnote-28). Essa mesma linha de raciocínio foi adotada por ocasião da edição do *Constitucional Reform Act* de 2005, que previu a criação da Suprema Corte do Reino Unido.

Como se observou acima, o movimento do constitucionalismo moderno pode ser pensado a partir do movimento Iluminista do final do século XVII e início do século XVIII, concretizando-se a partir da Independência dos EUA, ocorrida em 1776, e da Revolução Francesa de 1789. Esse processo evidenciou vários modelos de Constituição e, como consequência, vários modelos de controle de constitucionalidade, pois, conforme veremos na sequência, cada modelo de controle está relacionado à importância que a Constituição exerce no ordenamento do Estado.

### 1.2 Conceito

Um dos pilares do constitucionalismo moderno, reconhecido pela decisão do emblemático caso Marbury vs. Madison, é a supremacia da Constituição. De acordo com Cunha Júnior, isso significa que as normas pertencentes à Constituição possuem supremacia diante das demais normas jurídicas, de modo que estas devem se conformar às primeiras[[28]](#footnote-29).

Diante da função de proteção da supremacia da Constituição, o controle de constitucionalidade possui extrema relevância nos ordenamentos jurídicos e tal processo está efetivamente previsto na própria Constituição do Estado, o que revela a importância conferida ao controle de constitucionalidade na função de preservar a supremacia da Constituição e da unicidade do ordenamento jurídico estatal.

Assim, quem define o processo de constitucionalidade é a própria Constituição do Estado, tratando do controle em normas específicas, que delimitam de forma explícita e criteriosa todo o procedimento, como, por exemplo, quem será o legitimado ativo a propor a ação abstrata de inconstitucionalidade, quais serão os efeitos dessa decisão e, até mesmo, suas especificidades.

Neste sentido, partindo da ideia de que a Constituição é dotada de uma superioridade jurídica com relação às demais normas do ordenamento jurídico estatal, nenhum ato jurídico com ela incompatível permanecerá válido na ordem jurídica estatal[[29]](#footnote-30). Isso porque o referido princípio da supremacia confere às normas constitucionais um *status* de superioridade hierárquica em relação às demais normas que compõem o ordenamento, pelo reconhecimento de que a Constituição está no topo da pirâmide representativa do ordenamento jurídico. Assim, na teoria criada por Hans Kelsen, a Constituição é a norma superior e o fundamento de validade para todas as outras normas, isto é, todos os demais diplomas normativos devem guardar relação de compatibilidade ou pertinência com a Constituição, sob pena de nulidade[[30]](#footnote-31).

Kelsen, em sua Teria Pura do Direito, já defendia que a norma fundamental, que aqui pode ser equiparada à Constituição, é o fundamento de validade de todas as demais normas que pertencem a uma mesma ordem normativa[[31]](#footnote-32). Fernando Amaral, na mesma linha de pensamento de Kelsen, defende que da supremacia da Constituição é possível extrair a autoridade do Estado, e que é nessa supremacia das normas constitucionais que se encontram os fundamentos de validade dos poderes estatais que serão exercidos com fundamento em tais normas. Ele conclui que diante dessa supremacia e da relação entre ela e os poderes, todo o ordenamento jurídico do Estado só será considerado válido estando em consonância com a Constituição[[32]](#footnote-33).

No mesmo sentido é a defesa de Alexandre de Moraes, que sustenta a existência de uma hierarquia normativa como fundamental para a supremacia constitucional, uma vez que a Constituição fornece ao legislador o conteúdo e a maneira correta de elaboração das legislações[[33]](#footnote-34).

O controle de constitucionalidade pode ser conceituado como um mecanismo de verificação de conformidade dos atos jurídicos-públicos com a Constituição de um Estado. Segundo a doutrina Jorge Gouveia Bacelar, trata-se de fiscalizar a constitucionalidade dos atos do poder público por meio de mecanismos que verificam a conformidade desses atos com a Constituição e tomam as medidas cabíveis ao serem descobertos casos de conflito constitucional[[34]](#footnote-35).

Dessa maneira, podemos entender o controle de constitucionalidade pela simples verificação da concordância ou ajustamento entre a Constituição e um ato jurídico (sejam atos normativos ou leis), no que tange à formalidade e à materialidade dessa norma, garantindo, assim, a supremacia à Constituição. Não há, na doutrina, maiores questionamentos, havendo, de certa forma, uma concordância com o conceito.

O controle de constitucionalidade é, assim, um instrumento jurídico de garantia dessa supremacia da Constituição, posto que a compatibilização dos demais atos normativos estatais com a Constituição se dá por meio do controle de constitucionalidade, que é delineado no próprio texto constitucional[[35]](#footnote-36).

O controle de constitucionalidade pode ser conceituado como uma fiscalização da consonância ou ajustamento da lei ou do ato do poder público com as normas constitucionais[[36]](#footnote-37), de modo a proteger a supremacia da Constituição e de seus princípios. Desse modo, advém do reconhecimento da supremacia da Constituição e da já mencionada vinculação dos poderes estatais a essas normas supremas a discussão sobre como proceder a defesa de tais normas, o que leva invariavelmente à instituição de um controle de constitucionalidade dos atos do Poder Público, que este tem a sua atuação vinculada à supremacia da Constituição[[37]](#footnote-38).

Controlar a constitucionalidade de uma lei ou ato do poder público não é nada mais do que verificar a compatibilidade desses elementos com a Constituição, enquanto parâmetro de validade do ordenamento jurídico, examinando os requisitos formais e materiais impostos pela própria Constituição para a existência do ato em exame[[38]](#footnote-39).

A doutrina do controle de constitucionalidade também tem se apresentado como um meio de consolidação de direitos fundamentais, tanto materiais quanto processuais, previstos na Constituição[[39]](#footnote-40). Assim, o controle de constitucionalidade, para além da defesa da Constituição, por meio da sua supremacia, tem sido um meio eficaz de proteção dos direitos fundamentais[[40]](#footnote-41).

Na prática, havendo dúvida sobre a adequação de uma norma ou ato público com a Constituição, deve-se promover o controle de constitucionalidade, operação de confronto entre a norma duvidosa com o parâmetro de análise, que é a Constituição – princípio da supremacia constitucional. Assim, constatada a lesão ou afronta à Constituição, a norma ordinária precisa ser declarada contrária e lesiva à norma superior – portanto, inconstitucional –, devendo ser invalidada. Garante-se, desse modo, a supremacia da Constituição[[41]](#footnote-42).

Diz-se que a Constituição é o parâmetro de análise do controle de constitucionalidade porque ela é a norma superior do ordenamento do Estado e serve, portanto, como parâmetro de validade desse mesmo ordenamento. Assim, a inconstitucionalidade consiste no demérito jurídico mais sério no ordenamento jurídico, uma vez que o ato inconstitucional interfere no princípio superior da ordem jurídica, não podendo ser válido. Assim, segundo Vaz, a legitimidade das leis depende da sua consonância com a Constituição[[42]](#footnote-43). Nesses termos, uma norma inconstitucional é uma norma desconforme com a Constituição.

### 1.3 Natureza jurídica

A natureza jurídica do controle da constitucionalidade das normas ou dos atos do Poder Público está intimamente ligada ao seu conceito, tratando-se de uma atividade estatal, pois é desenvolvida pelo próprio Estado por meio de um de seus órgãos – sejam aqueles criados especialmente para isso, como acontece no Tribunal Constitucional no sistema austríaco de controle ou como é o caso das Supremas Cortes no sistema difuso norte-americano.

### 1.4 Sistemas de controle de constitucionalidade

Como o constitucionalismo moderno se desenvolveu de modo diverso pelos vários continentes e países, têm-se, consequentemente, vários tipos de constitucionalismo distintos, com conceitos e aplicabilidades da Constituição diversos. E, como tal, há diferentes modelos de controle de constitucionalidade, visto que este está intimamente ligado ao conceito de Constituição. Canotilho, quanto ao tema, menciona a existência de um movimento “constitucionalizador” em referência ao movimento que culminou com as primeiras Constituições escritas. Defende o autor que tal movimento se deu de modo não linear nos diferentes países como consequência e influência de determinados momentos históricos vivenciados pelos mais diferentes países, que culminam, na visão do autor, em diferentes formas de estados[[43]](#footnote-44).

Neste contexto histórico é relevante a experiência inglesa que, embora não seja adepta de um sistema constitucional de constituição escrita, foi a precursora do movimento do constitucionalismo moderno. As fortes tensões entre a Coroa e o Parlamento Inglês, ocorridas no século XVII, foram determinantes para a ocorrência da Revolução Gloriosa, que marcou o princípio da supremacia política do Parlamento, característico do constitucionalismo inglês[[44]](#footnote-45). Ainda neste cenário político de afirmação da supremacia do Parlamento em relação à Coroa, foram editados a *Petition of Rights*, de 1628, o *Habeas Corpus Act*, de 1679, e o *Bill of Rights*, de 1689, os quais, além de limitarem o poder da Coroa ao transferi-lo ao Parlamento, garantiram importantes liberdades aos cidadãos ingleses[[45]](#footnote-46).

A adoção desse sistema de constitucionalismo com a supremacia do Parlamento trouxe consequências para o conceito de Constituição, já que não há uma Constituição escrita, mas uma noção de constitucionalismo inglês que diz respeito ao acatamento de tradições constitucionais[[46]](#footnote-47). Daniel Sarmento e Cláudio Pereira mencionam o caso da Grã-Bretanha que, mesmo frente à inexistência de uma Constituição escrita e formal, trabalha com a ideia de supremacia e autoridade do direito constitucional com fundamento não em uma Constituição, mas nos textos legais esparsos, cujo conteúdo se equipara ao material às normas constitucionais formais e, também, das convenções constituições e, principalmente, da autoridade da *common law*[[47]](#footnote-48).

Assim como o modelo inglês, outro modelo de constitucionalismo peculiar foi o modelo francês, que teve como marco inicial a Revolução Francesa de 1789. A similitude está em que, também no sistema constitucional francês, o protagonismo do processo constitucional é do Poder Legislativo que, no exercício da soberania, é reconhecido como um garantidor mais confiável dos direitos do que o Poder Judiciário[[48]](#footnote-49).

Nesse contexto histórico, havia, na França, uma grande desconfiança dos juízes. Os franceses consideravam o Poder Judiciário uma instituição corrompida e associada ao Antigo Regime. Essa desconfiança era exacerbada pela influência do pensamento de Rousseau, representado na vontade geral do povo[[49]](#footnote-50).

Devido aos vários movimentos do constitucionalismo moderno, surgidos ao longo do final do século XVII e início do século XVIII, surgiram vários conceitos de Constituição que determinaram sua importância dentro dos ordenamentos jurídicos, surgindo também vários e distintos sistemas e formatos de controles de constitucionalidade das leis e atos normativos, tratados na sequência.

#### 1.4.1 Modelo Americano

O controle americano, também chamado de controle jurisdicional da constitucionalidade ou sistema difuso de controle da constitucionalidade das leis e dos atos públicos, tem como origem a orientação fixada no “*leading case Marbury v. Madison*”,julgado pela Suprema Corte Americana em 1803[[50]](#footnote-51).

Esse caso notório tratava da recusa dos republicanos do governo Jefferson, iniciado em 1800, em empossar modestos juízes de paz, nomeados pelos federalistas no final do governo Adams. Entre os prejudicados, figuravam Marbury e mais três companheiros, que recorreram à Suprema Corte, em 1801, pleiteando um mandado de segurança contra o secretário Madison, para empossá-los nos cargos.

Marshall, presidente da Suprema Corte norte-americana, admitiu a justiça da pretensão se valendo de uma habilidosa estratégia. Ao mesmo tempo em que reconheceu o direito de Marbury e de seus colegas, denegou a ordem, pois reconheceu a incompetência da Corte para o julgamento de deferimento da ordem requerida. Assim, foi desenvolvida a doutrina da *judicial review of legislation* de Marshall, que reconheceu a inconstitucionalidade de dispositivo de lei que atribuía à Suprema Corte competência para julgar ações de tal espécie[[51]](#footnote-52). A Suprema Corte decidiu por considerar inconstitucional – portanto, incompatível com a Constituição – o artigo 13 da Lei de 1789, utilizado por Marbury e seus colegas como fundamento para o *writ of mandamus*. Cunha Júnior ilustra que Marshall e seus pares consideraram, na decisão mencionada, que a alçada da *Supreme Court* estava categoricamente disposta na Constituição, de modo que ela não poderia ser alvo de ampliação legal[[52]](#footnote-53).

Pelos seus contornos próprios, ainda que aliados a aspectos políticos, a tomada de decisão pela Suprema Corte americana, no caso acima, é considerada como o verdadeiro momento exordial do sistema americano de controle judicial de constitucionalidade, visto que se fundou nas premissas de que a Constituição é superior a qualquer norma – princípio da supremacia da Constituição – e que a lei contrária à Constituição deveria ser, desde então, declarada inválida por inconstitucionalidade[[53]](#footnote-54).

Não se nega a relevância do controle jurisdicional da constitucionalidade das normas, cuja origem advém da decisão do caso Marbury vs. Madison, já que a pedra fundamental da noção de justiça constitucional é nobre, englobando a superioridade da Constituição e a garantia dessa supremacia através do controle de normas infraconstitucionais[[54]](#footnote-55). No entanto, é notório que a sua implementação nos EUA, também a partir do mesmo *leading case*, obedeceu claramente a exigências de natureza predominantemente política[[55]](#footnote-56).

No contexto da doutrina portuguesa, Maria Benedita Urbano defende que, para além do citado caso Marbury vs. Madison, julgado em 1803, é impossível não correlacionar o nascimento e o desenvolvimento dos casos de controle da constitucionalidade com seus respectivos contextos políticos[[56]](#footnote-57). Segundo ela, outro exemplo de decisão política tomada no controle de constitucionalidade teria sido, já no princípio do século XX, sobretudo após a crise de 1929, no âmbito da aplicação do *New Deal,* durante o governo do Presidente Roosevelt[[57]](#footnote-58): “assim, com a sua decisão em *Marbury v. Madison*,Marshall quis sobretudo eximir-se de tomar uma decisão difícil sobre o destino do federalismo nos EUA” [[58]](#footnote-59), já que Marshall era um federalista e tinha sido secretário do ex-presidente Adams.

A decisão de Marshall representou, então, a consagração da supremacia da Constituição diante de todas as demais normas jurídicas[[59]](#footnote-60). A referida supremacia já estava prevista no artigo VI, cláusula 2º (*supremacy clause*), da Constituição norte-americana de 1787, que consagrava a supremacia de suas normas, ao prever que a Constituição era o direito soberano da nação e ao “vincular” os juízes de todos os Estados-membros, que lhe deveriam obediência, ainda que a Constituição ou as leis de algum Estado dispusessem em contrário[[60]](#footnote-61).

Outra significação importante da decisão de Marshall foi a consagração do poder e dever do juiz de negar aplicação às leis contrárias à Constituição[[61]](#footnote-62). Talvez esta seja a grande característica diferenciadora do sistema de controle norte-americano. A Suprema Corte norte-americana considerou que a interpretação das leis e atos do poder público é uma atribuição característica dos juízes e que a lei constitucional deveria ser considerada em sua supremacia, de modo que, em caso de divergência entre duas leis, caberia ao juiz aplicar a lei constitucional e rejeitar a outra[[62]](#footnote-63).

Nesse contexto de ideias, o modelo de controle então surgido consolidou-se com a possibilidade de qualquer juiz ou tribunal declarar a inconstitucionalidade das leis e dos atos do poder público que estivessem em contraste com a Constituição. Possibilitou-se, assim, que não só a Suprema Corte, mas todo e qualquer juiz ou tribunal ordinário que tivesse sob julgamento uma norma ou uma lei contrária à Constituição, deixasse de aplicá-la àquele caso. Por isso, afirma-se que o controle é difuso[[63]](#footnote-64). Por outro lado, a questão do controle de constitucionalidade restou circunscrita aos casos concretos submetidos a julgamento e, mesmo assim, desde que o tema da inconstitucionalidade da norma seja absolutamente necessário para a resolução da questão *sub judice*, ostentando, neste particular, caráter prejudicial. Diz-se, por isso, que o controle é também incidental[[64]](#footnote-65).

Lenio Streck afirma existir uma fase mais ativista da Suprema Corte norte-americana no sentido de decisões que consolidam a doutrina da interpretação da Constituição pelo Poder Judiciário, fase que coincidiu com decisões no mesmo sentido de outros tribunais norte-americanos. Esse fato é evidenciado pelo autor como característica peculiar do sistema americano de controle difuso de constitucionalidade vigente no país desde sempre, em que qualquer juiz ou tribunal possui a atribuição de verificar a conformidade dos atos do poder público com a Constituição, não sendo tal competência uma exclusividade da Suprema Corte, que possui em regra a competência de funcionar como órgão recursal final[[65]](#footnote-66).

Já no que se refere aos efeitos da decisão, o sistema americano ou difuso de controle de constitucionalidade perfilha da concepção de que a lei declarada inconstitucional, porque é contra a Constituição, é absolutamente nula, sem efeito. Nesse sistema, o juiz não anula, mas declara simplesmente uma preexistente nulidade da lei inconstitucional, de forma que sua decisão opera, em princípio, efeitos *ex tunc*, pois procede a um mero acertamento de uma preexistente nulidade absoluta. Para além de produzir efeito meramente declaratório e de nulidade, a decisão no sistema americano, como consequência de sua característica, gera uma eficácia tão somente para o caso concreto para o qual o controle de constitucionalidade é feito, vinculando só as partes que compõem a relação jurídico-processual, de modo que a decisão tem efeitos exclusivamente inter partes, limitada, portanto, ao caso concreto[[66]](#footnote-67).

No entanto, dentro do sistema norte-americano da *judicial review* há a possibilidade de a decisão possuir efeitos *erga omnes*, ou seja, ser oponível e vinculativa contra todos, caso a decisão seja tomada pela Corte Constitucional, quando da realização do controle difuso de constitucionalidade. Nesse caso, é declarada a nulidade da norma, o que possui efeito vinculante, vinculando todos os juízes e tribunais inferiores[[67]](#footnote-68). Assim, deve-se diferenciar duas ordens dos efeitos da decisão que reconhece a inconstitucionalidade de uma norma no sistema norte-americano: uma, quanto à extensão subjetiva dos seus efeitos, e outra, quanto à retroatividade da nulidade da norma. Quanto à primeira ordem, em regra, a decisão proferida nesse tipo de controle difuso tem efeito exclusivamente inter partes, exceto quando o caso chega até a *Supreme Court* e esta decide pela inconstitucionalidade da norma, ocasião em que, diante do princípio do *stare decisis* ou da força dos precedentes, a decisão gera efeito *erga omnes* ou contra todos[[68]](#footnote-69).

O sistema norte-americano de controle de constitucionalidade é democrático na medida em que todo e qualquer juiz ou tribunal pode conhecer e julgar sobre a inconstitucionalidade de uma norma. Assim, Cunha Júnior evidencia a importância que as decisões da Suprema Corte possuem, posto que são elas determinantes na preservação da hegemonia do controle judicial da *judicial review*. Isso se dá em decorrência do princípio do *stare decisis*, que importa na atribuição de eficácia vinculante das decisões da Suprema Corte ou da força dos seus precedentes, de modo que as decisões da *Supreme Court* produzem eficácia contra todos e vinculam os demais juízes e tribunais, garantindo a unidade e hegemonia do sistema[[69]](#footnote-70).

O princípio do *stare decisis* tem uma função de extrema relevância no âmbito do sistema de controle difuso norte-americano, pois abstrativiza os efeitos concretos e inter partes da decisão de inconstitucionalidade tomada no controle de conformidade de uma lei ou ato normativo. Provoca, então, uma transformação em pronunciamento com eficácia *erga omnes* do que antes seria uma *cognition incidentalis* de inconstitucionalidade limitada ao caso concreto[[70]](#footnote-71).

A segunda ordem de efeitos está ligada à retroatividade da declaração de inconstitucionalidade, pois, no sistema difuso, a lei que diverge da Constituição, antagônica à norma soberana, é considerada definitivamente nula (“*null and void*”) pelo juiz que desempenha o poder de controle. Este não anula, mas simplesmente afirma anulidade preexistente da lei inconstitucional[[71]](#footnote-72). Assim, a decisão que julga a lei no controle de constitucionalidade como contrária à Constituição não é constitutiva, mas declaratória, e declara a sua nulidade desde a sua entrada em vigor, motivo pelo qual a eficácia invalidante deveria se tornar extensiva a todos os atos praticados à sombra da lei inconstitucional, daí o seu efeito *ex tunc[[72]](#footnote-73)*. Assim, a decisão de inconstitucionalidade, no controle difuso, torna-se declaratória, uma vez que a nulidade da norma é anterior à deliberação, e a decisão judicial apenas se atém em admitir a nulidade da norma inconstitucional, cujo problema encontra-se já em sua origem[[73]](#footnote-74).

O modelo da *judicial review* americana foi, sem dúvida alguma, um sistema exemplar para a defesa da supremacia das normas constitucionais e, por isso, da própria Constituição[[74]](#footnote-75), expandindo-se para quase todo o mundo. Este modelo da *judicial review* encontra-se, hoje, incorporado nas Constituições de países como Canadá, Austrália e Índia, que são ex-colônias inglesas, além de países do continente americano, como Brasil e Argentina[[75]](#footnote-76). Maria Benedita Urbano ressalta que também na América Latina, de forma rudimentar, países como México, por meio da Constituição de 1857, a Venezuela, na Constituição de 1858, a Argentina, conforme a Constituição de 1853 (e a revisão de 1860), a Colômbia, na Constituição de 1886, e o Brasil, por disposição da Constituição Republicana de 1891, adotaram o modelo difuso de matriz norte-americano[[76]](#footnote-77).

O modelo existe também no Japão, por força da Constituição nipônica de 03 maio de 1947. Já no continente europeu, ainda que sob influência do sistema austríaco e francês, o sistema americano foi recebido por vários países[[77]](#footnote-78).

Não foi apenas na América Latina que a influência norte-americana se fez sentir, também na Europa continental deu-se a recepção do modelo norte-americano, ainda que com algumas adaptações, como os casos da Suíça, a partir da revisão constitucional de 1874, da Grécia, a partir de 1847, e da Noruega, a partir de 1866[[78]](#footnote-79).

Alemanha e Itália são países cujo modelo de controle adotado é o austríaco, mas que, ainda que de forma breve, tiveram uma experiência de controle do tipo americano. Na Alemanha, essa breve experiência ocorreu na época da Constituição de Weimar. Na Itália, vigorou entre os anos de 1948, data da Constituição italiana, e 1956, na data em que entrou em funcionamento o Tribunal Constitucional, por força do artigo VII, parágrafo 2°, das “Disposições transitórias e finais” da Constituição italiana. Já em Portugal, o modelo jurisdicional, conforme veremos abaixo, foi incluído no ordenamento português por meio da Constituição portuguesa de 1911 (art. 63, por influência da Constituição brasileira de 1891)[[79]](#footnote-80).

Muito embora seja um sistema eficiente de proteção da supremacia da Constituição, há quem, em doutrina, reconheça que o melhor seria a criação de um sistema híbrido que conjugasse aspectos do modelo difuso (norte-americano) e concentrado (austríaco), como é o sistema brasileiro após 1965, em razão da EC n° 16/65 à Constituição de 1946, e hoje vigente por meio de Constituição de 1988[[80]](#footnote-81).

#### 1.4.2 Modelo Austríaco

O modelo em questão possui essa nomenclatura por possuir a sua origem vinculada à Constituição austríaca promulgada em 1° de outubro de 1920. Foi um modelo elaborado a partir de um projeto pensado por Hans Kelsen, a pedido do governo da Áustria[[81]](#footnote-82).

O modelo austríaco, também chamado de kelseniano, diversamente do modelo americano, foi concebido de modo concentrado, em que todo e qualquer conhecimento das questões de constitucionalidade das leis estavam exclusivamente concentradas em um órgão jurisdicional especial, conhecido por Tribunal Constitucional[[82]](#footnote-83).

Kelsen sustentou que o controle da constitucionalidade precisaria ser conferido a um órgão independente dos restantes dos tribunais, uma vez que considerava a existência de um abismo intransponível entre as jurisdições constitucional e ordinária[[83]](#footnote-84). Além disso, outras características bastante peculiares do sistema de controle por ele criado estão relacionadas ao procedimento e aos efeitos da decisão de reconhecimento da inconstitucionalidade da norma, diferenciando-o do sistema norte-americano.

Cunha Júnior ressalta de modo claro as principais diferenças entre os sistemas difuso norte-americano e o austríaco, a iniciar pelo caráter subjetivo do órgão que será o responsável pelo controle, pelo caráter modal relacionado à forma como o controle é realizado e como a questão da constitucionalidade é resolvida e, por fim, pelo caráter funcional relacionado aos efeitos da decisão quanto à lei submetida ao controle, uma vez que no sistema kelseniano a decisão é constitutiva da inconstitucionalidade e, portanto, não retroage, mas possui efeitos *erga omnes*[[84]](#footnote-85).

Sob o ponto de vista do aspecto subjetivo, talvez este seja o principal diferenciador do sistema austríaco ou concentrado: a atribuição para a apreciação da questão da constitucionalidade de uma norma cabe, exclusivamente, ao Tribunal Constitucional, posto que os demais juízes e tribunais estão impedidos de apreciarem tais questões. O modelo austríaco concentra o controle de constitucionalidade no Tribunal Constitucional, único órgão capaz de afirmar a inconstitucionalidade de um ato ou uma lei, impedindo os demais juízes e tribunais de julgarem esses casos e criando um monopólio de constitucionalidade das leis[[85]](#footnote-86).

Foi um sistema bastante expressivo no continente europeu, a exemplo de países como a Itália, a partir da Constituição vigente de 1° de janeiro 1948, onde o sistema austríaco se encontra em funcionamento desde 1956, a Alemanha, que o implementou a partir da Constituição de Bonn de 1949, a Turquia, pela Constituição republicana de 1961, a Grécia, em 1975, a Espanha, pela Constituição de 1978, a Bélgica, em 1984, dentre outros[[86]](#footnote-87).

Com relação ao aspecto modal, este é outro peculiar diferencial com relação ao sistema de controle difuso norte-americano, pois, quanto ao modo ou à forma como as questões de constitucionalidade das leis podem ser suscitadas ou arguidas perante os juízes ou tribunais competentes, no sistema austríaco, o controle se exerce em via principal e não em via incidental, como nos EUA[[87]](#footnote-88). No sistema austríaco, a jurisdição constitucional somente pode ser acionada para analisar de conformidade do ato normativo com a Constituição mediante a propositura de uma ação especial junto ao Tribunal Constitucional. Assim, o controle é realizado em sede e ação direta e principal, já que o objeto principal da ação é a inconstitucionalidade da norma. Assim, sustenta Cunha Júnior a vedação aos demais juízes de tribunais de atribuição para analisarem a constitucionalidade da norma, visto que eles não podem deixar de aplicar as normas inconstitucionais como ocorre na *judicial review* norte-americana, nem mesmo podem requerer à Corte Constitucional que ela própria o fizesse[[88]](#footnote-89).

Para corrigir uma inadequação de legitimidade no sistema austríaco, em 1929, foi promovida uma Emenda na Constituição austríaca de 1920, ocasião em que foi ampliado o rol de legitimados a provocar a jurisdição constitucional concentrada do Tribunal Constitucional. Na ocasião, foi dada aos órgãos judiciários ordinários legitimidade para questionarem junto ao Tribunal Constitucional, mediante a via incidental, ou seja, em sede de uma controvérsia ou de uma ação comum (civil, penal ou administrativa) em curso perante eles mesmos, e para essa solução seria necessária e relevante a apreciação da constitucionalidade de uma lei. Assim, a única diferença entre a legitimidade desses órgãos judiciários e daqueles órgãos políticos se encontra na circunstância de que, enquanto estes podem provocar a jurisdição do Tribunal Constitucional pela via principal, por meio de ação direta, aqueles devem fazê-lo por via incidental ou por via de defesa[[89]](#footnote-90). Assim, o sistema de controle de constitucionalidade ainda vigente na Áustria abrange o controle principal, por via de ação direta, em que o objeto principal é a análise da constitucionalidade da norma e o controle por via de exceção ou defesa, corrigindo uma inconsistência do sistema que, até 1929, só admitia a primeira forma[[90]](#footnote-91).

Por fim, quanto ao aspecto funcional, a decisão de inconstitucionalidade no sistema em estudo possui dois efeitos importantes. Em primeiro lugar, o efeito *ex nunc*, ou seja, os efeitos da decisão não operam retroativamente como no sistema difuso ou norte-americano, gerando a nulidade da norma, mas apenas geram a sua anulabilidade. Em segundo lugar, o efeito *erga omnes*, ou seja, a decisão de inconstitucionalidade proferida pelo Tribunal Constitucional é oponível e tem eficácia contra todos, diferentemente também do sistema difuso, em que a decisão só possui eficácia para aquele caso concreto em cuja decisão foi tomada[[91]](#footnote-92).

Quanto ao efeito *ex nunc* no modelo kelseniano ou austríaco de controle concentrado de constitucionalidade, a deliberação do Tribunal Constitucional não é apenas declaratória, mas constitutiva da inconstitucionalidade da lei[[92]](#footnote-93), diferentemente do que ocorre no sistema difuso norte-americano.

Neste aspecto, Dirley da Cunha Júnior faz uma ressalva que consta do artigo 140, seção 3º da Constituição austríaca, pois adjudica ao Tribunal Constitucional “o poder discricionário de dispor que a anulação da lei opera somente a partir de uma determinada data posterior à publicação de sua decisão, desde que este diferimento da eficácia constitutiva da decisão não seja superior a um ano[[93]](#footnote-94)”. A decisão do Tribunal Constitucional austríaco assume, portanto, uma característica constitutiva que invalida a norma e faz com que ela opere *ex nunc* ou *pro futuro*, isto é, não se considera o papel de retroatividade da anulação[[94]](#footnote-95).

Fernando Alves Correia ressalta, também, que a decisão de inconstitucionalidade nesse modelo, além de ser constitutiva e de reconhecer a anulabilidade do ato normativo, possui efeitos *erga omnes*, valendo a partir da prolação da decisão, com efeitos *ex nunc*. Portanto, não retroage os seus efeitos, mantendo-se válidas as consequências jurídicas da norma até o reconhecimento da inconstitucionalidade[[95]](#footnote-96). Neste sentido, segundo o entendimento de Dirley da Cunha Júnior, no sistema austríaco, o fato de a afirmação de inconstitucionalidade ser articulada por uma Corte Constitucional, ou seja, através de um controle concentrado, faz com que a resolução assuma um caráter *erga omnes* e tenha eficácia geral[[96]](#footnote-97).

#### 1.4.3 Modelo Francês

O modelo francês, também denominado de modelo político de controle de constitucionalidade, é um sistema criado na França, exercido por órgãos que podemos chamar de políticos, mas não de judiciários, visto que não são órgãos pertencentes à estrutura deste Poder.

Como já mencionado, o controle de constitucionalidade é uma consequência do desenvolvimento do constitucionalismo naquele país. Assim como havia na França uma grande desconfiança dos juízes, o Poder Judiciário era visto como uma instituição corrompida e associada ao Antigo Regime. Desconfiança que era, ainda, exacerbada pela influência do pensamento de Rousseau, representado na vontade geral do povo[[97]](#footnote-98). Esse contexto levou a França a adotar um sistema de controle de constitucionalidade político frente à supremacia que o Parlamento exercia com relação à Constituição.

A desconfiança dos franceses em relação ao Poder Judiciário, fruto do trabalho dos juízes nos séculos XVI e XVII, ainda está arraigada no país, como uma tradição fomentada até os dias atuais, que tem como consequência a exclusão dos tribunais franceses da atribuição de garantir a Constituição, característica que é uma marca do sistema francês e que, durante anos, influenciou sobremaneira o pensamento europeu acerca da matéria[[98]](#footnote-99). É possível, então, perceber no constitucionalismo francês um forte alcance da doutrina contratualista de Rousseau e da separação de poderes de Montesquieu, o que trouxe influências ao sistema de controle de constitucionalidade então adotado pela França. Tais influências levaram a uma grande desconfiança quanto aos juízes, oriundos da aristocracia do antigo regime, que negaram ao Poder Judiciário, por meio de um poder não popular, a possibilidade e a atribuição de modificar as leis elaboradas pela vontade geral do povo via Parlamento[[99]](#footnote-100).

Na realidade, o raciocínio sobre os fatores históricos e ideológicos que levaram os franceses a optarem por um controle político é ressaltado por Mauro Cappelletti, segundo o qual a exclusão de um controle judicial de constitucionalidade consiste em um resquício das Constituições francesas, embasado em experiências históricas e ideológicas e presente na Constituição de 1958, ainda que com alguns atenuantes[[100]](#footnote-101).

No mesmo sentido, segundo a doutrina de Dirley da Cunha Júnior, as razões históricas estão atreladas às interposições abusivas e arbitrárias exercidas por juízes franceses pré-revolução à alçada dos outros poderes, o que gerou sérias implicações às liberdades individuais[[101]](#footnote-102). A proteção das liberdades individuais estava aflorada no pós-Revolução Francesa. Já sob o aspecto ideológico, o autor ressalta que a escolha pelo controle político da constitucionalidade das leis estava relacionada à teoria da separação de poderes, que, na França, foi implementada de forma mais rígida, talvez como consequência das razões históricas, e que, portanto, afastou a intervenção dos juízes na esfera do Parlamento[[102]](#footnote-103).

Nesse contexto ideológico e histórico de desconfiança e fortalecimento do Parlamento, as Constituições francesas, ao longo dos séculos, sempre que pretenderam inserir no ordenamento jurídico um controle de conformidade das leis com a Constituição, este controle foi confiado a um órgão de natureza não judiciária, assim como fez Napoleão, inicialmente confiando o controle ao *Sénat Conservatuer*. Por fim, a Constituição vigente de 1958 atribuiu o controle ao *Conseil Constitutionnel[[103]](#footnote-104)*. Instaurou-se na França, então, desde a sua origem e até os dias atuais, um controle de constitucionalidade político. Cunha Júnior sustenta que graças a uma tradição histórica e ideológica peculiar do constitucionalismo francês, a França ainda hoje possui um sistema de controle de constitucionalidade dos atos do Poder Público de caráter político, já que a vigente Constituição atribuiu tal competência ao *Conseil Constitutionnel*[[104]](#footnote-105).

Maria Benedita Urbano afirma que na “França a desconfiança histórica e as reticências em relação ao *gouvernement des juges* ainda são uma realidade, assim como, em larga medida, a crença no mito rousseauniano da *souveraineté de la loi*” [[105]](#footnote-106). Os franceses construíram todas as suas instituições sobre o dogma da soberania parlamentar, consequência do constitucionalismo francês, dogma ainda muito arraigado naquele país e, por este motivo, muito atrelado ao seu próprio padrão de justiça, contrário ao controle jurídico da constitucionalidade das leis[[106]](#footnote-107).

Há, em doutrina, quem defenda que o modelo francês seria um modelo atípico, quando comparado aos modelos norte-americano e austríaco e, ainda, aos modelos híbridos, surgidos da junção dos dois modelos sobreditos, como nos casos do Brasil e de Portugal. No entanto, a atipicidade do modelo francês está relacionada, dentre outros fatores, à natureza do órgão encarregado de proceder ao controle de compatibilidade das normas com a Constituição, já que não possui natureza política nem judicial[[107]](#footnote-108). Maria Benedita Urbano sustenta que a característica da atipicidade do controle francês representava uma insignificante parcela das atribuições do Conselho Constitucional, que, na visão da autora, era visto como um órgão relacionado ao controle dos poderes do Estado, numa época em que a maioria dos países já adotava um controle efetivado por um órgão ligado ao Poder Judiciário[[108]](#footnote-109).

Além da característica peculiar de o órgão responsável pelo controle ser um órgão político e, portanto, não pertencer ao Poder Judiciário, outra idiossincrasia do modelo francês é o momento em que o controle ocorre, dado que é preventivo. Significa que a compatibilidade da lei com a Constituição é aferida em momento anterior ao da sua promulgação e, sendo positiva a decisão pela inconstitucionalidade, a lei não poderá ser promulgada e, portanto, nem mesmo entrar em vigor senão depois de sua adequação ao texto constitucional, que é supremo[[109]](#footnote-110). O controle é preventivo porque incide somente sobre as normas não promulgadas, as quais só podem entrar em vigor após a constatação de sua compatibilidade com a Constituição[[110]](#footnote-111), diferentemente dos modelos norte-americano e austríaco, nos quais, em regra, o controle é repressivo, ou seja, realizado em momento posterior à promulgação da norma.

O controle preventivo, que constitui uma atividade de fiscalização de leis aprovadas pelo Parlamento, porém ainda não promulgadas, se insere no próprio processo legislativo. No caso francês, ele pode ser obrigatório ou facultativo. Será sempre obrigatório quando se tratar de leis orgânicas e de regulamentos das Casas do Parlamento, hipóteses em que o *Conseil Constitutionnel*, obrigatoriamente, deve se pronunciar, independentemente de qualquer provocação, sobre a constitucionalidade da lei orgânica antes da sua promulgação e dos regulamentos das Casas do Parlamento, antes da entrada em vigor, para verificar a compatibilidade deles com a Constituição[[111]](#footnote-112). Em contrapartida, o controle será facultativo e a atuação da fiscalização do *Conseil Constitutionnel* dependerá de provocação quanto à hipótese das demais leis ou aos tratados internacionais. Nesses casos, o Conselho somente atuará após provocado por iniciativa do Presidente da República, do Primeiro-Ministro, do Presidente da Assembleia Nacional, do Presidente do Senado ou de sessenta Deputados ou sessenta Senadores[[112]](#footnote-113).

Assim era a previsão original da Constituição de 1958, ainda em vigor ao ser criado o *Conseil Constitutionnel* – Conselho Constitucional, cuja atribuição era controlar a constitucionalidade das leis, dos regulamentos das Câmaras e dos tratados internacionais. Algo não pensado pelo Poder Constituinte, em 1958, sobre as atribuições do Conselho Constitucional, levaria a uma discussão sobre a natureza da sua função de fiscal da constitucionalidade de leis, regulamentos e tratados internacionais[[113]](#footnote-114).

Nesse contexto, há de se ressaltar que a função de controle de constitucionalidade do *Conseil Constitutionnel,* na Constituição de 1958, foi concebida de uma forma marginal, para que a ela se recorresse esporadicamente. Originalmente, não era o controle de constitucionalidade a função principal do Conselho Constitucional, o que era notável nos casos das leis e dos regulamentos, uma vez que, exercido o controle preventivo, esgotava-se boa parte de sua competência, já que, pela própria natureza, os atos normativos se tornavam perenes, sendo pouco suscetíveis a excessivas modificações posteriores, que poderiam evocar uma nova atividade do Conselho. O mesmo se diz com relação aos tratados, que não seriam objeto de controle pelo Conselho com tamanha frequência. Já em relação às leis ordinárias, a previsão constitucional admitia um procedimento excepcional, cuja limitação do parâmetro constitucional e da legitimação para recorrer ao próprio Conselho Constitucional faziam presumir que seria um controle poucas vezes acionado, o que, assim como nos demais casos, diminuiria a atividade do *Conseil* no que se refere à sua atribuição de controlar a constitucionalidade dos atos normativos[[114]](#footnote-115). Assim, o controle de constitucionalidade na França era exclusivamente preventivo.

Pelo sistema implementado pela vigente Constituição, em seu artigo 61, as leis orgânicas e os regimentos das duas Câmaras do Parlamentes deveriam passar pelo crivo do Conselho Constitucional para que este proferisse uma decisão quanto à conformidade ou não de tais atos normativos com a Constituição, de modo que tal análise se procedesse respectivamente antes da promulgação ou antes de começarem a ser aplicados os atos[[115]](#footnote-116). As leis também poderiam ser submetidas ao Conselho, antes da promulgação, por pedido do Presidente da República, do Primeiro-Ministro, do Presidente da Assembleia Nacional, do Presidente do Senado ou de sessenta Deputados ou sessenta Senadores, caso entendessem haver dúvidas sobre a constitucionalidade do ato normativo a ser promulgado[[116]](#footnote-117). O procedimento previsto no texto constitucional para esses casos era de que o *Conseil Constitutionnel* teria um mês para decidir, prazo que poderia ser reduzido para oito dias a requerimento do Governo. O envio dos diplomas ao *Conseil* suspendia o prazo de promulgação, já que o controle de constitucionalidade promovido pela Corte era um controle de natureza preventivo, antes da promulgação[[117]](#footnote-118).

Recebido um pedido de análise da conformidade de um ato normativo com a Constituição e tendo o *Conseil Constitutionnel* declarado a sua desconformidade, ou seja, tendo reconhecida a sua inconstitucionalidade, pela aplicação do artigo 62 da Constituição francesa de 1958, o referido ato não poderia ser, então, promulgado, pois as decisões do Conselho Constitucional francês não admitem recurso e são obrigatórias para os Poderes Públicos e para todas as autoridades administrativas e jurisdicionais[[118]](#footnote-119).

Na França, então, pela previsão original do texto constitucional de 1958, uma vez que a lei entra em vigor, nenhum juiz ou tribunal, nem mesmo o *Conseil Constitutionnel* ou qualquer cidadão, pode discutir a constitucionalidade da lei[[119]](#footnote-120). Tal fato, aliado às questões da competência, levou a uma Reforma Constitucional, aprovada em 23 de julho de 2008, em que se inclui o artigo 61-1 na Constituição para atribuir novas funções de controle de constitucionalidade ao Conselho Constitucional[[120]](#footnote-121). A alteração perpetrada pela reforma de 2008 trouxe uma grande mudança de paradigma, pois representou a ruptura de um sistema secular de controle de constitucionalidade exclusivamente preventivo, introduzindo o controle repressivo a partir daquela data. Essa mudança de paradigma significou a possibilidade de que qualquer interessado, no curso de um processo judicial, pode recorrer ao *Conseil Constitutionnel,* questionando a constitucionalidade de determinado ato ou instrução normativa, por meio da criada *Question Prioritaire de Constitucionalité* (QPC), o que possibilitou ao *Conseil* se manifestar sobre a constitucionalidade de uma norma[[121]](#footnote-122) mesmo depois da sua promulgação, o que lhe era impedido pelo texto da Carta Magna de 1958 e que esvaziava a sua atribuição de controle de constitucionalidade.

A reforma constitucional francesa, ocorrida em 2008, acabou por acrescentar um controle repressivo (*a posteriori*) das leis ao já existente controle preventivo, previsto no texto original da Constituição de 1958, de modo, então, a permitir ao Conselho Constitucional fiscalizar as leis, tanto antes de sua entrada em vigor (controle preventivo) como depois de sua entrada em vigor (controle repressivo), neste caso, obviamente, quando a lei não tenha sofrido o controle preventivo[[122]](#footnote-123). Com a reforma constitucional de 23 de julho de 2008, criou-se a possibilidade de um controle repressivo a cargo do Conselho Constitucional, órgão político, por meio da *questão prioritária de constitucionalidade* (QPC) de modo que o Órgão Constitucional passou a analisar mediante fiscalização a constitucionalidade das leis já em vigor, quando a questão da constitucionalidade for provocada por qualquer das partes em processo judicial ou administrativo[[123]](#footnote-124).

Neste contexto, o controle de constitucionalidade na França, atualmente, em consequência da reforma promovida em 2008, é um controle preventivo e também repressivo, mas, em ambos os casos, de competência exclusiva do *Conseil Constitutionnel*, órgão que não pertence à estrutura do Poder Judiciário. Daí o fato de o controle ser chamado de político.

#### 1.4.4 Controle Misto

Em âmbito doutrinário, reconhece-se que os dois sistemas mais difundidos pelos países, e que mais influenciaram os sistemas de controle de constitucionalidade mundo afora, foram os sistemas difuso norte-americano e o concentrado ou austríaco. Assim, tais modelos influíram no sistema de justiça constitucional não só de países europeus, mas também ibero-americanos[[124]](#footnote-125). E não é raro, ao redor do mundo, a existência de países que possuem sistemas mistos de controle da constitucionalidade, que associam os traços típicos dos dois modelos de justiça constitucional mencionados[[125]](#footnote-126), apresentando aspectos do sistema difuso conjugados com aspectos do sistema concentrado. São os casos atuais, por exemplo, do Brasil e de Portugal.

(...) o sistema português de justiça constitucional tem uma natureza mista (uma natureza mista complexa, tendo em conta a pluralidade de modalidades de fiscalização da constitucionalidade de normas jurídicas (...)). Esta resulta da circunstância de ele incluir, simultaneamente, um controle concreto ou incidental da constitucionalidade de normas jurídicas, a cargo de todos os tribunais, o qual ocorre a propósito da aplicação dessas normas aos casos que houverem de decidir, e um controlo abstrato, direto, por via principal ou via de ação de conformidade com a Constituição de normas jurídicas, da competência exclusiva do Tribunal Constitucional, o qual se caracteriza por ter lugar independentemente da aplicação de uma norma jurídica a uma caso concreto[[126]](#footnote-127).

Quanto ao caso do Brasil, a atual Constituição, ainda em vigor, manteve o sistema híbrido ou misto, em que conjuga o controle difuso de matriz norte-americana, implementado pela primeira Constituição Republicana, e o sistema concentrado de matriz austríaca, também chamado de europeu, que foi implementado mediante a EC n.º 16/65 que alterou a Constituição de 1946[[127]](#footnote-128).

Esses dois sistemas, objetos de trabalho desta pesquisa, serão mais bem desenvolvidos no próximo capítulo.

## ANÁLISE SOBRE O CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE

**2**

## EM PORTUGAL E NO BRASIL

### 2.1 Breve Histórico

Os modelos de controle de constitucionalidade de leis existentes nos ordenamentos jurídicos de Brasil e Portugal são semelhantes, até porque o sistema brasileiro, mais antigo, formalmente inserido pela Constituição republicana de 1891, inspirado no sistema da *judicial review* norte-americana, influenciou a Constituição Portuguesa de 1911. Assim, pela proximidade dos dois sistemas, trataremos dos seus aspectos históricos conjuntamente.

Analisando a história do Direito Constitucional de Portugal, a doutrina de Jorge Bacelar Gouveia conclui que o controle de constitucionalidade ou de fiscalização de conformidade dos atos jurídico-públicos com a Constituição perpassou três períodos distintos, antes do atual regime aplicável pela regente Constituição da República[[128]](#footnote-129), que também passou por várias modificações posteriores. Antes do período constitucional, há de se mencionar que o controle de constitucionalidade em Portugal era realizado por meio da figura dos embargos de nulidade. Isso é corroborado pela doutrina de Jorge Miranda, que também defende ser possível, no constitucionalismo português, a visualização de três grandes períodos na evolução e no desenvolvimento da fiscalização da constitucionalidade[[129]](#footnote-130). Segundo o autor, o primeiro deles está compreendido entre 1822 a 1911, período correspondente às Constituições monárquicas, em que o controle de constitucionalidade era marcadamente político. Já o segundo período vai de 1911 a 1976, período marcado pela inserção do controle de natureza jurisdicional, mas de certo modo enfraquecido por alguns elementos de fiscalização política. Já o terceiro e derradeiro período teve o seu início com a promulgação da atual Constituição de 1976, tendo por característica marcante o fortalecimento do controle jurisdicional tanto de natureza concentrada quanto difusa e, notadamente, até o ano de 1986, com resquício de uma fiscalização política, diferenciando o sistema como um sistema misto.

Segundo Carlos Blanco de Morais, no período pré-constitucional destacavam-se em vários Estados europeus (dentre eles, Portugal), os embargos de nulidade. Tal instituto tinha por procedimento ser deduzido em juízo pelos particulares e possuía como objeto os atos normativos aprovados pela autoridade real e que se encontravam em contradição com as Leis Fundamentais, ainda que não tivesse, de fato, a instituição de Constituição[[130]](#footnote-131). Talvez fossem os embargos de nulidade o instituto embrionário do controle de fiscalização dos atos jurídico-políticos no continente europeu e, mais especificamente, em Portugal.

O primeiro período histórico do constitucionalismo português é chamado de monárquico ou liberal e foi caracterizado pelo modelo de fiscalização política, de teor parlamentar[[131]](#footnote-132), tal qual o modelo francês, já que as Constituições de 1822, 1826 e 1838 nada diziam quanto à criação de qualquer processo ou modelo de fiscalização da constitucionalidade das leis. O fato é que a Constituição Portuguesa de 1822 foi fortemente marcada pela influência do modelo de fiscalização francês, que atribuiu às Cortes o poder de velarem pela Constituição. Isso resultou, segundo Carlos Blanco de Morais, no fato de os órgãos parlamentares serem os núcleos de poder concomitantemente aptos a definirem as leis e averiguarem a sua constitucionalidade[[132]](#footnote-133).

Verificamos, então, que prevalecia no primeiro período constitucional português, quanto ao controle de constitucionalidade, uma atribuição ao parlamento, que, além de ser ele mesmo o criador dos atos a serem analisados, possuía competência e poder para fazer a análise de conformidade do ato por ele criado com a Constituição. Nitidamente, o sistema adotado era o sistema de fiscalização político.

As futuras Constituições de 1826 e 1838 reproduziram o sistema da Constituição de 1822, que, com o passar dos anos, mostrou ser um sistema derrocado, ante a dualidade do regime e do sistema político consagrado por essas Leis Fundamentais. Neste período, paralelamente à atuação das Cortes, havia a figura do Monarca, que também detinha, por previsão constitucional, a atribuição de atuar como um dos ramos da função legislativa, sendo atribuído a ele a função de sancionar constitutivamente as leis formuladas e deliberadas pelas Cortes[[133]](#footnote-134).

O sistema de controle de constitucionalidade adotado era eminentemente o político. Como consequência da natureza dualista do regime e do sistema político, cuja previsão constitucional admitia a existência das Cortes e também a presença do Monarca com o seu poder moderador, esse controle de conformidade dos atos era atribuição das Cortes e também do Monarca. Quanto ao poder de controle do Rei, conforme Carlos Blanco de Morais, este jamais foi exercido, tendo havido uma única hipótese de veto a uma lei com fundamento na sua inconstitucionalidade por parte da Rainha D. Maria II, em 1837[[134]](#footnote-135)*.*

Conclui-se, desta forma, com base da doutrina portuguesa, que a experiência de controle político e controle de constitucionalidade experimentada em Portugal durante a monarquia constitucional, cujos traços caracterizavam um sistema majoritariamente parlamentar ou residual monárquico, tornou-se visivelmente decepcionante[[135]](#footnote-136). O sistema de controle instituído durante a monarquia constitucional, portanto, não foi eficaz, já que o órgão responsável pela elaboração das leis também o era pela sua fiscalização com relação à Constituição e, da mesma forma, de modo residual, cabia ao Rei, detentor do poder soberano, residualmente a realização da referida análise.

Se o primeiro período de evolução do controle em Portugal apresentou-se relativamente homogêneo, o período subsequente não foi homogêneo, além de ter sido marcado por divisões[[136]](#footnote-137). Houve a implementação, em terras lusitanas, de um controle de constitucionalidade jurisdicional, uma vez que a Constituição de 1911 foi influenciada pela Constituição republicana brasileira de 1891. Segundo Jorge Miranda, o segundo período pode ser caracterizado por três fases distintas: entre 1911 e 1933, apenas fiscalização judicial difusa; entre 1933 e 1974, fiscalização judicial difusa e limitada; entre 1974 e 1976, fiscalização difusa, ainda que refreada pela atuação de órgãos políticos revolucionários[[137]](#footnote-138).

Segundo o mesmo autor, a mudança de paradigma deu-se enquanto as Constituições de 1822, 1826 e 1838 estavam diretamente inspiradas no constitucionalismo de matriz francesa e não abrangeram nenhuma forma de apreciação da constitucionalidade pelos tribunais, nas últimas décadas da monarquia constitucional, por força dos decretos com força de lei, originados do Governo, determinou-se a dissolução das Cortes. Este fato gerou uma insatisfação e uma grande corrente doutrinal, jurisprudencial e política, que defendia que fosse concedido aos tribunais o poder de conhecer da validade dos atos e leis do Poder Executivo, o que chegou a constar do art. 10° da proposta de lei de reforma da Carta Constitucional de 1900[[138]](#footnote-139). Neste contexto, diante de uma discussão ao redor dos decretos ditatoriais e por influência da Constituição do Brasil de 1891, a Constituição portuguesa de 1911 foi a primitiva das Constituições europeias a implementar um controle de fiscalização jurisdicional das leis, sob a forma difusa e concreta[[139]](#footnote-140).

O segundo período, chamado de republicano liberal, inaugurou o controle judicial difuso no país, sofrendo influência do modelo americano e da Constituição Brasileira de 1891[[140]](#footnote-141). O referido período iniciou-se em 1911, com a instituição da primeira Constituição Republicana, e se estendeu até 1976, com a aprovação da atual Constituição. Este período incluiu, além da Constituição de 1911, a Constituição de 1933, a reforma operada em 1971 e as leis constitucionais revolucionárias de 1974 e 1975[[141]](#footnote-142).

O passo principal e de ruptura com o modelo anterior veio com a Proclamação da República Portuguesa que previu, em seu artigo 63.º da Constituição de 1911, a consagração de um sistema jurisdicional de fiscalização difuso de constitucionalidade, nos moldes da *judicial review*. O modelo vindouro acabou por introduzir, formalmente, na nova ordem constitucional portuguesa, o modelo de fiscalização judicial norte-americano, de modo que Portugal tornou-se o primeiro país europeu a adotar um sistema difuso de controle da constitucionalidade[[142]](#footnote-143).

Neste sentido leciona Fernando Alves Correia, pois defende que a Constituição portuguesa de 1911 foi pioneira, dentre as constituições europeias, ao adotar o modelo da *judicial review* norte-americana e atribuir aos tribunais a autoridade para julgar a constitucionalidade das normas jurídicas[[143]](#footnote-144). O autor prossegue defendendo que o artigo 63.° da Constituição portuguesa de 1911 é uma clara inspiração do artigo 59.°, III, §1, alínea b da Constituição Brasileira de 1891[[144]](#footnote-145).

O sistema implementado nesta segunda fase de desenvolvimento do controle de constitucionalidade em Portugal teve, como grande característica diferenciadora em relação ao anterior, a atribuição da competência de fiscalizar a observância da Constituição a órgãos do Poder Judiciário, de forma difusa, ou seja, qualquer juiz ou tribunal poderia, na análise de um caso concreto, deixar de aplicar uma lei ou um ato normativo que afrontasse a Constituição da República, desde que provocado por uma das partes para declarar, de forma incidental, a inconformidade do ato impugnado com a Constituição.

Carlos Blanco de Morais evidencia essa característica em sua doutrina ao demonstrar que o artigo 63.° da Constituição de 1911 impedia a análise oficiosa da inconstitucionalidade pelo juiz, posto que tal apreciação dependia de uma alegação incidental das partes[[145]](#footnote-146).

A originalidade do sistema adotado não foi suficiente para lhe dar eficácia na prática. Na implementação do novo sistema, nem a Constituição, e nem mesmo as leis ordinárias, conferiram força obrigatória geral às decisões de constitucionalidade, principalmente àquelas proferidas pelos tribunais superiores, o que, na posição de Carlos Blanco de Morais, aliado ao extremismo ideológico, à onipotência do Parlamento e aos conflitos institucionais, levou os tribunais judiciais a se absterem do processo de controle das leis inconstitucionais[[146]](#footnote-147), tornando o novo sistema implantado praticamente inoperável[[147]](#footnote-148). Na visão do mesmo autor, esse fato configurou um precedente emblemático para as posteriores Constituições.

É nesse contexto histórico, de flagrante conflito entre o parlamento e os tribunais, marcado pela reticência da Corte em abrir espaço e ceder a sua competência fiscalizadora para os tribunais, que a doutrina contemporânea reconhece a total inoperabilidade de um novo sistema que, embora inovador, mostra-se ineficaz.

Outro ponto basilar para o desenvolvimento do controle de constitucionalidade em Portugal foi a edição da Constituição de 1933, que vigorou até 1974. Foi a Constituição do Estado Novo, a qual teve por base um projeto de António de Oliveira Salazar[[148]](#footnote-149).

A Constituição de 1933 reproduziu o modelo de controle judicial inserido originariamente e de forma inédita no continente europeu pela Constituição de 1911, mas com alguma modificação, pois excluiu do controle judicial a hipótese da inconstitucionalidade formal[[149]](#footnote-150), ou seja, aquela que afeta o ato normativo de modo singular, sem atingir seu conteúdo, referindo-se tão somente aos pressupostos e procedimentos relativos à formação da lei[[150]](#footnote-151).

A Constituição de 1933, no que se refere ao controle da constitucionalidade, manteve o modelo judicial difuso nos moldes da *judicial review*, mas inovou com a implementação de algumas restrições e inovações após a reforma ocorrida em 1971. Pelo novo sistema implementado, apenas a inconstitucionalidade material poderia ser objeto de controle pelos tribunais, e não apenas pelos tribunais ordinários, como acontecia no quadro da Constituição de 1911, excluindo a inconstitucionalidade “orgânica” e “formal” dos diplomas promulgados pelo presidente da República, de normas constantes de tratados ou outros atos internacionais, cuja fiscalização caberia à Assembleia Nacional, conforme disposto no art. 122º (depois 123º, após a revisão constitucional de 1971) [[151]](#footnote-152). Sobre tal particularidade, a doutrina de Jorge Miranda defende que a Constituição de 1933 conferiria a todos os tribunais a competência oficiosa de investigarem a constitucionalidade das normas que tivessem de aplicar aos casos concretos em julgamento, independentemente de alegação das partes. Também ressalta o autor que ficou de fora a possiblidade de investigarem a inconstitucionalidade orgânica e formal dos diplomas promulgados, já que tal atribuição ficou reservada de modo exclusivo à Assembleia Nacional[[152]](#footnote-153).

No mesmo sentido argumenta a doutrina de Fernando Correa, para quem a Constituição de 1933 recepcionou o sistema de controle difuso de constitucionalidade, somente deixando de fora da competência dos juízes e tribunais as questões que envolvessem as inconstitucionalidades orgânicas ou formais. Por fim, ressalta o autor que a fiscalização abstrata sucessiva concentrada somente veio a ser incorporada ao ordenamento português com a revisão de 1971, confiando tal controle à Assembleia Nacional[[153]](#footnote-154).

Na segunda fase de desenvolvimento do controle de constitucionalidade, os tribunais – agora todos os tribunais, e não apenas os tribunais ordinários – adquiriram a possibilidade de, oficiosamente, sem necessidade de arguição por qualquer das partes, indagar sobre a constitucionalidade das normas que tivessem de aplicar aos casos concretos. Contudo, foi-lhes retirada a atribuição de conhecer todas as manifestações de inconstitucionalidade, pois lhes ficou vedado qualquer pronunciamento sobre a inconstitucionalidade orgânica e formal dos diplomas promulgados, afetando, assim, a distribuição de competências entre os órgãos[[154]](#footnote-155). Essas atribuições foram direcionadas para a Assembleia Nacional.

Na previsão primitiva do artigo 122.° da Constituição portuguesa de 1933, dentre os atos normativos sujeitos à promulgação pelo Presidente da República, cuja fiscalização da constitucionalidade orgânica e formal estava atribuída à Assembleia Nacional, compreendia-se as leis, as resoluções da Assembleia Nacional, os decretos-leis, os decretos regulamentares e os decretos do Ministro do Ultramar[[155]](#footnote-156).

É notório que a reforma promovida na Constituição de 1933, ocorrida em 1971, reinseriu no ordenamento jurídico português o sistema político de controle de fiscalização da Constituição, que se consubstanciava na fiscalização constitucional abstrata e concentrada a cargo da Assembleia Nacional, não excluindo a fiscalização difusa e concreta realizada pelos tribunais[[156]](#footnote-157). Na realidade, a Assembleia Nacional passou a gozar de uma competência concorrente com os tribunais, para conhecer e apreciar a constitucionalidade das normas e dos atos normativos, de modo que os sistemas coexistiam.

Carlos Blanco defende que a alteração promovida em 1971 na Constituição portuguesa de 1933 foi um retrocesso em matéria de controle de constitucionalidade, pois subtraiu dos tribunais uma parcela da apreciação das inconstitucionalidades, transferindo-a para o Parlamento[[157]](#footnote-158). Outra crítica de Jorge Miranda consiste na depreciação da fiscalização realizada pelos tribunais. O autor defende que a atribuição do controle ao Parlamento enfraqueceu o princípio da fiscalização judicial e, reflexamente, chegou mesmo a prejudicar os direitos fundamentais[[158]](#footnote-159).

Outra característica do sistema híbrido ou misto, criado em Portugal a partir da reforma constitucional de 1971, foi a possibilidade que o artigo 123.° conferiu à lei ordinária de reunir em um ou mais tribunais a capacidade de avaliar a constitucionalidade das normas referidas, atribuindo às suas determinações um caráter obrigatório geral[[159]](#footnote-160).

O sistema delineado na Constituição de 1933, posteriormente revisado em 1971 – sistema misto de controle judicial difuso e controle concentrado –, influenciou as primeiras leis constitucionais do regime democrático emergente de 25 de Abril. A Lei 3/74, de 14 de maio, além de manter o sistema difuso, atribuiu ao Conselho de Estado competências para declarar com força obrigatória geral a inconstitucionalidade de quaisquer normas (art. 13.°/3). Quando se institucionalizou o Conselho da Revolução, por meio da Lei n.º 5 de 1975 de 14 março, passou-se para este as competências até então atribuídas ao Conselho de Estado, dentre as quais pode-se ressaltar a de órgão de controle concentrado da constitucionalidade[[160]](#footnote-161).

O segundo período de fiscalização constitucional, abrangido pelas Constituições de 1911 e 1933 e suas reformas, principalmente a de 1971, de fato representou um avanço, já que houve a institucionalização do sistema judicial e difuso. No entanto, as resistências parlamentares levaram à dualização do sistema, ao mesmo tempo em que se reservou aos tribunais a análise da constitucionalidade somente no caso concreto e de forma difusa, ficando as suas decisões limitadas aos casos concretos sob análise e reservando o controle formal de constitucionalidade para órgãos não pertencentes aos tribunais, como, por exemplo, o Conselho de Estado e, posteriormente, o Conselho da Revolução.

Por fim, ainda quanto ao segundo período histórico da implantação do sistema de fiscalização constitucional em Portugal, é relevante mencionarmos que tanto no período de preparação da Constituição de 1911 quanto na Constituição de 1933 foram várias as tentativas frustradas de implementação de um sistema de fiscalização concentrado num tribunal ou num órgão à margem dos tribunais, sendo que, entre tais tentativas, uma nos chamou a atenção[[161]](#footnote-162): a proposta do Deputado Goulart de Medeiros, que na discussão do que viria a ser o artigo 63.° da Constituição de 1911 propôs a mudança do projeto, recomendando que o Supremo Tribunal de Justiça julgasse qualquer reivindicação contra a expedição de leis inconstitucionais[[162]](#footnote-163), de modo que, após a deliberação deste tribunal, a nação deveria ser consultada diretamente, através de uma solução pioneira até então, ou seja, um referendo sobre inconstitucionalidade[[163]](#footnote-164).

O fato é que o segundo período histórico de implementação do controle de constitucionalidade em solo português foi marcado por três subfases: entre 1911 e 1933, prevaleceu o sistema de fiscalização judicial difuso de vertente norte-americano; já no período compreendido entre 1933 e 1974, manteve-se o sistema adotado no período anterior, mas de forma limitada; e, por fim, entre anos de 1974 e 1976, por meio das leis constitucionais revolucionárias de 1974 e 1975, permaneceu o sistema de fiscalização judicial e difuso, mas comprimido pela atribuição conferida a órgãos políticos revolucionários, tal como o Conselho da Revolução, que veio a ser substituído pela Comissão Constitucional[[164]](#footnote-165).

No período compreendido entre 1974 e 1976, as leis constitucionais provisórias, publicadas depois de 25 de abril de 1974, fizeram referência a uma fiscalização política da constitucionalidade, não dispondo acerca da fiscalização jurisdicional. Entretanto, Jorge Miranda aduz que o silêncio legislativo não deveria ser interpretado negativamente, posto que o artigo 123.° da Constituição de 1933, ainda em vigor, “devia ter-se por um dos preceitos desta ressalvados pelo art. 1.° da Lei n.° 3/74, de 14 maio[[165]](#footnote-166)”. Ainda segundo o autor, esse fato era corroborado pelos “princípios e objetivos do Programa do Movimento das Forças Armadas, que à exceção dos decretos promulgados, ficaria abolida por inerente à índole autoritária do regime caído” [[166]](#footnote-167).

No período acima assinalado, a fiscalização constitucional foi alvo de um escarnecimento[[167]](#footnote-168). Ela foi atribuída aos tribunais por via incidental, que nunca a exerceram e, ao mesmo tempo, pela via principal, aos órgãos que detinham competências constitucionais e legislativas ordinárias. Assim, foi imposta a uma sucessão de órgãos: em um primeiro momento, a competência foi atribuída à Junta de Salvação Nacional, órgão de natureza militar, e ao Conselho de Estado, órgão de natureza mista, civil e militar; depois de março de 1975, foi atribuída ao Conselho da Revolução, órgão de cúpula da direção militar[[168]](#footnote-169). Nesse sistema, aos tribunais e aos juízes estava confiada a atribuição de conhecer e julgar somente a inconstitucionalidade formal, conferindo-se ao Conselho da Revolução toda a essência do poder concentrado da constitucionalidade dos atos normativos[[169]](#footnote-170).

O fato de a alteração promovida na Constituição de 1933 pela reforma de 1971 possibilitar a concentração do poder de apreciar a constitucionalidade das normas a algum ou alguns órgãos e conferir às respectivas decisões força obrigatória geral é o elemento embrionário do sistema de controle concentrado que veio a ser implementado pela Constituição de 1976, após a revisão de 1982.

O último período, antes do atual sistema, compreendido entre a Constituição de 1976 e a reforma de 1982, foi um período autoritário, em que não foi extinta por completo a fiscalização judicial, mas cuja prática era escassa, tendo sobressaído a fiscalização política parlamentar que se revelou totalmente ineficaz[[170]](#footnote-171).

Durante este período, a fiscalização da constitucionalidade era mista. De um lado, havia a presença de uma fiscalização judicial difusa, mas limitada aos casos concretos, e, de outro, havia uma fiscalização concentrada e abstrata, centrada na Comissão Constitucional, que tinha estrutura ambivalente. Não se pode olvidar, ainda, da existência de uma fiscalização política, nos moldes do sistema francês, confiada ao Conselho da Revolução.

O sistema criado pela Constituição de 1976 era ambicioso: pretendia cobrir todas ou quase todas as modalidades possíveis de controle, constituir um sistema misto e compreender os tribunais, o Conselho da Revolução e a Comissão Constitucional. Jorge Miranda defende que a sobrevivência do controle judicial se devia às tradições arraigadas após 1911[[171]](#footnote-172), momento da implementação no sistema português do controle judicial da constitucionalidade, constituindo, ao mesmo tempo, uma afirmação do caráter jurídico da garantia[[172]](#footnote-173). A presença do Conselho da Revolução era uma amostra ou reminiscência, talvez necessária, do elemento revolucionário, e a criação da Comissão Constitucional consistia em um elemento específico de compromisso[[173]](#footnote-174).

O texto original da Constituição portuguesa de 1976, fundamentada na ideia de um sistema de controle de constitucionalidade político e jurisdicional, concentrado (abstrato) e difuso (concreto), previu, em seu artigo 207.°, que a fiscalização concreta assentava na competência difusa dos tribunais, e, no seu artigo 281.°, que a fiscalização abstrata estava a cargo da competência concentrada do Conselho da Revolução, desde que houvesse uma comunicação entre a fiscalização difusa e a fiscalização abstrata, sendo esse o aspecto inédito do sistema recém-implementado[[174]](#footnote-175). A comunicação entre a fiscalização difusa e a concentrada, prevista na Constituição, estava a cargo da Comissão Constitucional, que funcionaria como um tribunal de recurso obrigatório para os casos em que o último tribunal, quando coubesse recurso ordinário, julgasse como inconstitucionais normas constantes de qualquer ato legislativo, decreto regulamentar ou diploma equiparável, ou quando qualquer tribunal aplicasse uma norma anteriormente julgada inconstitucional pela Comissão. A mesma atribuição de comunicação, entre fiscalização concreta e fiscalização abstrata, era requerida na medida em que esta julgasse três vezes como inconstitucional materialmente uma norma, ou uma vez orgânica ou formalmente. Nestes casos, o Conselho da Revolução podia (não devia) declarar a inconstitucionalidade com força obrigatória geral[[175]](#footnote-176).

Fernando Correa sustenta que no texto original da CRP de 1976 havia um dualismo quanto ao controle de constitucionalidade. Primeiro, diante da previsão de um controle abstrato a cargo do Conselho da Revolução, denominado pelo autor de *sui generis*, e que o exercia auxiliado pela Comissão Constitucional, a quem cabia proferir parecer sobre a questão de inconstitucionalidade, ainda que de modo não vinculativo. Segundo, a previsão do controle de difuso-concreto, cuja atribuição do conhecimento e julgamento da questão da inconstitucionalidade ficava a cargo de todos os tribunais, mas sempre com a possibilidade de recurso para a Comissão Constitucional no caso de desaplicação da norma por inconstitucionalidade ou quando aplicavam a norma anteriormente reconhecida como inconstitucional[[176]](#footnote-177).

A Comissão Constitucional foi criada pela Constituição de 1976, tendo a norma constitucional reservado à referida Comissão a fiscalização da constitucionalidade em abstrato e com força vinculativa a todos. Ainda que não fosse um tribunal, constituía uma comissão criada como instância especializada, inclusive para conhecer os recursos das decisões concretas realizadas pelo sistema difuso de competência dos tribunais[[177]](#footnote-178).

Na sua concepção original, a Comissão Constitucional não era, ainda, um verdadeiro tribunal constitucional. Entretanto, além de exercer funções de recurso quanto à fiscalização constitucional realizada pelos tribunais, também auxiliava o Conselho da Revolução, na medida em que fornecia pareceres em processos de controle abstrato da constitucionalidade[[178]](#footnote-179). Jorge Miranda ressalta que a Comissão Constitucional servia, por atribuição da CRP de 1976, como órgão auxiliar do Conselho da Revolução especificamente quanto ao controle de constitucionalidade. Assim, cabia à Comissão emitir parecer no casos de controle preventivo, no controle abstrato sucessivo e quando se tratasse de inconstitucionalidade por omissão. Concomitante a essas atribuições auxiliares, a Comissão atuava como órgão jurisdicional supremo em matéria de fiscalização, já que era da sua competência constitucional decidir em última instância os recursos contra as decisões dos tribunais que inaplicassem as leis alicerçados em sua inconstitucionalidade, ou que aplicassem leis já reconhecidas como contrárias à Constituição[[179]](#footnote-180).

Jorge Miranda também sustenta que a Comissão Constitucional, embora com atribuições relevantes, não possuía natureza de tribunal. Sustenta o autor que não se tratava de um tribunal constitucional, porque desempenhava funções auxiliares de outro órgão, ainda atuando como tribunal, com concentração de competência no que se refere a matéria de inconstitucionalidade. No entanto, não estava investido de um poder exclusivo nem de um poder genérico de decidir sobre a inconstitucionalidade de normas jurídicas, já que as suas atribuições quanto ao controle coexistiam a par dos tribunais e só conhecia a inconstitucionalidade de certas normas. Sendo assim, não poderia ser considerado como um tribunal[[180]](#footnote-181).

O fato é que a Comissão Constitucional foi o primeiro órgão especializado no constitucionalismo português, com atribuição específica para fiscalizar a garantia do efetivo cumprimento da Constituição, tendo sua composição semelhante à dos tribunais constitucionais. Mas como tribunal constitucional não se equiparava, já que desempenhava função auxiliar de outro órgão, no caso, do Conselho da República, e porque não detinha poder ou atribuições exclusivas, pois ao seu lado coexistia a competência dos tribunais e a ela só era atribuído conhecer a inconstitucionalidade de certas normas, mas não de todas[[181]](#footnote-182).

Mesmo não sendo um Tribunal Constitucional, a existência da Comissão Constitucional foi relevante para o constitucionalismo português e para o sistema de constitucionalidade daquele país. Jorge Miranda sustenta que, adotando uma linha interpretativa moderada da Constituição, de modo a fazer a integração sistemática com a constituição política, deslindando e formulando uma jurisprudência aberta no domínio dos direitos fundamentais, foi de responsabilidade da Comissão o significativo avanço do desenvolvimento das instituições democráticas no período após a revolução[[182]](#footnote-183).

Com a vigência da Constituição da República de 02 de abril de 1976 e com a revisão ocorrida em 1982, Portugal adotou, com relação à fiscalização de constitucionalidade, um sistema misto, ao qual foram incorporados elementos dos principais regimes e modelos existentes e concebíveis, tais como o modelo difuso e concentrado, à exceção do sistema político[[183]](#footnote-184), que foi abolido de vez do país.

Além da adoção de um sistema misto e complexo, a reforma de 1982 transformou a Comissão Constitucional num efetivo Tribunal Constitucional, cujas competências e atribuições foram regulamentadas, o que veio a ser objeto da revisão de 1989, sem trazer modificações substanciais quanto ao sistema de fiscalização e controle, delimitando de forma precisa as competências do Tribunal Constitucional recém-criado[[184]](#footnote-185). Canotilho sustenta que a fiscalização de constitucionalidade foi um dos principais assuntos da revisão constitucional de 1981-1982. Em decorrência da extinção do Conselho da Revolução, no entender do autor, seria necessário o equilíbrio dos órgãos do poder, e até mesmo o sentido das normas constitucionais dependeriam da forma como a fiscalização seria implementada[[185]](#footnote-186).

Com a revisão de 1982 ficou praticamente definido o atual sistema de fiscalização de constitucionalidade português, optando por um complexo sistema misto de controle, que se consolidou como elemento estruturante. Para substituir a Comissão Constitucional, criou-se um Tribunal Constitucional, configurado como um verdadeiro órgão jurisdicional. Nas palavras de Canotilho, esse Tribunal recém-criado passou a ter sua atribuição principal definida como um órgão de controle abstrato da constitucionalidade exercido pela via principal e mediante a provocação das entidades enumeradas no artigo 281.° da CRP e, também, atuaria como órgão jurisdicional com a atribuição de julgar os recursos das questões afetas à inconstitucionalidade, decididas pelos demais tribunais quando em controle difuso-concreto[[186]](#footnote-187).

A esta altura do desenrolar dos fatos e da história, não era prudente regressar ao modelo da fiscalização difusa, nem substituir o Conselho da Revolução por um novo órgão político. Compreendeu-se, pela evolução do controle, que era o momento de formar “um Tribunal Constitucional como órgão de contencioso de normas jurídicas que receberia as competências do Conselho, da Comissão Constitucional e, relativamente a atos respeitantes às regiões autónomas (segundo a Lei n.° 17/79, de maio), do Supremo Tribunal Administrativo[[187]](#footnote-188)”. Nesse contexto de ideias, também não excluiu o acesso do Tribunal Constitucional à inspeção concreta, à maneira dos países que adotam concentração do controle, devido justamente às reminiscências oriundas da fiscalização difusa[[188]](#footnote-189).

A história do controle de constitucionalidade em Portugal começou com a instituição de um controle eminentemente político do período pré-constitucional e terminou com a instituição de um sistema complexo de controle judicial. O sistema atual pode ser chamado de complexo, pois admite o controle judicial difuso, de forma incidental, realizável por todo e qualquer juiz. Além disso, o controle concentrado e abstrato das normas e atos jurídicos-públicos fica a cargo exclusivamente do Tribunal Constitucional, recém-criado, que, além de administrar a justiça no que se refere a matérias de natureza jurídico-constitucional, nos termos do 223.° da Constituição da República, tem competência primordial para apreciar a inconstitucionalidade e ilegalidade das normas e atos jurídico-públicos.

Ressalta-se, em todo o histórico português sobre o controle de constitucionalidade, mesmo considerando os avanços e retrocessos, que a criação do Tribunal Constitucional contribuiu sobremaneira para a consolidação do novo sistema instituído, já que nasceu como um órgão jurisdicional autônomo, independente e legítimo, de acordo com a Constituição[[189]](#footnote-190).

Afastando-se da metrópole, a análise do histórico e da evolução do controle de constitucionalidade no Brasil deve iniciar-se a partir da Proclamação da Independência, em 07 de setembro de 1822, fato histórico muito influenciado pelas revoluções liberais ocorridas no final do século XVIII, notadamente a Revolução Francesa e a Independência dos EUA. Proclamada a Independência, surgiu, então, a necessidade de formatação do novo Estado emergente, nos moldes do constitucionalismo vindouro das mencionadas revoluções liberais, sendo necessária uma Constituição. Neste contexto de ideias, D. Pedro I, antes Príncipe Regente e agora Imperador do recém-emancipado país, preocupado com o avanço das ideias liberais sob os projetos da primeira Constituição brasileira, outorgou a Constituição de 1824, que fundou um Estado centralizado, atribuindo fortes poderes ao Imperador, por meio do Poder Moderador[[190]](#footnote-191).

Nesse contexto, marcado por um caráter centralizador, o constitucionalismo brasileiro nasceu frágil, e a Constituição de 1824 esteve afastada da supremacia que lhe devia uma característica obrigatória e peculiar. Tanto foi assim que a primeira Constituição brasileira era semirrígida, já que os seus artigos 174 a 178 faziam a distinção entre matéria constitucional, portanto, passível de alteração somente por meio de um procedimento especial, mais dificultoso; já as demais matérias, denominadas de não constitucionais, poderiam ser alteradas mediante um procedimento mais simples – na época, pelas legislaturas ordinárias por meio de maioria simples[[191]](#footnote-192). Lenio Streck, ao descrever esse fato, menciona que a primeira Constituição brasileira somente foi emendada pela forma ordinária (por maioria simples) e que até mesmo as mudanças mais substanciais, como a adoção de eleições diretas no governo liberal do conselheiro Antônio José Saraiva, foram feitas através de emenda simples, o que evidencia a ausência de supremacia da referida Constituição[[192]](#footnote-193).

Como se observa, o próprio texto constitucional, ao trazer matérias com possibilidade de alteração por um procedimento mais simplificado, alterava a rigidez da Constituição e, alterando a rigidez, modificava e enfraquecia a supremacia da Constituição. Em doutrina de controle de constitucionalidade, os conceitos de supremacia da Constituição e rigidez constitucional são básicos para sua preservação e, por via de consequência, dos direitos e garantias nela instituídos.

A Constituição de 1824, desse modo, não estabeleceu um controle *stricto sensu* de constitucionalidade. Considerando a influência francesa para a referida Constituição, o contexto em que ocorreu a Revolução na França e a influência das ideias de Rousseau e Montesquieu sobre o Poder Judiciário brasileiro, foi conferido um papel secundário ao controle de constitucionalidade das leis[[193]](#footnote-194). Por inspiração francesa, não foi concedida ao Poder Judiciário a prerrogativa de declarar a inconstitucionalidade de leis ou atos normativos[[194]](#footnote-195).

A herança e a influência francesas aparecem nitidamente na Constituição do Império de 1824, notadamente através dos incisos VIII e IX do art. 15, pois a Magna Carta brasileira delegou ao Poder Legislativo a incumbência de elaborar, interpretar, suspender e revogar as leis, ademais de velar pela Constituição e pelo bem-estar nacional[[195]](#footnote-196). Lenio Streck defende que era a “consagração da *volonté génerále*” em um país de escravos, onde o voto considerado popular era reconhecidamente censitário[[196]](#footnote-197).

Ainda na visão do mesmo jurista brasileiro, desta concessão de poderes ao Legislativo sem controle de uma instância de fiscalização, nitidamente de matiz francesa, decorreram vários problemas, sendo que, dentre eles, talvez o mais grave tenha sido o fato de que, enquanto a Constituição de 1824 – pelo artigo 179, XIX – estabeleceu que estavam abolidas as penas de açoites, marcas de ferros e todas as penas mais cruéis, o superveniente Código Criminal de 1830 estabeleceu, no artigo 60, que caso o réu fosse escravo e incorresse em pena que não a capital ou a de galés, seria condenado a açoites e, depois de sofrê-los, seria entregue a seu senhor, que se obrigaria a trazê-lo com um ferro pelo tempo e maneira que o juiz determinasse[[197]](#footnote-198). Essa passagem demonstra o poder desmedido que a Constituição de 1824 atribuiu ao Poder Legislativo e, concomitantemente, a ausência de normatividade da Constituição, consequência da ausência de supremacia da Magna Carta brasileira. Não obstante a Constituição do Império estabelecer o fim dos açoites e das penas cruéis, tais penas continuaram a ser aplicadas por mais de sessenta e quatro anos, já que não existia controle jurisdicional da constitucionalidade, não se prezava pela supremacia da Constituição e, no contexto político e ideológico da época, a inconstitucionalidade não podia ser contestada, uma vez que as garantias constitucionais concerniam apenas a homens livres[[198]](#footnote-199).

A Constituição do Império, ausente da característica da supremacia, não favoreceu o surgimento de um controle de constitucionalidade dos atos normativos[[199]](#footnote-200).

A partir de 1868, contexto da guerra entre Brasil e Paraguai, dissolução do Parlamento com efeitos políticos relevantes e publicação de dois grandes manifestos contrários ao Império, este sistema começou a ruir[[200]](#footnote-201). O movimento republicano prosperou e, em 15 de novembro de 1889, por edição do Decreto n.º 1 pelo Governo Provisório, sob a liderança de Marechal Deodoro da Fonseca, foi proclamada a República no Brasil. Seu efeito foi a criação de uma nova Constituição, já que uma nova configuração de Estado passou a surgir.

A Constituição brasileira de 1891, segunda Constituição do Brasil, mas a primeira de cunho republicano, idealizada por Ruy Barbosa, sofreu forte influência da Constituição norte-americana. Assim, o Brasil promulgou uma Constituição que consagrou a fórmula da separação de poderes e a periodicidade de mandatos políticos, adotando a forma federativa de Estado, com ampla autonomia para os novos Estados-membros, além do sistema judicial de controle de constitucionalidade, entre outras coisas[[201]](#footnote-202).

Especificamente quanto ao controle de constitucionalidade, o entendimento que se tem na doutrina, de modo geral, é que o sistema jurisdicional de controle de constitucionalidade foi incluído no ordenamento jurídico brasileiro pela Constituição republicana de 1891. No entanto, há quem defenda, na doutrina brasileira, que antes mesmo do início dos trabalhos da Assembleia Constituinte, o Decreto n.º 848, de outubro de 1890, que tratava da organização da Justiça Federal, oriundo do Governo Provisório que se instalou após o 15 de novembro, já previa, na sua exposição de motivos, que a magistratura recém-instalada no regime republicano não seria mero instrumento de aplicação dos atos legislativos[[202]](#footnote-203). Já se vislumbra, aqui, um novo sistema que estava a instaurar uma mudança de paradigma e, também, uma readequação nas funções dos poderes, criando um controle sobre o Poder Legislativo e o Executivo. Nesse sentido, Lenio Streck aduz que na visão do juiz Marshall, o poder de interpretar as leis envolveria inexoravelmente o direito de verificar a sua conformidade com a Constituição, norma suprema do Estado, e quando constada a inconformidade, declarar a nulidade da norma, de modo que se evitaria que um eventual controle político pudesse ser realizado colocando o legislador na função de julgar em causa própria[[203]](#footnote-204).

Este entendimento de que a implementação do controle de constitucionalidade, nos moldes da *judicial review,* deu-se por meio do Decreto n.º 848, de outubro de 1890, é defendido também por Dirley da Cunha Júnior, para quem “esse controle já aparecia nítido desde a Constituição Provisória de 22 de junho de 1890 (Decreto n° 510, art. § 1º, alínea *b*) e no Decreto n° 848 de 11 de outubro de 1890, que organizou a Justiça Federal) (art. 9°, parágrafo único, alíneas *a* e *c*)” [[204]](#footnote-205).

Fato é que a Constituição de 1891 constitucionalizou a adoção do sistema de controle de matriz norte-americana de fiscalização difusa, incidental, realizável por via de exceção ou de defesa, e sucessiva da constitucionalidade dos atos normativos, o que veio a ser repetido em todas as Constituições subsequentes[[205]](#footnote-206).

A doutrina de Lenio Streck vai ao encontro da afirmação acima, pois diz o autor que, desde o Decreto 848, no ordenamento jurídico brasileiro já havia sido implementado um sistema jurisdicional de controle de constitucionalidade nos moldes da *judicial review*, o que veio a ser consolidado pela Constituição republicana de 1891, momento em que a república ganhou força com a escolha de um órgão de cúpula do Poder Judiciário para ser o responsável pelo controle. O autor afirma, ainda, que com a Constituição de 1981 passou a existir uma teoria constitucional brasileira[[206]](#footnote-207).

O sistema difuso, então implementado, estava disposto na outorga de atribuição aos juízes ou tribunais para processar e julgar as causas em que alguma das partes fundasse a ação, ou defesa, em disposição da Constituição Federal; e na atribuição do Supremo Tribunal Federal, recém-criado, para julgar recursos das sentenças das justiças dos Estados em última instância, quando fosse questionada a validade ou aplicação de tratados e leis federais, tendo a decisão do tribunal do estado contra ela e, principalmente, quando se contestasse a validade de leis ou atos de governos dos Estados frente à Constituição[[207]](#footnote-208). José Renato Martins defende categoricamente que a Constituição de 1891 pode ser considerada como o primeiro passo dado em direção à instauração de um controle jurisdicional da constitucionalidade no país[[208]](#footnote-209).

Na Constituição de 1934, que colocou fim à República Velha no Brasil, manteve-se o sistema do controle judicial difuso, incidental e sucessivo da constitucionalidade das leis e dos atos normativos do Poder Público, mas com algumas inovações. As inovações perpetradas, a fim de sofisticação do sistema, fizeram com que, aos poucos, o sistema se afastasse do puro critério difuso, com a adoção de aspectos do método concentrado, mas sem se aproximar do sistema europeu de matriz austríaca[[209]](#footnote-210). A Constituição de 1934, para além de manter o controle difuso de constitucionalidade no país, trouxe quatro inovações que constituíram verdadeiros avanços no sistema de controle. Dentre eles estão: 1) a atribuição de competência ao Senado Federal para suspender, total ou parcialmente, a execução de lei ou ato normativo declarado inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal; 2) a instituição da ação direta interventiva, de competência do Procurador Geral da República; 3) a instituição da reserva de plenário como requisito formal indispensável à declaração da inconstitucionalidade de lei ou ato do poder público; e, por fim, 4) a criação do mandado de segurança como um importante instrumento garantidor do direito individual[[210]](#footnote-211).

A instituição da reserva de plenário significa dizer que, nos tribunais, a inconstitucionalidade das leis e atos normativos somente poderia ser pronunciada por meio do voto da maioria absoluta dos seus membros[[211]](#footnote-212). Com isso, lembra a doutrina que havia o fortalecimento do princípio da presunção de constitucionalidade das leis, o que, consequentemente, militava a favor da segurança jurídica[[212]](#footnote-213). Outra inovação estava na competência atribuída ao Senado Federal para suspender, a pedido do Procurador Geral da República, com eficácia geral, o cumprimento da lei, quando declarada inconstitucional pelo Poder Judiciário. Oriene Dantas de Medeiros defende que a Constituição de 1934 foi quem inseriu no ordenamento jurídico pátrio a possibilidade de extensão dos efeitos da decisão do controle difuso para além do caso julgado, pois ao Senado Federal caberia a competência de suspender a execução da norma declarada inconstitucional no caso concreto, ou seja, a suspensão seria o meio constitucional adequado para a atribuição de efeitos *erga omnes* à decisão concreta[[213]](#footnote-214).

Também nesse mesmo sentido se posiciona Jorge Miranda, segundo o qual, quando “(...) a Corte Suprema declarasse a inconstitucional qualquer dispositivo de lei ou ato governamental, o mesmo Procurador-Geral comunicá-lo-ia ao Senado (art. 96) para efeito de suspensão da sua execução, no todo ou em parte (art. 91-IV)[[214]](#footnote-215)”.

Ainda sobre o tema, podemos mencionar a doutrina de Gilmar Mendes e Paulo Gustavo Gonet, que argumenta que a competência atribuída pela Constituição para que o Senado Federal pudesse deliberar acerca da lei ou de qualquer outro ato normativo declarado inconstitucional pelos tribunais, conferindo eficácia geral contra todos, foi uma forma de resolver o celeuma do insucesso das decisões tomadas pelo Supremo em sede do controle de constitucionalidade[[215]](#footnote-216).

A Carta Constitucional de 1934 foi aquela de menos vigência no ordenamento brasileiro, tendo sido logo substituída pela Constituição de 1937, outorgada por Getúlio Vargas, representando um grande retrocesso para a democracia brasileira[[216]](#footnote-217), pois levou à implementação da ditadura do Estado Novo e, como consequência, à implementação de um “Constitucionalismo Aparente” [[217]](#footnote-218).

A Constituição de 1937 – também conhecida como Polaca, pois foi inspirada na Constituição da Polônia – fortaleceu o Poder Executivo na pessoa do Presidente da República, ao mesmo tempo em que enfraqueceu os dois outros Poderes. Quanto ao controle de constitucionalidade, a Carta outorgada por Getúlio Vargas manteve o controle difuso da constitucionalidade, sem estabelecer, entretanto, a remessa ao Senado para a sustação dos seus efeitos[[218]](#footnote-219). Como exemplo de fortalecimento do Presidente, estabeleceu a Constituição que, no caso de uma lei ser declarada inconstitucional pelo Poder Judiciário, o Presidente, ao seu juízo, poderia submetê-la novamente ao Parlamento, se fosse relevante e/ou necessária para o bem-estar do povo e a promoção ou defesa de interesse nacional de alta monta. Nessa hipótese, o Poder Legislativo poderia, por 2/3 dos votos, em cada uma das suas Casas, confirmar a lei, tornando a decisão do Supremo Tribunal Federal sem efeito[[219]](#footnote-220). A Constituição de 1937, portanto, pouco contribuiu para a valorização da Constituição como norma suprema do Estado, tendo eliminado alguns dos avanços até então alcançados[[220]](#footnote-221).

A nova etapa da evolução do controle de constitucionalidade brasileiro foi marcada pelo segundo pós-guerra e pela deposição de Vargas. Assim, o Brasil ingressou em um processo de redemocratização em que foi promulgada a Constituição de 1946, em 18 de setembro. A nova Carta Constitucional manteve os princípios liberais-sociais da Constituição de 1934, aliados à legislação corporativa da Era Vargas[[221]](#footnote-222).

Quanto ao controle de constitucionalidade das normas, o processo de redemocratização impingido pela Constituição de 1946 restaurou a doutrina norte-americana, de acordo com a qual o Poder Judiciário deveria ser considerado supremo no que concerne ao controle de constitucionalidade[[222]](#footnote-223). Nesse ideário foi mantido o modelo difuso-incidental, implementado inicialmente pela Constituição de 1891, ao mesmo tempo em que foram reinseridas as inovações trazidas pela Constituição de 1934. Desta forma, o Poder Judiciário recobrou sua preeminência em assuntos de caráter constitucional[[223]](#footnote-224).

Em 1965, já sob o regime da ditadura militar, por meio da Emenda Constitucional n.º 16, de 26 de novembro, a então vigente Constituição de 1946 foi alterada, fazendo-se incluir nela o controle concentrado ou abstrato da constitucionalidade das leis e dos atos normativos federais e estaduais, de matriz austríaca[[224]](#footnote-225). A referida inclusão deu-se mediante a criação da representação genérica de inconstitucionalidade, nos moldes do sistema kelseniano. Para Gilmar Mendes e Paulo Gustavo Gonet, a alteração da Constituição de 1946 por meio da Emenda 16 consagrou o modelo abstrato de constitucionalidade sob a forma de uma representação que deveria ser proposta pelo Procurador-Geral da República[[225]](#footnote-226). Sobre o assunto, na doutrina portuguesa:

Uma segunda fase abrir-se-ia com a Emenda Constitucional n.º 16 de 26 de novembro de 1965 (já com o regime militar), ao adicionar um mecanismo de fiscalização abstrata: a representação contra inconstitucionalidade de lei ou ato de natureza normativa, federal ou estadual, encaminhada pelo Procurador-Geral da República perante o Supremo Tribunal Federal [nova alínea K) do art. 101, inciso I, da Constituição de 1946, formalmente ainda mantida em vigor][[226]](#footnote-227).

Após o golpe militar de 31 de março de 1964, os militares passaram a governar com base na edição de atos institucionais, atos complementares e decretos-leis, pois aqueles que haviam assumido o poder entendiam que tais atos normativos eram necessários para institucionalizar o que eles próprios chamaram de revolução[[227]](#footnote-228). Diante da diversidade de atos normativos, os mais diversos, e, principalmente, diante da alteração da configuração do regime de Estado brasileiro, era necessária uma nova Constituição, já que a Constituição de 1946, cujo cunho expressava a redemocratização após a ditadura de Getúlio Vargas, não fundamentava nem justificava um novo regime ditatorial[[228]](#footnote-229).

Neste contexto, em 24 de janeiro de 1967 foi outorgada pelos militares a nova Constituição brasileira, que tinha caráter centralizador, atribuindo ao Presidente da República fortes poderes e permitindo que os direitos individuais fossem suspensos. Além do mais, ao presidente da República era permitido que legislasse através de decretos-leis[[229]](#footnote-230). Já quanto ao controle de constitucionalidade, a Constituição imposta pelos militares manteve o sistema anterior, implementado pelas Constituições passadas, quando muito, trazendo pequenas alterações. Na doutrina brasileira, Lenio Streck defende que manteve-se o controle de constitucionalidade difuso, seguindo o modelo das Constituições anteriores[[230]](#footnote-231). O mesmo é defendido por Luís Roberto Barroso, para quem a Constituição de 1967 não modificou significativamente o sistema de controle de constitucionalidade[[231]](#footnote-232). Segundo o autor, nem mesmo a Emenda Constitucional n.º 1, considerada por muitos como uma nova Constituição devido às alterações promovidas no texto constitucional de 1967, previu, quanto ao controle de constitucionalidade, mudanças substanciais[[232]](#footnote-233).

A Emenda 1, de 1969, fundamentada no malsinado AI 5, não alterou o sistema de controle estabelecido pelo texto de 1967, a não ser na admissão do controle de constitucionalidade de lei municipal a ser feito pelo Tribunal de Justiça do Estado, em caso de violação de princípios sensíveis, para fins de intervenção do Estado no Município[[233]](#footnote-234).

A Ditadura Militar no Brasil perdurou por longos e sombrios vinte e um anos, entre os governos de militares conhecidos como da ala linha-dura e os governos dos militares da ala mais moderada. Os governos dos militares da ala linha-dura almejavam um regime extremista, intensificando a perseguição à oposição e buscando conservar o poder indefinidamente nas mãos das Forças Armadas[[234]](#footnote-235). Já os governos dos militares moderados esperavam restabelecer o poder civil mais rapidamente, após o expurgo de elementos considerados perigosos da vida política[[235]](#footnote-236). Todavia, os dois grupos não eram grandes apreciadores do regime democrático e nem mesmo da proteção dos direitos humanos e fundamentais[[236]](#footnote-237). Mas, de todo modo, passados alguns anos do início do regime, a sua distensão era inevitável.

Nesse contexto fático, o Colégio eleitoral escolheu o General Ernesto Geisel como novo Presidente da República e, diferentemente do seu antecessor, Geisel era um militar mais moderado e iniciou um processo de abertura lenta, gradual e segura do regime[[237]](#footnote-238). A abertura do regime prosseguiu com o sucessor de Geisel, General João Batista Figueiredo, também da linha moderada, que tomou posse em 1979. O General Figueiredo deu continuidade ao processo de abertura do país e ao processo de redemocratização, aprovando, inclusive, a Lei de Anistia[[238]](#footnote-239). A próxima eleição presidencial, ainda que indireta, culminou na eleição de um civil para o cargo de Presidente da República, Tancredo Neves, cujo vice, José Sarney assumiu o cargo. Após uma trágica fatalidade, Tancredo adoeceu e veio a falecer antes de tomar posse[[239]](#footnote-240). Terminava, assim, o Regime Militar.

O restabelecimento do Estado brasileiro veio com o fim do Regime Militar e, com ele, a redemocratização e uma nova configuração de Estado eram necessárias. Portanto, deu-se a edição de uma nova Constituição, pois, segundo Daniel Sarmento e Cláudio Pereira, somente uma Assembleia Constituinte soberana poderia tornar o Estado brasileiro legítimo e o poder político democrático[[240]](#footnote-241).

Assim, por meio da Emenda Constitucional n.º 25, de 27 de novembro de 1985, proposta pelo então Presidente da República José Sarney, os membros do Congresso Nacional brasileiro se reuniram, unicameralmente, em Assembleia Nacional Constituinte livre e soberana, no dia 1º de fevereiro de 1987, na sede do Congresso Nacional, com o objetivo de elaborar a nova Constituição brasileira[[241]](#footnote-242). Em 05 de outubro de 1988 foi promulgada a nova Carta Constitucional brasileira, ainda vigente.

A Constituição Cidadã, como é conhecida a Constituição de 1988, mantém o sistema judicial de controle da constitucionalidade das leis e dos atos normativos, implementado com a Constituição de 1891 e aperfeiçoado pela Emenda n.° 26 de 1965 à Constituição de 1946. Assim, o sistema atual no Brasil é judicial, nos moldes da *judicial review*, mas aperfeiçoado, pois mantém a combinação dos métodos difuso-concreto-incidental e concentrado-abstrato-principal[[242]](#footnote-243). Jorge Miranda reconhece que a Constituição de 1988 veio para aperfeiçoar e desenvolver o sistema e completá-lo com novos institutos de controle de inconstitucionalidade, quer por ação, quer por omissão, e, tanto de controle concreto, como de controle abstrato, o que seria, para o autor português, o começo de uma terceira fase, a atual[[243]](#footnote-244).

Após um longo processo de evolução, com traços de avanços e retrocessos, Brasil e Portugal possuem, atualmente, sistemas de controle semelhantes. Ambos os ordenamentos jurídicos adotaram, em suas vigentes Constituições, sistemas de controle considerados mistos ou complexos, pois, conforme será exposto abaixo, tais sistemas mistos congregam aspectos da *judicial review* norte-americana de controle difuso ao mesmo tempo, cuja competência é de qualquer juiz ou tribunal por via incidental, e, também, aspectos do sistema abstrato via ação direta, cuja competência para conhecer e julgar a inconstitucionalidade da lei ou do ato normativo é de um tribunal de forma abstrata, numa ação cujo objetivo é questionar a conformidade do ato com a Constituição.

### 2.2 O atual modelo de controle português

O atual modelo de controle de constitucionalidade português, inicialmente delineado pelo texto Constitucional de 1976, conservou, como uma atribuição do Conselho da Revolução, a competência de declarar a inconstitucionalidade de normas com força obrigatória geral, mas sempre a partir da provocação de um colegiado de órgãos[[244]](#footnote-245), o que, segundo Canotilho, manteve as “dimensões fundamentais de consagradas nas leis constitucionais pós-25 de abril – sistema misto de fiscalização judicial difusa e de fiscalização concentrada abstracta” [[245]](#footnote-246).

Após quase um século de história, entre avanços e retrocessos, a reforma implementada em 1982, na Constituição da República promulgada em 1976, foi decisiva para a implementação do atual sistema português de fiscalização dos atos jurídico-públicos diante da própria Constituição.

Nesse contexto, uma das características mais marcantes do sistema de controle de constitucionalidade das leis em Portugal consiste no fato de ser um sistema eminentemente jurídico e, portanto, todas as experiências do passado de controle político, seja do período monárquico ou do período revolucionário, cujo controle estava a cargo do Conselho da Revolução, são experiências que serviram para o aprimoramento do sistema, mas que ficaram no passado. A doutrina portuguesa é enfática quanto ao tema e defende que se deve afastar do sistema português em vigor a manutenção de quaisquer reminiscências da fiscalização constitucional política, de modo que a entidade que efetue o controle pertença sempre ao poder jurisdicional[[246]](#footnote-247).

Jorge Bacelar Gouveia sugere que uma importante característica do sistema português foi o afastamento de vez da presença do controle político, que durante anos fez parte do sistema de controle de constitucionalidade, em alguns momentos em dualidade com o sistema judicial. Desse modo, pela primeira vez, foi estabelecido no ordenamento português um sistema jurisdicional[[247]](#footnote-248). Fernando Alves Correia defende que a criação, em Portugal, de uma verdadeira e própria jurisdição constitucional autônoma está diretamente relacionada à Constituição de 1976 e à sua Lei de Revisão Constitucional de 1982, que instituiu um Tribunal Constitucional com atribuição específica para administrar a justiça em matérias de natureza jurídico-constitucional[[248]](#footnote-249).

De acordo com a Constituição da República portuguesa, o sistema de fiscalização da constitucionalidade é inegavelmente um sistema jurisdicional, com uma intervenção de uma pluralidade de instâncias judiciais, cobrindo grande parte dos atos jurídicos-públicos[[249]](#footnote-250) e tendo como uma de suas características mais marcantes a desconcentração da instância julgadora, quando se tratar de controle difuso e concreto.

Admite-se, então, e isso é inegável, que Portugal adotou o sistema de controle judicial difuso, atribuindo a competência de fiscalizar as normas e sua conformidade com a Constituição a todos os tribunais, sejam judiciais, administrativos ou fiscais, nos estritos termos dos artigos 204.°[[250]](#footnote-251) e 277.°[[251]](#footnote-252) da Constituição da República. É de se observar que no sistema difuso ou concreto, oriundo da matriz norte-americana, a legitimidade de impugnar um ato normativo ou jurídico, no caso concreto, é de todos os cidadãos, do próprio juiz de ofício ou até mesmo do Ministério Público[[252]](#footnote-253). Isso configura a marca de um genuíno sistema de controle misto ou híbrido, como o são os sistemas luso-brasileiros.

Neste sentido, de acordo com Gilmar Mendes e Paulo Gustavo Gonet Branco, os exemplos mais distintos do modelo misto são o modelo português, em que coexistem uma Corte Constitucional e os órgãos judiciais ordinários, que possuem autoridade para avaliar a validade da lei de acordo com a Constituição[[253]](#footnote-254), e o modelo brasileiro, no qual se associam o clássico modelo constitucional difuso e as ações diretas de inconstitucionalidade, que pertencem à alçada do Supremo Tribunal Federal[[254]](#footnote-255). Na mesma linha se situa o posicionamento de Carlos Blanco de Morais, para quem o modelo português comporia um terceiro gênero, configurando-se como uma convergência de dois modelos jurídicos distintos, a saber: o *judicial review* norte-americano e o *Verfassungsgerichtsbarkeit* austríaco[[255]](#footnote-256).

No contexto da atual Constituição da República, é de fácil conclusão que o sistema de fiscalização da constitucionalidade em Portugal é um sistema jurisdicional, difuso e concentrado, porque a intervenção de fiscalização se dá, ao mesmo tempo, por meio dos juízes e dos tribunais em geral, na análise dos casos concertos, e por meio do Tribunal Constitucional, o qual detém a prerrogativa de dar a última palavra com relação à constitucionalidade, o que denota a segunda característica marcante do sistema implementado. Sustenta-se, assim, na doutrina, que o modelo português, assim como o brasileiro, é um dos poucos sistemas que aliam o processo de controle difuso da constitucionalidade a processos de fiscalização abstratos[[256]](#footnote-257).

Sob o aspecto do controle difuso, na sistemática do modelo português, admite-se que qualquer juiz ou tribunal analise e julgue a questão da inconstitucionalidade, que pode surgir por via incidental, em um feito submetido a julgamento, desde que a questão da inconstitucionalidade tenha surgido como incidente na ação principal, pouco importando a jurisdição, e que seja relevante para a decisão do objeto do processo[[257]](#footnote-258). Fala-se, então, em controle de constitucionalidade por via de exceção ou incidental, pois a questão da inconstitucionalidade não é o aspecto principal do caso, como ocorre no controle abstrato. A atribuição de todo e qualquer juiz ou tribunal está fundamentada na obrigação dos tribunais em cumprir a Constituição e não aplicar normas contrárias a ela[[258]](#footnote-259), nos termos do artigo 204.° da Constituição da República Portuguesa. Jorge Miranda também defende que a fundamentação constitucional do controle difuso-incidental está no artigo 204.° da Carta Constitucional portuguesa. Segundo o autor, o referido artigo é o ponto de partida do controle concreto da constitucionalidade e da legalidade. Miranda prossegue afirmando que o controle concreto da constitucionalidade é indissociável da função jurisdicional, uma vez que o artigo 204.º faz referência direta a “feitos submetidos a julgamento” [[259]](#footnote-260).

Fernando Alves Correia argumenta que o sistema português é “difuso na base e concentrado no topo” [[260]](#footnote-261). O autor faz alusão ao difuso na base porque são os juízes que possuem o poder e o dever de vigiar a constitucionalidade das leis jurídicas que se apresentam nos casos[[261]](#footnote-262). Já a característica de concentração no topo refere-se ao fato de o Tribunal Constitucional ser responsável pela palavra final nos assuntos que abordam o tema da constitucionalidade[[262]](#footnote-263).

Diante da concentração das decisões num único órgão do Poder Judiciário, quando se tratar da análise abstrata do ato com a Constituição e, somente nesta hipótese, teria a decisão de inconstitucionalidade eficácia contra todos, a chamada eficácia *erga omnes*, em oposição aos efeitos da decisão tomada pelos demais tribunais e juízes, quando do controle concentrado, que possui efeitos somente inter partes.

Mas uma ressalva deve ser feita quanto à eficácia da decisão do Tribunal Constitucional, pois, diante da inexistência, no sistema jurídico português, do instituto do *stare decisis*, ou dos precedentes jurisdicionais vinculativos para o restante dos tribunais, próprios do sistema da *common law*, quando a última palavra couber ao Tribunal Constitucional, no controle concreto ou difuso de constitucionalidade, com base em recurso para ele interposto das decisões positivas ou negativas de inconstitucionalidade proferidas por qualquer tribunal, esta decisão apenas vinculará o tribunal *a quo* na decisão daquele caso que motivou a decisão do Tribunal Constitucional, e não todos os tribunais[[263]](#footnote-264). Canotilho assim conclui e enfatiza a originalidade do sistema português, já que ele não consagra o modelo puro de *judicial review,* porque existe também um sistema concentrado, e não consagra uma sistemática de simples incidente de inconstitucionalidade, porque os tribunais têm acesso direto à Constituição, com competência plena para decidir, e não apenas para apreciar e admitir o incidente, remetendo, como encontrado em alguns sistemas – alemão e italiano, por exemplo –, a decisão para o Tribunal Constitucional[[264]](#footnote-265). Nesse sentido, afirma-se que no atual sistema jurídico português todos os tribunais são órgãos da justiça constitucional, sem exceção.

Antes de adentrarmos a análise do atual sistema abstrato-concentrado vigente em Portugal, cuja atribuição da fiscalização é exclusiva do Tribunal Constitucional, faz-se imperioso descrevermos mais dois fatores com relação ao sistema difuso. O primeiro está relacionando ao próprio Tribunal Constitucional, que, nos termos do artigo 209.°, também compõe a estrutura do Poder Judiciário português e, como tal, também se lhe aplica a regra contida no artigo 204.° da Constituição. Neste sentido, pode o Tribunal Constitucional “conhecer incidentalmente da inconstitucionalidade quando tiver de exercer qualquer das suas competências jurisdicionais (fora da fiscalização da constitucionalidade a legalidade de normas jurídicas) previstas na Constituição e na lei” [[265]](#footnote-266), podendo dela, inclusive, “conhecer no próprio exercício de competências de fiscalização, quanto às respetivas normas processuais e quando arguida apenas a ilegalidade da norma *sub judice*” [[266]](#footnote-267).

O outro aspecto diz respeito a outra função exercida pelo Tribunal Constitucional no controle difuso-incidental de constitucionalidade, prevista no artigo 280.°, n.° 1, *a* e *b*, da Constituição, que é a de julgar em última instância, em grau de recurso, as decisões dos tribunais que recusarem aplicação de qualquer norma com fundamento na sua inconstitucionalidade ou decisões que apliquem norma cuja inconstitucionalidade tenha sido suscitada durante o processo. Vale ressaltarmos que cabe recurso para o Tribunal Constitucional, também com fundamento no artigo 280.°, n.° 2, *a* a *d*, das decisões dos tribunais quando do julgamento do controle de legalidade. O recurso para o Tribunal Constitucional contra as decisões de inconstitucionalidade será objeto de estudo do próximo capítulo.

Já quanto ao controle abstrato ou concentrado, o modelo implementado em Portugal, a partir da reforma constitucional de 1982, constitui-se de um sistema preventivo e sucessivo, já que a fiscalização de conformidade dos atos com a Constituição pode se dar tanto no procedimento de elaboração de certos atos jurídicos-públicos como depois da conclusão deles, respectivamente, conforme passamos a analisar.

Os artigos 278.° e 279.° da Constituição da República preveem o controle de constitucionalidade das normas de forma preventiva, antes que entrem de fato no ordenamento jurídico, produzindo os seus efeitos. Neste caso, a competência para conhecer e julgar o pedido de inconstitucionalidade é exclusiva do Tribunal Constitucional, mediante provocação do Presidente da República, ocasião em que a determinação do Tribunal não anula as normas, mas propõe o veto ou a reabertura do processo legislativo[[267]](#footnote-268). No magistério de J. J. Gomes Canotilho, o controle abstrato prévio objetiva evitar que certos projetos de atos normativos tornem-se atos perfeitos, porém inconstitucionais (art. 278.° da CRP e arts. 57°. e ss da LTC)[[268]](#footnote-269).

No controle abstrato sucessivo, também chamado de controle principal ou por via direta, a decisão do Tribunal Constitucional é tomada depois da finalização do processo legislativo. Portanto, a norma já entrou em vigor e já produz efeitos, e o Tribunal Constitucional, de forma repressiva e abstrata, sem a análise de um caso concreto, atua como um defensor da Constituição relativamente ao legislador e como órgão de garantia normativa da ordem constitucional[[269]](#footnote-270) e da supremacia da Constituição.

Assim, no controle abstrato, a inconstitucionalidade não é uma mera questão incidental do processo principal, de modo que o juiz precise conhecê-la para julgar o processo, mas é o próprio processo principal de inconstitucionalidade ou processo por via de ação, que tem por objeto uma pretensão dirigida à declaração, com força obrigatória geral, da inconstitucionalidade de normas jurídicas (arts. 223.°, 281.°/1 e 282.°, da CRP, e arts. 51 e ss da LTC). É um processo de controle de normas destinado, de forma abstrata, a verificar a conformidade formal, procedimental ou material de normas jurídicas com a Constituição[[270]](#footnote-271).

Nesta conjetura, a decisão tomada pelo juiz ou tribunal na análise de um caso concreto somente tem efeitos inter partes, não tendo o condão de anular a norma declarada inconstitucional como ocorre na decisão tomada pelo Tribunal Constitucional, quando do controle concentrado ou abstrato.

O fato é que o artigo 280.°[[271]](#footnote-272) da Constituição da República prevê a possibilidade de recurso ao Tribunal Constitucional, órgão a quem a norma constitucional do artigo 221.°[[272]](#footnote-273) atribui a função de ser o guardião da Constituição, já que é o tribunal competente para administrar a justiça em matéria jurídico-constitucional, situação em que, mesmo sendo proferida em sede recursal pelo Tribunal Constitucional, o efeito da decisão tomada na análise do recurso também possui efeitos inter partes.

A grande questão que se coloca é o que se prevê no artigo 281.°, 3[[273]](#footnote-274), que possibilita a atribuição de força obrigatória geral à decisão do Tribunal Constitucional, quando, na apreciação de recuso advindo do sistema difuso, já tiver sido por ele julgado inconstitucional ou ilegal três casos concretos. A questão se assemelha à repercussão geral do Direito brasileiro, mas, diferentemente daquele, no ordenamento jurídico português, o critério é objetivo e subjetivo ao mesmo tempo, questão que será mais bem analisada.

Por fim, vale mencionarmos que o ordenamento português admitiu um sistema de fiscalização tanto por ação quanto por omissão, o que significa dizer que a fiscalização por ação é o núcleo processual da garantia jurisdicional da Constituição, uma vez que a fiscalização por omissão “trata-se de um controlo desprovido de sanção que recai sobre o legislador quando este se abstém de aprovar leis que devem, nos termos constitucionais, complementar normas da Lei Fundamental não exequíveis por si próprias” [[274]](#footnote-275).

### 2.3 A Carta de 1988 e o “modelo brasileiro” de controle de constitucionalidade

A atual Constituição brasileira, promulgada em 05 de outubro de 1988, avançou sobremaneira no aperfeiçoamento do sistema de fiscalização da constitucionalidade das leis e dos atos normativos no Brasil. Dentre várias medidas de avanço, é possível citarmos a ampliação do rol dos legitimados para ingressar com a ação direta de constitucionalidade, introduzindo no sistema a ação de constitucionalidade por omissão e prevendo a instituição nos Estados-membros de representação de inconstitucionalidade de leis e atos normativos estaduais ou municipais face à Constituição estadual[[275]](#footnote-276).

A doutrina de Edmar Oliveira Andrade Filho defende, neste sentido, que a Constituição de 1988, para além de manter o sistema jurisdicional misto de controle de constitucionalidade dos atos normativos federais, estaduais e municipais, trouxe uma inovação em nível das mais modernas Constituições, ao prever a possibilidade de declaração de inconstitucionalidade por omissão e, após a Emenda Constitucional n.° 3 de 1993, instituir a ação declaratória de constitucionalidade[[276]](#footnote-277). No entanto, o mais relevante é que a Magna Carta brasileira de 1988 manteve o sistema de controle jurisdicional da constitucionalidade adotado na Constituição anterior, denominado de eclético devido ao convívio harmonioso, no atual sistema, do sistema americano de controle difuso da constitucionalidade e do sistema europeu ou austríaco, ainda que com algumas especificidades[[277]](#footnote-278).

Neste contexto, é pacífico na doutrina que o atual sistema de controle de constitucionalidade no Brasil, quanto à sua natureza, é jurisdicional e político. Jurisdicional porque a Carta Magna de 1988 instituiu, como uma atribuição privativa dos órgãos integrantes do Poder Judiciário, quer seja dos Tribunais, dentre eles, o próprio Supremo Tribunal Federal, e de qualquer juiz de direito no exercício da função jurisdicional, a competência de controlar a constitucionalidade entre uma lei ou ato e as regras constitucionais[[278]](#footnote-279). Não se pode olvidar, entretanto, que o ordenamento constitucional brasileiro também prevê o controle político, notadamente quando os demais poderes da República fiscalizam o próprio procedimento de elaboração das normas durante o processo legislativo, quer seja pelas Comissões Permanentes de Constituição e Justiça da Câmara dos Deputados ou do Senado, quer seja através do veto do Presidente da República ao sancionar o projeto de lei[[279]](#footnote-280).

No que se refere ao momento de realização do controle, o atual sistema brasileiro, como consequência da sua natureza jurisdicional e política, pode ser preventivo, quando a análise de conformidade é realizada sobre o processo legislativo. Também pode o controle ser repressivo ou posterior quando é realizado após a promulgação da lei, hipótese em que o controle é exclusivamente jurisdicional, ou seja, exercido de forma exclusiva pelos órgãos do Poder Judiciário, seja por meio de um tribunal ou juiz singular, na análise da questão incidental de constitucionalidade, ou pelo Supremo Tribunal Federal, quando a declaração da inconstitucionalidade processa-se em abstrato e não subordinada a um caso concreto[[280]](#footnote-281).

Podemos dizer, então, quanto ao processo, que o controle pode ser incidental e principal. O controle será incidental quando o tribunal ou o juiz de direito acolhe a alegação de inconstitucionalidade surgida incidentalmente no curso de qualquer processo. Portanto, não há um litígio constitucional. Ao revés, o controle será principal quando a questão da constitucionalidade da lei ou do ato normativo for a própria questão principal submetida ao crivo do Poder Judiciário, na hipótese de o Supremo Tribunal Federal ser a quem compete o julgamento das ações abstratas da constitucionalidade das leis no ordenamento jurídico brasileiro[[281]](#footnote-282). O controle é principal por ser a questão da constitucionalidade da lei o principal tema a ser julgado, sendo relevante mencionarmos que, nesta hipótese, a análise da constitucionalidade da lei se dá em abstrato, ou seja, em tese, sem estar relacionada a um caso concreto.

Da natureza do processo do controle, é possível identificarmos que o sistema brasileiro, quanto à competência para o conhecimento e julgamento da inconstitucionalidade da lei, pode ser difuso e concentrado. Será difuso quando tal competência for difundida e pertencer a todo e qualquer juiz ou tribunal, inclusive ao Supremo, sendo-lhes atribuída, então, a jurisdição de apreciar, no caso concreto, a alegação de inconstitucionalidade. A seu turno, será concentrado quando a competência para julgar a questão da inconstitucionalidade se concentrar num único órgão, com atribuição exclusiva de apreciar a constitucionalidade das leis em abstrato, através de ações especiais, como a ação direta de inconstitucionalidade, que, no Direito brasileiro, pertence ao STF[[282]](#footnote-283).

Quanto ao alcance subjetivo da decisão, este pode ser inter partes ou *erga omnes*. Será inter partes quando a decisão de inconstitucionalidade for proferida no controle incidental ou concreto. Nesta hipótese, os efeitos da decisão do juiz ou do tribunal alcançam somente as partes litigantes do processo, não beneficiando senão a quem for parte na demanda para reconhecer incidentalmente a inconstitucionalidade. Terá efeito *erga omnes*, portanto, alcançando a todos, partes e não partes, a decisão de inconstitucionalidade proferida no controle difuso ou concreto, realizado pela Suprema Corte brasileira em grau de recurso, quando a inconstitucionalidade tiver sido alegada incidentalmente ou em julgamento abstrato e concentrado, realizada por meio de umas das ações especiais, cuja questão da inconstitucionalidade é o objeto principal do processo[[283]](#footnote-284). Neste sentido já decidiu o STF, ao mencionar que a declaração incidental de inconstitucionalidade projeta os seus efeitos jurídicos exclusivamente na dimensão subjetiva que envolve as partes vinculadas a um determinado processo[[284]](#footnote-285).

Na doutrina brasileira, Dirley da Cunha Júnior também defende que a atual Constitucional brasileira foi um marco para o aperfeiçoamento do sistema judicial de controle da constitucionalidade, tendo mantido a combinação, que é característica do sistema luso-brasileiro, dos métodos difuso-concreto-incidental e concentrado-abstrato-principal[[285]](#footnote-286).

### 2.4 O tradicional controle difuso na presente Constituição e suas recentes alterações

O sistema de controle difuso, presente na atual Constituição brasileira, está assentado na *judicial review* norte-americana e teve origem no caso Marbury vs. Madison, julgado pela Suprema Corte norte-americana em 1803. Possui, assim, como premissa, a supremacia da Constituição diante das leis em geral e da necessidade de garantir o texto constitucional por meio de um controle atribuído aos órgãos do Poder Judiciário[[286]](#footnote-287). Essa é a grande característica do controle difuso, incidental.

O controle difuso, na linha de pensamento de Lenio Streck, é uma forma de quebrar o monopólio do órgão de cúpula do Poder Judiciário, dele retirando o monopólio do controle de constitucionalidade e servindo de importante mecanismo de acesso à justiça e, consequentemente, à jurisdição constitucional[[287]](#footnote-288). Defende o autor que o mecanismo do controle difuso possui uma importância ímpar, já que aceita que juízes de primeiro grau e tribunais, em seus arranjos plenários, efetuem a análise constitucional, por meio de circunstância de inconstitucionalidade propriamente provocada[[288]](#footnote-289).

O Brasil adotou viés diferente dos países europeus e não abraçou a fórmula dos tribunais constitucionais existentes em países como Alemanha, Itália, Espanha e Portugal, mas atribuiu a tarefa de controlar a constitucionalidade a qualquer juiz de direito de primeira instância, que pode deixar de aplicar uma lei, se entendê-la inconstitucional[[289]](#footnote-290).

No Brasil, então, ao lado do controle abstrato, inserido pela EC n° 16/65 à Constituição de 1946 – e hoje vigente por meio de Constituição de 1988 – vigora o sistema concreto ou difuso de constitucionalidade. Inicialmente, cabe ressaltarmos que, neste sistema, todo e qualquer juiz singular ou tribunal, ainda que os Superiores, tais como Supremo Tribunal Federal e Superior Tribunal de Justiça, pode reconhecer o incidente de inconstitucionalidade arguido como questão prejudicial do mérito de uma ação concreta *sub judice* e deixar de aplicar a lei ou o ato normativo reconhecido como contrário à Constituição. No Brasil, assim como em Portugal, o exercício do controle difuso de constitucionalidade pelos juízes e tribunais assenta-se no dever que eles possuem de aplicar as leis e a Constituição, esta como lei das leis. Daí decorre a competência para decidir se a lei ou o ato normativo do Poder Público está em conformidade com Constituição da República do Brasil, podendo, na hipótese de contrariedade, negar a sua aplicação ao caso concreto em julgamento[[290]](#footnote-291).

A primeira questão que se coloca é quanto à forma, pois no sistema concreto-incidental a inconstitucionalidade não é arguida como questão principal do processo, como ocorre nas ações do controle abstrato-concentrado. Aqui, o controle da constitucionalidade dos atos e omissões do poder público é realizado no curso de uma demanda judicial concreta e, como incidente dela, por qualquer juiz ou tribunal, ou seja, não estará o juiz ou tribunal a julgar a conformidade da norma com a Constituição como questão principal, mas prejudicial[[291]](#footnote-292) do mérito da questão principal, daí a afirmação de que o controle difuso é um controle incidental. Vânia Hack de Almeida também defende que a questão da inconstitucionalidade no sistema concreto-difuso deve ser alegada como uma questão prejudicial, de modo que o juiz da causa deva conhecê-la antes do mérito da demanda, ressaltando, ainda, que a questão da constitucionalidade não é, portanto, o pedido principal. Cunha Jr. faz uma advertência pertinente, ao diferenciar a questão prejudicial da questão preliminar. Enquanto a primeira está associada ao mérito da causa, devendo ser julgada antes e como condição de resolução da própria controvérsia, a segunda diz respeito ao próprio processo e ao seu regular desenvolvimento, que impedem o julgamento da lide[[292]](#footnote-293). O autor afirma que a inconstitucionalidade da lei ou ato normativo, no controle concreto-difuso de constitucionalidade, é arguida como matéria de defesa no curso de uma demanda judicial, como fundamento do pedido nela deduzido. Assim, “a inconstitucionalidade ostenta ‘caráter prejudicial’, pois é matéria de mérito que necessita ser analisada e decidida ‘antes’ pelo Judiciário, como condições para a solução da própria pretensão declinada na ação judicial em curso” [[293]](#footnote-294).

Sendo a questão da constitucionalidade de competência de todo e qualquer juiz ou tribunal, cabe fazermos uma ressalva, pois há uma diferença entre o controle difuso exercido pelo juiz singular e o controle exercido pelos tribunais. Na hipótese de uma questão incidental de inconstitucionalidade, posta perante um juiz singular, ele conhece da questão, mas não declara a inconstitucionalidade do texto normativo, tão somente deixando de aplicá-lo para aquele caso concreto em que a questão foi levantada[[294]](#footnote-295). Diferentemente, quando a questão da constitucionalidade de uma lei ou ato normativo do Poder Público é arguida como uma questão incidental de um processo concreto perante os tribunais, a reserva de plenário instituída pela Constituição de 1934 e repetida no artigo 97 da atual Magna Carta prevê que o *quorum* exigido para a declaração da inconstitucionalidade é o de maioria absoluta. Sendo assim, nos Tribunais de 2ª instância, o controle difuso se estabelece com a instalação do incidente de inconstitucionalidade[[295]](#footnote-296), que deve ser julgado pelo Plenário ou Órgão Especial do Tribunal, quando houver. Arguida a inconstitucionalidade, o relator deve submeter a questão à turma ou câmara que a decidirá. Caso se rejeite o incidente e, portanto, a inconstitucionalidade, o julgamento prosseguirá no órgão fracionário, com a questão prejudicial assim decidida; na hipótese contrária, quando no incidente a arguição de inconstitucionalidade é procedente, é lavrado o respectivo acórdão e a questão é submetida ao Tribunal Pleno ou ao Órgão Especial, conforme o caso[[296]](#footnote-297). Neste momento, o processo fica suspenso e a questão constitucional é remetida ao Órgão Especial do Tribunal, acompanhado do respectivo acórdão, conforme hipótese disciplinada pelos arts. 948 a 950 do CPC/2015, até que o órgão especial decida o incidente e volte o processo para julgamento do órgão fracionário. Há que se observar, por fim, que somente não será necessária a remessa da questão constitucional para o Plenário do Tribunal, ou Órgão Especial, na hipótese de, sobre a questão da inconstitucionalidade, já tiver decisão do Pleno ou do Órgão Especial do Tribunal ou, ainda, do STF[[297]](#footnote-298).

A reserva de plenário é uma regra presente no direito constitucional brasileiro desde a Constituição de 1934, e exige, para as decisões de inconstitucionalidade proferidas pelos Tribunais, um *quorum* de maioria absoluta de seus membros, a reserva de plenário (cláusula constitucional do “*full bench*”) ou, no tribunal onde houver, do órgão especial, já que milita a favor dos atos normativos públicos a presunção de constitucionalidade, que no direito brasileiro somente pode ser afastada se respeitada a regra da reserva de plenário, contida no artigo 97 da CF/88. Já no Direito português não se tem norma semelhante, que fixa a o *quorum*, mas pode-se dizer que há a determinação de que para os casos de fiscalização abstrata da constitucionalidade a Constituição portuguesa também impõe a reserva de plenário, pois o art. 224.°, 2, prevê que a lei pode determinar o funcionamento do Tribunal por seções, salvo no controle abstrato[[298]](#footnote-299).

Quanto às pessoas legitimadas para provocar o incidente de inconstitucionalidade ou mesmo alegar a inconstitucionalidade pelo sistema difuso-concreto, ela é a mais ampla e talvez mais democrática de todos os sistemas, pois envolve todos os atuantes no processo, partes e não partes, como os terceiros intervenientes. Assim, a doutrina é pacífica em defender que a provocação da jurisdição constitucional, em sede de controle difuso-incidental de constitucionalidade, pode ser realizada por todos aqueles que integram, de qualquer forma, a relação processual, assim como o órgão do Ministério Público, quando oficie no feito, os terceiros intervenientes (litisconsortes, assistentes, oponentes, entre outros) e, até mesmo, o juiz ou tribunal de ofício, exceto o STF, no recurso extraordinário[[299]](#footnote-300).

Outra característica importante do controle de constitucionalidade concreto-difuso do Brasil diz respeito aos efeitos da decisão que reconhece a incompatibilidade da lei ou ato normativo do Poder Público com a Constituição. Como se trata do sistema concreto-difuso, não restam dúvidas de que a decisão proferida quanto ao incidente de inconstitucionalidade arguido incidentalmente possui efeitos entre as partes do processo, independentemente de a decisão ter sido proferida por um juiz singular, por um tribunal, ou, até mesmo, pelo Supremo Tribunal Federal, quando da apreciação da inconstitucionalidade pelo sistema difuso. É o que a doutrina convencionou chamar de efeitos inter partes, em oposição ao efeito *erga omnes*.

Quanto ao tema, não restam dúvidas na doutrina pátria de que, no controle incidental, a declaração de inconstitucionalidade restringe-se às partes litigantes, já que é característico do referido controle o fato de que a inconstitucionalidade é arguida pelas partes dentro de um caso concreto, ainda que, em face de recurso extraordinário, a decisão de inconstitucionalidade seja proferida pelo Supremo Tribunal Federal. Deste modo, continua a lei ou o ato normativo impugnado, declarado inconstitucional em relação àquelas partes do processo, a vigorar e a produzir efeitos relativamente a outras situações e pessoas, a menos que, igualmente, se provoque a jurisdição constitucional, logrando essas pessoas obter idêntico pronunciamento[[300]](#footnote-301). A hipótese aventada leva ao problema de existir a possibilidade de leis ou atos normativos considerados inconstitucionais para uns e constitucionais para outros. Dentro desse entendimento, isso seria uma natural decorrência do controle incidental de constitucionalidade nos países que não adotam o princípio do *stare decisis* do sistema jurídico norte-americano, como é o caso do Brasil e de Portugal[[301]](#footnote-302). Para Carlos Blanco de Marais, tal situação incide sobre as regras básicas de estrutura processual e sobre as demandas fundamentais da segurança jurídica[[302]](#footnote-303). O autor afirma que isso permitiria subsistência, na ordem interna, de uma norma já julgada inválida no caso concreto e a multiplicação inútil de futuros processos com o mesmo objeto[[303]](#footnote-304).

Na doutrina constitucionalista brasileira, Streck argumenta que esse é um antigo problema e que já vem sendo discutido há longa data. Ele consiste em uma decorrência da implantação do *judicial review*, sem tratar do problema crucial para o controle de constitucionalidade, que era o de conceder efeito *erga omnes*, problemática resolvida no sistema americano através da doutrina do *stare decisis*[[304]](#footnote-305). No entanto, é fato que é característica do controle difuso, assim como no seu país de origem, a eficácia inter partes, inclusive quando a decisão é tomada pelo próprio STF, já que o exame da inconstitucionalidade dá-se em face de um caso concreto e a rejeição da aplicação da norma inconstitucional somente se aplica àquele caso, não permitindo nem mesmo a reclamação ao STF por aquele reclamante que não tenha sido parte do recurso extraordinário[[305]](#footnote-306).

A solução para o problema aventado acima veio com a previsão de remessa para o Senado Federal da decisão declaratória de inconstitucionalidade em sede difusa, na Constituição de 1934, repetida nas Constituições seguintes, com exceção da de 1937. O propósito era corrigir um deficiência do sistema difuso-incidental, acolhido em países como o Brasil, que são herdeiros da tradição romano-germânica da *civil law*, visando evitar a proliferação de ações judiciais propostas por todos que se sentissem afetados pela lei ou ato inconstitucional, evitando conflitos de decisões e preservando a segurança jurídica e a certeza do direito[[306]](#footnote-307). Neste contexto, o artigo 52, inciso X, da Constituição da República, previu que compete privativamente ao Senado cessar o cumprimento da lei revelada inconstitucional, através de deliberação categórica do Supremo Tribunal Federal[[307]](#footnote-308).

Assim, o mencionado artigo da Constituição atribuiu ao Senado Federal a competência de suspender a execução da lei ou ato normativo declarado inconstitucional em decisão definitiva tomada pelo Supremo no controle concreto-difuso. Importa mencionarmos que a referida norma constitucional veio para permitir a extensão dos efeitos da decisão de inconstitucionalidade proferida no controle difuso, por meio da suspensão da execução da lei, e não para permitir que o Senado possa declarar a inconstitucionalidade[[308]](#footnote-309). O STF já decidiu nesse sentido, somente admitindo a reclamação por aqueles que não foram partes do processo quando a decisão cuja autoridade foi violada for proferida no âmbito do controle concentrado de constitucionalidade e com eficácia *erga omnes* e efeito vinculante[[309]](#footnote-310). Neste sentido, cabe transcrever parte da decisão do Ministro Joaquim Barbosa, quando do indeferimento da Rcl. 2723/PR.

O instituto da reclamação não é medida processual apta a assegurar o direito pleiteado. Isso porque, na atual sistemática constitucional, entende-se que as decisões proferidas por este Tribunal em casos concretos, onde há uma real lide inter partes – como é o caso do habeas corpus –, têm eficácia restrita às partes envolvidas, não gozando, portanto, de efeito vinculante, tampouco tendo eficácia erga omnes, atributos típicos do controle concentrado de constitucionalidade.

Dessas decisões proferidas em casos concretos, como é o caso do habeas corpus e do recurso extraordinário, por exemplo, permite-se o manejo da reclamação, tão-somente por aqueles que foram parte na decisão desta Corte cuja autoridade é tida por violada[[310]](#footnote-311).

Corroborando os argumentos dispendidos em 1995, o STF, quando do julgamento da ADI n.° 91, utilizou um argumento contrário, mas que valida o tema da pesquisa, pois decidiu que em processo objetivo que impugna dispositivo de uma lei – neste caso, o processo da ação direta de inconstitucionalidade –, em tese, não se pode reconhecer, incidentalmente, a inconstitucionalidade de outra lei, uma vez que esta não está sendo impugnada. Cabe frisarmos parte da ementa do acórdão: “a declaração incidental só é possível no controle difuso de constitucionalidade, com eficácia ‘inter partes’, sujeita, ainda, à deliberação do Senado no sentido da suspensão definitiva da vigência do diploma, ou seja, para alcançar eficácia ‘erga omnes’” [[311]](#footnote-312).

A ideia era de que a questão dos efeitos estaria resolvida, pois, sem o *stare decisis*, a resolução do Senado Federal, após a declaração da inconstitucionalidade incidental da lei ou ato normativo em decisão final definitiva pelo STF em controle difuso, estenderia a eficácia da decisão de intra partes para *erga omnes*, ou seja, com efeito para todos. Mas não foi o que a história recente nos mostrou. Lenio Streck argumenta que o que deveria ser o marco regulatório da diferença entre uma decisão proferida em sede difusa e uma decisão resultante de controle concentrado acabou sendo erodido com o passar do tempo, pois o Supremo passou a fazer um uso seletivo das decisões que envia para o Senado, tendo enviado somente as decisões que julga mais relevantes, e as demais ficam no âmbito restrito dos efeitos próprios do sistema difuso[[312]](#footnote-313). Neste mesmo sentido, Eduardo Schenato Piñeiro sustenta que, apesar da tradição jurídica brasileira assentada nas decisões do STF sobre a eficácia inter partes da decisão de inconstitucionalidade no controle difuso, em tantos outros julgados, o STF tratou a matéria de modo diverso[[313]](#footnote-314). No recurso extraordinário n.° 197.917/SP, o STF julgou a inconstitucionalidade de uma lei num caso concreto e que poderia gerar consequências para todo Brasil. Nesta ocasião, o STF já começou a mudar a perspectiva das suas decisões, o que poderia acabar com a função do Senado no controle difuso, estipulada pelo art. 52, X da CF, passando a entender que caberia ao Senado apenas uma mera tarefa de dar publicidade à decisão do STF[[314]](#footnote-315).

Streck prossegue e defende que esta circunstância acabou vindo à tona no ano de 2006, por ocasião do julgamento da Rcl. 4.335/AC. No julgamento, os Ministros Gilmar Mendes e Eros Grau defendiam uma aplicação expansiva dos efeitos das decisões de inconstitucionalidade proferidas sem sede de controle difuso sem a participação do Senado Federal[[315]](#footnote-316). Os Ministros defendiam que o artigo 52, X, da CF/88 teria passado por um processo de mutação constitucional e que, diante de tal fato, era preciso saber se era possível atribuir efeito *erga omnes* e vinculante às decisões emanadas do controle difuso, dispensando-se a participação do Senado Federal ou transformando-o em uma espécie de diário oficial do STF nessas questões[[316]](#footnote-317). A mutação foi sustentada com base na incongruência entre as normas constitucionais e a realidade constitucional, ou seja, entre a Constituição formal e a Constituição material, afirmando-se, desta forma, que o texto da Constituição estava obsoleto e, assim, que a participação do Senado assentava-se em questão exclusivamente histórica[[317]](#footnote-318). No julgamento final venceram os argumentos do Ministro Teori Zavascki, que entendeu que, pela não ocorrência da mutação constitucional, mas firmando a tese de que embora o art. 52, X, da CF estabeleça que ao Senado compete suspender a execução de lei declarada inconstitucional por decisão definitiva do STF, as decisões da Corte podem ser revestidas de eficácia expansiva, ainda quando são tomadas em controvérsias de índole individual[[318]](#footnote-319). O efeito transcendente das decisões do STF estaria mais adequado ao processo de controle normativo no contexto da Constituição[[319]](#footnote-320) e, desta feita, não seria a deliberação do Senado responsável por conferir eficácia geral ao julgamento do Supremo, de modo que a própria disposição da corte abarcaria esse caráter normativo[[320]](#footnote-321).

Foi, na verdade, uma tentativa de resolver o problema da ausência de vinculação dos precedentes judiciais, típica de países da *civil law*, o que culminou com o intento de também objetivar o julgamento subjetivo realizado no controle difuso, de modo a estender a todos os efeitos da decisão proferida pelo STF em sede de controle difuso, sem a participação do Senado Federal.

Não se pode olvidar que não houve alteração formal do texto constitucional, uma vez que a Constituição estabelece a remessa ao Senado (art. 52, X) das decisões em sede de controle difuso emanadas do plenário da Corte Maior, e mais, vem da própria Constituição, ou seja, de uma opção do Poder Constituinte Originário, a determinação de que o pronunciamento do Senado seja condição de validade final da decisão do STF, exatamente em face do princípio federativo e da divisão de poderes vigente no Brasil[[321]](#footnote-322). Neste contexto, o efeito expansivo decidido pelo STF na Rcl. 4.335/AC, a um só tempo descumpriu a própria determinação contida no artigo 52, X da CF, desvirtuando e passando a confundir os dois sistemas de constitucionalidade (abstrato e concreto) quanto aos seus efeitos.

## O RECURSO PARA O TRIBUNAL CONSTITUCIONAL E SEUS EFEITOS

**3**

Como já mencionado, assim como o Brasil, Portugal também adotou um sistema misto ou híbrido de controle de constitucionalidade das leis e atos normativo do Poder Público, de modo que convivem harmoniosamente o controle concentrado-abstrato e o controle difuso-concreto, inspiração da *judicial review*. Em Portugal, o sistema de controle de constitucionalidade é um controle misto e complexo que possui ambos os sistemas: tanto o concentrado ou abstrato – cuja competência é exclusiva do Tribunal Constitucional, seguindo matriz originária do Direito Austríaco – quanto o sistema difuso ou concreto – cuja competência é de todos os juízes e tribunais, na mais cristalina aplicação da matriz norte-americana de fiscalização de constitucionalidade.

A finalidade desta pesquisa é a análise do sistema difuso de constitucionalidade dentro do ordenamento jurídico português e, como já visto, o controle difuso é aquele cuja atribuição e competência não são exclusivas da Corte Constitucional ou, no caso específico português, do Tribunal Constitucional. A competência é de todo e qualquer juiz ou tribunal, na análise de algum caso específico e concreto em julgamento em que as partes, ou somente uma delas, aventam a hipótese de inconformidade de uma lei ou ato jurídico-público aplicável com a Constituição. Na sistemática portuguesa, assim como no Brasil, tendo em consideração o controle difuso, os juízes têm, efetivamente, a atribuição e o poder de decisão sobre a questão de inconstitucionalidade suscitada no curso de um processo, podendo-se afirmar, a teor dos artigos 204.° e 280.° da Constituição portuguesa, a generalidade dos tribunais como verdadeiros e genuínos órgãos de justiça constitucional[[322]](#footnote-323). Todos os tribunais, independentemente de sua categoria, exercem fiscalização e todos os juízes são necessariamente juízes constitucionais, e não apenas os juízes do Tribunal Constitucional[[323]](#footnote-324). Canotilho, nesse sentido, defende que o processo de fiscalização concreta de normas jurídicas, chamado de incidental, é a consagração do direito (e do dever) de fiscalização dos juízes no que se refere às normas a serem aplicadas a um caso concreto[[324]](#footnote-325). Na mesma linha de raciocínio, Carlos Blanco de Morais também defende que os tribunais possuem um verdadeiro direito-dever no sistema do controle difuso de constitucionalidade português. Direito, pois não pode ser recusada a qualquer tribunal a capacidade de desaplicar uma norma inconstitucional num processo a que ele tenha sido exposto[[325]](#footnote-326). E dever, no sentido de que, no julgamento realizado pelo tribunal sobre uma questão de inconstitucionalidade, o incidente sobre o direito aplicável no processo principal assume caráter obrigatório, já que se inscreve, nos termos constitucionais, na esfera de uma competência vinculada[[326]](#footnote-327), podendo dela se afastar o tribunal. No Ac. n.° 169/92, o Tribunal Constitucional entendeu que a competência dos tribunais comuns no âmbito do controle difuso é vinculada, no sentido de que podem somente decidir as questões de constitucionalidade que tenham por objeto as normas jurídicas que forem aplicáveis ao caso concreto submetido a julgamento, devendo, por consequência, pronunciar-se sobre a constitucionalidade ou inconstitucionalidade da norma jurídica que não for aplicável ao caso apresentado para deliberação[[327]](#footnote-328).

No Direito português, o tribunal ou juiz, quando decide pela inconstitucionalidade no controle difuso ou concreto de constitucionalidade, está constitucionalmente autorizado (nos termos do artigo 204.° da Constituição da República, disposição que impede os órgãos do Poder Judiciário de aplicarem normas inconstitucionais aos feitos submetidos ao seu julgamento, oficiosamente ou a requerimento dos sujeitos processuais) a apreciar a compatibilidade do Direito aplicável com a Lei Fundamental[[328]](#footnote-329).

A decisão somente tem aplicação ou efeito entre as partes envolvidas no caso concreto sob julgamento, do mesmo modo que na sistemática brasileira. Essas decisões não produzem efeitos contra todos e nem têm o condão de declarar a nulidade da norma e de retirá-la do ordenamento jurídico. Tal atribuição cabe somente ao Tribunal Constitucional, quando, no exercício do seu poder de guardião da Constituição, estiver analisando uma ação abstrata de constitucionalidade proposta por uns dos legitimados do artigo 281.°, 2,[[329]](#footnote-330) da Constituição.

Desta feita, é da essência do sistema difuso de constitucionalidade que a decisão tomada somente tenha efeito entre as partes daquele caso concreto levado à discussão judicial. Não possui a decisão, portanto, no controle difuso de constitucionalidade, efeitos contra todos, e nem mesmo o poder de anular e retirar a norma reconhecida inconstitucional, naquele caso específico, do ordenamento jurídico português. Nesse contexto, os efeitos da decisão do Tribunal Constitucional se restringem ao caso concreto, por se tratar de uma decisão em controle difuso, vinculando apenas o processo e as partes nele intervenientes, decidindo-se em definitivo a questão da constitucionalidade para aquele caso[[330]](#footnote-331). O artigo 80.° da LOTC é preciso em prever que a decisão do Tribunal Constitucional faz caso julgado no processo quanto à questão da constitucionalidade.

Entretanto, o fato é que a decisão de inconstitucionalidade, proferida pelo juiz ou tribunal no julgamento de um caso concreto, é passível de recurso até que se chegue ao Tribunal Constitucional, a quem a Constituição Republicana conferiu, no seu artigo 280.°[[331]](#footnote-332), a competência de julgar em última instância a decisão de inconstitucionalidade, já que, por força do artigo 221.°, é o Tribunal Constitucional o órgão do Poder Judiciário com jurisdição para administrar a justiça em matérias de natureza jurídico-constitucional. Nas hipóteses de controle concreto-difuso, pode-se afirmar o postulado da supremacia do Tribunal Constitucional, uma vez que, em matéria de inconstitucionalidade, se a primeira palavra cabe a qualquer tribunal, a última deve pertencer a ele, em decorrência da ideia de garantia da Constituição e do fato de o Tribunal Constitucional ser o órgão especificamente legitimado para esse efeito[[332]](#footnote-333).

Neste sentido, seguindo o magistério do professor Jorge Miranda, a relevância do Tribunal Constitucional é dupla, ainda que consideremos que o sistema português de controle de constitucionalidade seja misto – difuso e concentrado –, relevância dúplice que a antiga Comissão Constitucional não tinha, já que somente se incumbia da análise da constitucionalidade abstrata[[333]](#footnote-334). A duplicidade, nas palavras do autor, está no fato de que cabe recurso da decisão de qualquer tribunal que aplique norma anteriormente julgada inconstitucional ou ilegal pelo Tribunal Constitucional, e porque quando o Tribunal declara três vezes inconstitucional ou ilegal a mesma norma, pode, em seguida, ser desencadeado um processo (de fiscalização abstrata), com vista à declaração de inconstitucionalidade ou ilegalidade com força obrigatória (art. 281.°, n.° 3)[[334]](#footnote-335).

Assim, independente do fato de a decisão que reconhece a inconstitucionalidade concreta da norma ou do ato jurídico-público ter sido proferida por um juiz singular ou por um tribunal, na análise de caso concreto, é fato que desta decisão cabe recurso ao Tribunal Constitucional, chamado de recurso de inconstitucionalidade.

Fazendo um contraponto com o sistema de constitucionalidade brasileiro, que possui as mesmas características do sistema português por ser um sistema judicial misto de controle de constitucionalidade, em termos de similitude para com o recurso de inconstitucionalidade, o ordenamento jurídico brasileiro concebeu o recurso extraordinário, cuja competência é exclusiva do Supremo Tribunal Federal, que, numa análise comparativa, é o Tribunal Constitucional brasileiro e o responsável pela análise e decisão em última instância das questões constitucionais, conforme dispõe o artigo 102.°[[335]](#footnote-336) da Constituição Federal brasileira.

O fato é que, conforme previsão da Constituição da República e também da Lei n°. 28/82 de 15 de Novembro, a chamada Lei Orgânica sobre a Organização, Funcionamento e processo do Tribunal Constitucional, em seu artigo 80.°, 1[[336]](#footnote-337), considera-se expressamente que a disposição do recurso faz caso julgado no processo quanto a assuntos de inconstitucionalidade ou ilegalidade levantados. A norma é expressa em dizer que a decisão de inconstitucionalidade, tomada no recurso no Tribunal Constitucional, somente faz coisa julgada no processo, ou seja, somente produz efeitos inter partes. Essa circunstância, de os efeitos da decisão de inconstitucionalidade se restringirem ao caso concreto porque não dispõem de força obrigatória geral, leva à situação de que a norma, cuja eficácia foi sustida num processo singular, com fundamento na respectiva inconstitucionalidade, continuará a vigorar no ordenamento, permitindo que continue a ser aplicada a outras situações jurídicas, em processos distintos, por tribunais que não a considerem desconforme com a Constituição[[337]](#footnote-338). Esse problema é semelhante ao que foi identificado no Brasil, resolvido em 1934 e copiado pela CF/88, de suspensão da exceção da norma por meio de resolução do Senado Federal, maior objetivação do recurso extraordinário e imposição da repercussão geral. Com problema semelhante, por não possuir o instituto do *stare decisis*, para evitar uma multiplicação de ações sobre as mesmas questões de inconstitucionalidade já reconhecidas na decisão do controle difuso pelo Tribunal Constitucional, por imposição dos princípios da economia, segurança jurídica e também da igualdade de tratamento, a Constituição de 1976, tanto no texto original, como no de 1982 após a revisão, criou a possibilidade de o Tribunal Constitucional apreciar e declarar com força obrigatória geral a inconstitucionalidade ou a ilegalidade da lei ou ato normativo no controle difuso quando já tenha havido certo número de decisões concretas nesse sentido[[338]](#footnote-339). Essa solução é a regra contida no artigo 281.°, n.° 3 da Constituição, regulamentada pela lei 28/82, em seu artigo 82.°.

Já nos anos 1980, logo após a sua criação, o Tribunal Constitucional, ao se manifestar sobre a sua competência constitucional como órgão judicial para dar a última palavra sobre questões constitucionais no controle difuso, decidiu que ao se submeter ao Tribunal Constitucional, em via de recurso, a apreciação da constitucionalidade de uma norma jurídica, o Tribunal deve realizar a fiscalização dessa mesma norma na sua aplicação concreta, e não analisar a constitucionalidade em abstrato[[339]](#footnote-340). Isso sinaliza que o Tribunal Constitucional, já no início da sua história, possuía uma ideia nítida acerca da diferenciação necessária entre os dois tipos de controle de constitucionalidade vigentes.

Nos termos do artigo 82.°[[340]](#footnote-341) da lei de criação do Tribunal Constitucional e do artigo 281.° da Constituição da República, há a possibilidade de a decisão, que julga o recurso advindo de um tribunal ou de um juiz, em que se reconheceu a inconstitucionalidade ou ilegalidade de uma norma, poder ter efeito contra todos, extrapolando o caso concreto colocado em análise. A lei e a Constituição, grosso modo, permitem que se atribua ao Tribunal Constitucional a possibilidade de conferir à decisão por ele tomada, na análise de um recurso dentro do sistema de controle difuso de constitucionalidade, efeito extra partes, quando a Corte já tiver se manifestado no mesmo sentido em outros três casos.

Isso significa que os referidos diplomas legais estão atribuindo uma abstrativização do modelo difuso, como ocorreu no Brasil com a implementação da objetivação dos julgamentos e repercussão geral, como requisito para a análise não só do recurso extraordinário a ser interposto pela parte, mas também das decisões dos demais juízes ou tribunais no caso de controle difuso de constitucionalidade sem a participação do Senado Federal, como determina o artigo 52, X, da Constituição brasileira, o que será mais bem analisado a seguir.

No que se refere ao recurso interposto ao Tribunal Constitucional, é relevante mencionarmos que nem a Constituição da República, nem as leis de criação e regulamentação do Tribunal Constitucional, evidenciam ou impõem qualquer requisito para o conhecimento e o processamento do referido recurso, bastando a simples irresignação das partes ou de apenas uma delas contra a decisão que, no caso concreto, reconheceu a inconstitucionalidade de uma norma ou de um ato jurídico-público, diferentemente do que ocorre no Brasil.

O Tribunal Constitucional, na análise e julgamento do recurso de inconstitucionalidade, não decidirá as questões que vão além da matéria constitucional. Ele vai se limitar a conhecer e julgar o recurso somente quanto à questão constitucional, pois o objeto do recurso é sempre a constitucionalidade ou a legalidade de uma norma, não a constitucionalidade ou a legalidade de uma decisão judicial. Ademais, a fixação do objeto do recurso não se opera em função do decidido pelo juiz *a quo*, já que não é a decisão que se critica, mas a razão das normas ou dos princípios constitucionais nela aplicados ou desaplicados[[341]](#footnote-342) pelo tribunal a reconhecer a inconstitucionalidade incidental. Quanto ao tema, já se pronunciou o Tribunal Constitucional, quando do julgamento do recurso constitucional n.º 235/90, ocasião em ficou decidido que o Tribunal Constitucional “aprecia a questão da inconstitucionalidade apenas quanto às normas impugnadas e exclusivamente nos termos em que a questão é posta no caso concreto submetido a julgamento (pelo recorrente, pelo Juiz a quo, pelo Ministério Público)” [[342]](#footnote-343).

Nesse julgado, o Tribunal Constitucional fixou a tese de que é o requerimento de interposição de recurso o ato idôneo para fixação e delimitação do objeto do recurso, reconhecendo, inclusive, que, se a parte nele especificou as normas a fiscalizar, não pode, posteriormente às suas alegações, ampliar a outras normas o objeto do recurso[[343]](#footnote-344).

No acórdão n°. 141/87, o Tribunal também assentou a tese de que, no domínio da fiscalização concreta da constitucionalidade, nos recursos de constitucionalidade, é a decisão recorrida que delimita os termos da questão de constitucionalidade a ser decidida pelo Tribunal, sendo que a decisão a ser tomada tem efeitos apenas no processo que deu origem ao recurso de constitucionalidade em causa. Seguindo na análise, acordou o Tribunal a tese de que a declaração de inconstitucionalidade de qualquer norma com força obrigatória geral só pode ter lugar pela via da fiscalização abstrata da constitucionalidade (art. 281.º da CRP), em processo que apenas pode ser desencadeado pelas entidades enunciadas nesse preceito. Assim, conforme decidido pelo Tribunal Constitucional, no processo de fiscalização concreta, que se circunscreve ao âmbito de um certo recurso de constitucionalidade, não pode enxertar-se num processo de fiscalização abstrata, o qual assim é, por natureza, independentemente de qualquer questão de constitucionalidade concreta. No mesmo acórdão, o Tribunal Constitucional inadmitiu ampliação do objeto do recurso para que se apreciasse a eventual inconstitucionalidade de normas de um outro diploma[[344]](#footnote-345). Note-se, pela decisão do Tribunal Constitucional, a relevância da distinção entre os sistemas abstrato e concreto.

O sistema de controle difuso e o recurso ao Tribunal Constitucional são simples se comparados a outros sistemas, como é o caso do sistema brasileiro. De acordo com o Tribunal Constitucional, ele não pode, em análise de recurso de inconstitucionalidade, proferir decisão com eficácia geral, o que corrobora a tese defendida. Se não pode o Tribunal Constitucional atribuir à sua decisão eficácia geral, como admitir a abstrativização do recurso por quem não detém a competência constitucional para iniciar o processo de fiscalização abstrata, já que a hipótese dos três casos julgados não passa de um processo abstrato de fiscalização, iniciado por quem não detém legitimidade para tanto, a teor do art. 281.º da CRP?

No caso brasileiro, com a Reforma do Poder Judiciário implementada pela Emenda Constitucional nº. 45/2004 houve uma alteração significativa das hipóteses, já restritas, de cabimento dos recursos extraordinários. Entretanto, ao mesmo tempo em que se restringiu as hipóteses de cabimento, seguindo a linha da objetivação do julgamento do recurso extraordinário, permitiu-se a ampliação e a expansão dos efeitos da decisão de inconstitucionalidade proferida no controle difuso. Em linhas gerais, a reforma manteve a regra de que o recurso extraordinário somente é cabível quando houver, na decisão recorrida, questão constitucional, mas foi a modificação do artigo 102 da Constituição da República Federativa do Brasil, com a inclusão de um §3º estabelecendo que o recorrente deverá demonstrar a repercussão geral das questões constitucionais discutidas no caso, a alteração mais expressiva[[345]](#footnote-346) a permitir o intento da expansão dos efeitos.

A nova redação do artigo 102, além de restringir a atuação do Supremo Tribunal Federal, a Corte Constitucional brasileira, no que se refere à sua competência para o julgamento do recurso extraordinário, acabou também por objetivar o julgamento do referido recurso, passando o Supremo somente a conhecer e julgar aqueles casos advindos do controle difuso, mediante recurso, em que estiver presente a repercussão geral da questão constitucional alegada. A reforma, de fato, contribuiu para que o Supremo Tribunal Federal exercesse precipuamente a sua função de guardião da Constituição. O objetivo da Emenda Constitucional n.º 45, com a instituição da repercussão geral, foi resgatar a feição do recurso extraordinário como elemento de uniformização, buscando, com isso, contornar o problema da crise numérica[[346]](#footnote-347) e também do efeito expansivo das decisões do Supremo Tribunal Federal tomadas no controle de constitucionalidade concreto-difuso. A doutrina brasileira ressalta que a instituição da repercussão geral tinha por único propósito restringir o cabimento do recurso extraordinário, que estava voltado ao objetivo de reduzir o número excessivo de processos sujeitos a julgamento pelo STF, situação agravada depois da promulgação da CF/88[[347]](#footnote-348). A intenção, portanto, jamais foi a preocupação com a eficácia das decisões tomadas no controle difuso, de modo a evitar conflitos entre as decisões. Claro que a ideia de evitar a multiplicidade de recursos sobre a mesma questão decidida em controle difuso, com a expansão dos efeitos, leva, consequentemente a uma diminuição dos recursos. Além do mais, a ideia da repercussão é aproximar a decisão do STF do *stare decisis* do Direito norte-americano. Já no âmbito da legislação infraconstitucional, a matéria veio regulamentada com a promulgação da Lei n. 11.418/2006, que dispõe que o Supremo Tribunal Federal só conhecerá o recurso extraordinário quando a questão constitucional oferecer repercussão geral, ou seja, quando abordar questões relevantes do ponto de vista econômico, político, social ou jurídico[[348]](#footnote-349).

Mostra-se relevante para o deslinde do presente trabalho a alteração trazida pela Emenda Constitucional n°. 45, quando da modificação do artigo 102 da Constituição brasileira, que além de impor limites para a interposição do recurso extraordinário, acabou por objetivar o referido recurso, dando a ele os contornos e efeitos do controle abstrato, já que, com a repercussão geral, o Supremo Tribunal Federal passou a conhecer e julgar do recurso extraordinário quando a questão constitucional fosse colocada de forma objetiva, mediante a existência de repercussão geral, ou seja, quando discutisse questões relevantes do ponto de vista econômico, político, social ou jurídico, de modo a transcender a subjetividade das partes, característica marcante do controle difuso. Por este aspecto, terá a sua decisão efeitos contra todos. De fato, o que ocorreu com as alterações trazidas pela Emenda Constitucional n.º 45 foi a objetivação da análise do recurso extraordinário, que, como consequência, trouxe uma abstrativização do controle difuso realizado pelo Supremo Tribunal Federal, quando na análise do recurso extraordinário[[349]](#footnote-350).

Na realidade, no caso brasileiro, o reconhecimento da repercussão geral da matéria constitucional, tratada no recurso extraordinário, não só autoriza o Supremo Tribunal Federal a conhecer e julgar o recurso como impõe a suspensão de todos os demais processos em todas as demais instâncias judiciais cuja matéria seja idêntica ao recurso aceito nos termos do artigo 1035, § 5.°[[350]](#footnote-351) do Novo Código de Processo Civil brasileiro. A partir da nova sistemática inserida pela repercussão geral, nas hipóteses de múltiplos recursos, reconhecida a repercussão, o STF, por meio do relator do caso, escolhe um ou mais recursos representativos da controvérsia e ordena a devolução dos demais recursos à origem, determinando, ainda, o sobrestamento dos demais recursos em todos os Tribunais brasileiros. Se o STF inadmitir a repercussão geral, todos os recursos serão inadmitidos; se for reconhecida a repercussão e julgado o mérito do recurso, os demais, que estavam sobrestados, serão apreciados pelos Tribunais de origem que os declararão prejudicados ou se retratarão com base na decisão tomada pelo STF[[351]](#footnote-352).

Criou-se, no ordenamento jurídico brasileiro, um instituto próximo do *stare decisis*, apto a expandir os efeitos da decisão proferida no controle difuso. Neste contexto, a sistemática da repercussão geral fez com que as decisões proferidas nos processos estendessem seus efeitos para uma série de demandas sobre igual tema, antes mesmo da conversão do entendimento em súmula vinculante[[352]](#footnote-353), caracterizando mais uma fase do fenômeno de objetivação do recurso extraordinário com o fim de expandir, sem a participação do Senado Federal, os efeitos da decisão de inconstitucionalidade proferida de modo definitivo pelo Supremo, quando do julgamento do recurso extraordinário no controle concreto-difuso.

No sistema brasileiro, com a expansão dos efeitos da decisão do controle difuso de inter partes para *erga omnes,* sem a observância do artigo 52, X da Constituição Federal, já há a objetivação do recurso interposto pela parte, o que veio a ser concretizado institucionalmente mediante a instituição e a necessidade de reconhecimento da repercussão geral e expansão dos efeitos, sem a formação de um novo processo abstrato, como ocorre no Direito português. O sistema brasileiro, como dito, é diferente do sistema português, e a principal diferença se dá exatamente quanto aos efeitos do julgamento do recurso pelo Tribunal Constitucional, conforme analisaremos a seguir.

### 3.1 A abstrativização do recurso para o Tribunal Constitucional

Neste tópico é relevante demonstrarmos o modo como o Direito português, na verdade, a Constituição da República de 1976, solucionou o mesmo problema do Brasil relacionado à ausência do *stare decisis* no ordenamento jurídico, quando da declaração de inconstitucionalidade em decisão definitiva do Tribunal Constitucional no julgamento do recurso de inconstitucionalidade.

A questão que se coloca parece simples, mas do ponto de vista jurídico, social e político é mais complexa, principalmente quando se leva em conta todo o histórico do constitucionalismo português, mais especificamente no que se refere à história do controle de constitucionalidade, que veio permeada de avanços de retrocessos. O fato é que, atualmente, com a Constituição da República de 1976, mais precisamente após a reforma de 1982, Portugal passou a adotar um sistema integralmente judicial de controle de constitucionalidade, um modelo misto que engloba o sistema difuso e o controle abstrato, de modo que esse último pode se dar por meio de análise preventiva ou sucessiva, por omissão ou por ação.

É relevante para o deslinde do presente trabalho a análise do sistema difuso de constitucionalidade, mais precisamente quando se analisa o recurso de inconstitucionalidade que é interposto para o Tribunal Constitucional nos termos do artigo 280.° e 281.° da Constituição da República, principalmente porque o referido recurso impugna a decisão do juiz ou tribunal que tenha recusado a aplicação de qualquer norma com fundamento na sua inconstitucionalidade, ou que tenha aplicado uma norma cuja inconstitucionalidade tenha sido suscitada durante o processo. Vê-se, portanto, que, ao contrário do sistema brasileiro, é um recurso extremamente subjetivo, já que não há qualquer limite para a sua interposição, como no Brasil, ficando o Tribunal Constitucional a julgar as causas concretas, mas subjetivas entre duas pessoas, ou, melhor dizendo, entre as duas partes do processo concreto, ainda que não haja julgamento sobre a justiça ou injustiça da decisão, mas tão somente da questão constitucional. O recurso chega ao Tribunal, não havendo qualquer limitação, como ocorre no sistema brasileiro, em que a abstrativização do recurso ao Supremo Tribunal Federal se dá mediante a exigência da repercussão geral. Assim, no caso brasileiro, o recurso somente é admitido ao Tribunal se presente a repercussão geral. Caso presente, além de fazer com que o Tribunal conheça e analise o recurso, a decisão tomada, ainda que em controle difuso, terá eficácia contra todos, ou seja, a apreciação do recurso terá força obrigatória geral[[353]](#footnote-354).

Assim como no sistema brasileiro, não existem em Portugal critérios de objetivação, até porque o artigo 280.°, 6, da Constituição portuguesa é explícito em dizer que “os recursos para o Tribunal Constitucional são restritos à questão da inconstitucionalidade ou da ilegalidade, conforme os casos”. Melhor dizendo, conforme os casos concretos, cuja decisão originou o recurso ao Tribunal Constitucional. Neste sentido, talvez pela tenra idade do Tribunal Constitucional português, este se contraponha aos mais de 100 anos de existência do Supremo Tribunal Federal no Brasil, cujo sistema tem condicionado a apreciação do recurso extraordinário em caso de inconstitucionalidade reconhecida de forma difusa a critérios rigorosos, que vão além da simples alegação da questão constitucional, numa forma de restringir o acesso ao Supremo – o que pode ser até questionável, diante do amplo acesso ao Poder Judiciário previsto no artigo 5º, inciso XXXV[[354]](#footnote-355) da Magna Carta Brasileira. No entanto, a intenção da repercussão geral não somente restringe o acesso ao Supremo, mas confere um efeito expansivo das decisões do controle difuso, notadamente sem a partição do Senado Federal.

O mais importante, neste momento, é frisarmos a questão da objetivação do recurso extraordinário, em que, ao invés de se julgar o caso concreto, vai-se examinar a constitucionalidade de forma abstrata com efeitos contra todos. Seria uma abstrativização do julgamento do recurso extraordinário, tal como previsto no artigo 281.°, 3 da Constituição da República portuguesa e no artigo 82.° da Lei 28/82, de 15 de Novembro.

Os referidos diplomas, constitucional e legal, preveem um tipo de objetivação do recurso de inconstitucionalidade interposto junto ao Tribunal Constitucional, na hipótese de a mesma norma ter sido julgada inconstitucional ou ilegal em três casos concretos. Nessa situação específica, pode o Tribunal Constitucional promover a organização de um processo com as cópias das correspondentes decisões para a análise da inconstitucionalidade, prevendo a lei que o processo montado seguirá os termos do processo de fiscalização abstrata sucessiva da constitucionalidade ou da ilegalidade, prevista na presente lei. Note-se que é a própria lei, que fala em novo processo, que seguirá o rito do controle abstrato. A hipótese colocada acima é nada mais do que uma objetivação do recurso de inconstitucionalidade interposto ao Tribunal, com o fim de expandir os efeitos da decisão definitiva de inconstitucionalidade proferida por ele, assim como foi feito no Brasil, com a diferença de que, no caso português, a formação do processo, ou a transformação da análise de difusa e concreta para a fiscalização concentrada ou abstrata, fica a cargo do Tribunal, que, na previsão legal, pode ou não objetivar a análise de inconstitucionalidade a partir do recurso interposto para dar efeitos contra todos, para além do processo já examinado. A questão da objetivação ou abstrativização do controle difuso para o concentrado não é automática, ficando pendente de provocação de um dos legitimados do artigo 82.° da Lei n.° 28/82.

O efeito que se quer é o mesmo que um dos efeitos pretendidos pelo ordenamento jurídico brasileiro, ou seja, objetivar a atuação da Corte Constitucional, restringindo a sua atuação aos casos de inconstitucionalidade de forma abstrata, sem prejuízos das suas outras atribuições constitucionais.

## A QUESTÃO DA ABSTRATIVIZAÇÃO DO CONTROLE CONCRETO DE

**4**

## CONSTITUCIONALIDADE NO BRASIL E EM PORTUGAL

### 4.1 O controle concreto e a abstrativização dos efeitos da decisão de inconstitucionalidade

É da essência do sistema de controle difuso-concreto da constitucionalidade dos atos do poder público a eficácia inter partes e o efeito não vinculante da decisão proferida, inclusive a proferida pela STF. Ocorre que, por questões de economia processual, segurança jurídica e harmonia entre os julgados, notadamente no Direito brasileiro, o controle difuso, realizado pelo STF, quando do julgamento do recurso extraordinário, tem sofrido uma mudança de paradigma. O legislador pátrio e o próprio STF, como já se viu, têm implementado mecanismos com o objetivo de conferir maior eficácia e efeitos vinculantes às decisões do STF quando proferidas no controle difuso, o que se convencionou a chamar, no Brasil, de abstrativização do controle difuso de constitucionalidade.

O processo de abstrativização visa resolver um problema criado pela sistemática de fiscalização concreta de constitucionalidade, notadamente em países como Brasil e Portugal, que são filiados à *civil law* e, portanto, não possuem o instituto do *stare decisis*, que é típico de países como os Estados Unidos da América, em que os magistrados devem obedecer e se pautar nas decisões prolatadas pelos órgãos judicias de maior hierarquia. Ou seja, em razão do *stare decisis,* o precedente judicial ganha repercussão para transcender o caso concreto e estender os seus efeitos aos casos semelhantes e futuros.

Em termos de Brasil, desde a promulgação da Constituição de 1988, o STF vem enfrentando o dilema e, de forma tímida, tentando equacionar o problema. Nesse contexto, o Tribunal vem aceitando, mesmo que de forma acanhada, o fato de se fazer um juízo político de relevância e conveniência[[355]](#footnote-356) em nome da segurança jurídica, para se adotar a sistemática de caso por caso, avaliando quais efeitos deveriam ser impostos à decisão[[356]](#footnote-357). Essa preocupação do STF se dá em virtude do reconhecimento de que a inconstitucionalidade, mesmo que incidental, produz consequências para além do caso em julgamento.

A grande mudança no entendimento ocorreu no julgamento do *habeas corpus* 82.959-7/SP, em que o paciente questionava a constitucionalidade do § 1º do artigo 2º da Lei nº 8.072, de 25 de julho de 1990[[357]](#footnote-358). No referido julgamento, ocorrido em fevereiro de 2006, o STF, por maioria, decidiu por deferir o pedido de *habeas corpus* e declarar, *incidenter tantum*, a inconstitucionalidade do § 1º do artigo 2º da Lei nº 8.072. Na mesma decisão, tornou explícito que a declaração incidental de inconstitucionalidade do preceito legal em questão não geraria consequências jurídicas com relação às penas já extintas nesta data, pois a decisão plenária envolveu, unicamente, o afastamento do óbice representado pela norma declarada inconstitucional, sem prejuízo da apreciação, caso a caso, pelo magistrado competente, dos demais requisitos pertinentes ao reconhecimento da possibilidade de progressão[[358]](#footnote-359). Ora, o STF manejou os efeitos da declaração de inconstitucionalidade incidental, conforme o faz no controle abstrato, quando, por razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social, por decisão de dois terços de seus membros, pode 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 quando do julgamento abstrato.

O Tribunal, além de reconhecer a inconstitucionalidade incidental da lei, estendeu sua decisão, via manipulação dos seus efeitos, para abranger todas as situações semelhantes, com a ressalva de que aquela decisão tomada não geraria consequências jurídicas com relação às penas já extintas na data da decisão[[359]](#footnote-360). O STF atribuiu à decisão incidental do controle concreto efeitos *erga omnes* para atingir os casos semelhantes que poderiam ensejar recursos com o mesmo fundamento, aplicando solução semelhante ao *stare decisis* norte-americano. Ademais, preocupou-se com os efeitos concretos já produzidos pela norma, pois além de ela mesma gozar de presunção de constitucionalidade até aquele momento, o próprio STF já havia decidido pela constitucionalidade da norma em outras situações anteriores, transformando a presunção em certeza[[360]](#footnote-361). O Tribunal, ao manejar os efeitos da declaração de inconstitucionalidade incidental, cuidou de precaver-se quanto a possíveis ações de indenização contra o Estado, para os casos em que já havia o cumprimento da pena em regime integralmente fechado. Assim é que, ao estender os efeitos da decisão para além do caso concreto, o STF resguardou-se, determinando que a decisão não atingiria as penas já cumpridas e que ela somente foi tomada para afastar o “óbice representado pela norma, ora declarada inconstitucional, sem prejuízo da apreciação, caso a caso, pelo magistrado competente, dos demais requisitos pertinentes ao reconhecimento da possibilidade de progressão” [[361]](#footnote-362).

O grande precursor desta inovação foi o ilustre Ministro Gilmar Mendes, que defendeu a manipulação dos efeitos da decisão incidental, assim como ocorre no controle abstrato, sob o argumento de que no sistema difuso mais tradicional do mundo, o dos Estados Unidos, já se admite a mitigação dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade e, em casos determinados, até mesmo a pura declaração de inconstitucionalidade com efeito exclusivamente *pro futuro*[[362]](#footnote-363). Argumentou, ainda, que não só a Suprema Corte americana, mas uma série expressiva de Cortes Constitucionais e Cortes Supremas adota a técnica da limitação de efeitos e conclui, de forma clara, que o modelo difuso não apresenta incompatibilidade com a doutrina da limitação dos efeitos[[363]](#footnote-364).

Neste sentido, é certo que se a declaração de inconstitucionalidade afeta somente a demanda em que foi levada a efeito, não há que cogitar a alteração de julgados anteriores, já que o próprio sistema difuso-incidental mais tradicional do mundo também passou a admitir a mitigação dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade em certos casos. Assim, a Suprema Corte Americana, quando do julgamento do caso Linkletter vs. Walker,passou a acolher a pura declaração de inconstitucionalidade com efeitos exclusivamente *pro futuro*[[364]](#footnote-365). Não se enquadra a decisão em comento na mesma hipótese da objetivação do controle difuso ocorrido no Brasil, mas é relevante do ponto de vista que o sistema concreto-difuso mais tradicional do mundo, que serviu de base e de inspiração para os demais controles difusos espalhados pelo globo, notadamente Brasil e Portugal, passou a admitir a manipulação dos efeitos da decisão proferida incidentalmente, ainda que seja para imputar à decisão efeitos pro futuro, o que não deixa de ser uma modificação relevante. Neste contexto, a experiência mundial mostra que uma série expressiva de Cortes Supremas e Cortes Constitucionais adota a técnica da limitação de efeitos, dentre elas, a Corte Constitucional austríaca, a Corte Constitucional alemã, a Corte Constitucional portuguesa, o Tribunal de Justiça da Comunidade Europeia e o Tribunal Europeu de Direitos Humanos[[365]](#footnote-366).

O Tribunal abstrativizou o julgamento e a decisão de inconstitucionalidade, estendendo seus efeitos para todos os demais casos, com a ressalva de que não atingiria somente as penas já cumpridas[[366]](#footnote-367).

Houve uma preocupação com o direito da parte, concretamente defendido no julgamento, mas, ainda maior, com integração, unidade e defesa do direito objetivo. O STF cuidou da questão subjetiva, típica do controle difuso, atentando-se, também, para a defesa da unidade e harmonia do ordenamento jurídico pátrio, pelo que não preteriu o caráter objetivo de sua decisão. A consequência mais expressiva dessa objetivação do julgamento do controle incidental de constitucionalidade é que seus efeitos foram prolongados para além dos litigantes, sendo estendida a situações semelhantes. Dessa forma, restou configurada a objetivação, visto que foram produzidos, no julgamento do controle difuso, os efeitos essenciais do controle abstrato.

É de se notar, no entanto, que a decisão do STF no HC 82.959/SP expandiu os efeitos da declaração incidental de inconstitucionalidade, sem que tenha se utilizado da sistemática constitucional adequada prevista no artigo 52, X da CF, ou seja, houve a extensão para todos dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade, sem que a decisão fosse informada ao Senado Federal, para que ele emitisse a resolução de suspensão da execução da norma declarada inconstitucional. Houve, portanto, a abstrativização da decisão do recurso extraordinário, ou seja, o Tribunal tornou abstrato o controle difuso, ao conceder à decisão eficácia *erga omnes* e efeito vinculante. O mesmo se deu no julgamento da Rcl. 4335/AC, em que o Tribunal também expandiu os efeitos da decisão proferida no controle difuso.

No Direito português, a própria Constituição de 1976 trouxe uma forma de “abstrativizar” o recurso de inconstitucionalidade dirigido ao Tribunal Constitucional. Trata-se da previsão contida no artigo n.º 281, 3, que permite ao Tribunal Constitucional, após o julgamento de três casos concretos, apreciar e declarar, com força obrigatória geral, a inconstitucionalidade ou a ilegalidade de qualquer norma. O mencionado artigo foi regulamentado pela lei n.º 28/82, em seu artigo n.º 82, que, como já visto, determina que após o julgamento dos três casos semelhantes, por iniciativa de qualquer dos juízes do Tribunal ou do Ministério Público, organiza-se um processo com as cópias das decisões correspondentes, seguindo-se os termos do processo de fiscalização abstrata. É, também, assim como no Direito brasileiro, uma forma de abstrativizar a decisão do controle difuso. O próprio Tribunal Constitucional reconheceu que as normas em referência impõem uma transformação do procedimento, quando, no Acórdão n.º 340/08, assentou a tese de que “(...) sendo a existência de três decisões concretas de inconstitucionalidade mero pressuposto da instauração de um processo autónomo de fiscalização abstracta da constitucionalidade da norma em causa (...)” [[367]](#footnote-368).

Notamos, então, que há de fato uma abstrativização da decisão, de modo a expandir os efeitos contra todos, pois, se assim não fosse, o procedimento para a extensão do efeitos da decisão do controle difuso somente haveria de ser realizado mediante a impugnação da norma por meio de controle abstrato-concentrado, nos termos do art. 281.° da Constituição, de modo que tal procedimento somente poderia ser iniciado por um dos legitimados do n.° 2 do referido artigo, hipótese em que se questionaria a norma em abstrato numa ação cuja finalidade e objeto principal é a declaração de inconstitucionalidade.

A doutrina portuguesa também comunga do mesmo entendimento, posto que defende a competência, prevista nos preceitos constitucional e legal, implicando o início de um novo processo, com obediência em sua tramitação, e julgamento ao regime de fiscalização abstrata, cuja decisão, se confirmar as anteriores, terá força obrigatória geral[[368]](#footnote-369), ou seja, ocorrendo a abstrativização. É relevante, nesse aspecto, que a expansão dos efeitos da decisão se dá sem a participação dos órgãos democráticos legitimados constitucionalmente para tanto, não se podendo olvidar que, em regra, a participação de outros sujeitos, tais como os agentes políticos elencados como legítimos para a iniciativa do controle abstrato, e, até mesmo, a participação do Senado Federal no Direito brasileiro, representam as facetas do princípio da divisão de poderes e do princípio federativo[[369]](#footnote-370). Exatamente por esta questão democrática e política, entende-se que os legitimados a iniciarem o processo abstrato de fiscalização são determinados e insubstituíveis. O próprio Tribunal Constitucional português, quando do julgamento do acórdão n.° 7.° de 1983, entendeu que, no controle abstrato, tem de ser o Procurador-Geral da República a requerer, pessoalmente, a apreciação e declaração da constitucionalidade ou legalidade das normas visadas; sendo assim, só ele é parte legítima para fazê-lo[[370]](#footnote-371). O Tribunal, então, entendeu que “porque se trata de uma competência de natureza política, por isso mesmo insusceptível de ser exercida por substituição ou mercê de delegação, o pedido foi formulado com manifesta falta de legitimidade[[371]](#footnote-372)”. No mesmo sentido foi a decisão do acórdão n.° 8, também de 1983[[372]](#footnote-373).

É notório que tanto a regra contida nos arts. 281.°, 3 da CRP, como o artigo 82.° da lei n. 28/82, bem como as várias decisões proferidas pelo Supremo, entre elas os acórdãos n. Rcl. 4335/AC e HC 82.959/SP e, posteriormente, a inclusão da repercussão geral no ordenamento brasileiro, são fatores que comprovam uma mudança de paradigma na sistemática do controle difuso e passaram a prever a objetivação ou abstrativização das decisões proferidas de modo incidental, quer pelo STF, quer pelo Tribunal Constitucional português.

### 4.2 A questão da legitimidade da abstrativização em Portugal e no Brasil

A chamada abstrativização do recurso interposto ao Tribunal Constitucional pode trazer um inconveniente constitucional ou inconstitucional, pois atribui ao juiz do Tribunal Constitucional ou ao Ministério Público a legitimidade para propor a abstrativização, que, na realidade, nada mais é do que a iniciativa de propor um processo de constitucionalidade abstrato, já que a própria Lei n.° 28 de 1988, em seu art. 82.°, preceitua que o novo processo, advindo das cópias dos três processos concretos anteriores, seguirá os termos do processo de fiscalização abstrata sucessiva da constitucionalidade.

O inconveniente está exatamente no fato de que o juiz do Tribunal Constitucional, bem como o Ministério Público, aqui entendido de forma ampla, não detém a competência da iniciativa para o processo de constitucionalidade abstrata nos exatos termos do artigo 281.°, 2, da Constituição da República. Não se pode olvidar que o Ministério Público, assim como as partes, quando parte do processo concreto, possui legitimidade para suscitar a constitucionalidade de uma lei, ou ato normativo do Poder Público, a ser aplicada naquele caso concreto. Não é demais lembrar que, no sistema concreto, além do juiz, por dever de ofício, em virtude da sua subordinação à Constituição e à possibilidade efetiva de aplicação direta das normas constitucionais, advindas do artigo 204.° da CRP, terão igualmente legitimidade as partes intervenientes no processo, além do Ministério Público, enquanto parte[[373]](#footnote-374).

De forma bastante ousada, podemos defender que o artigo 82.° da Lei 28/82, ao atribuir a um juiz do Tribunal Constitucional e ao Ministério Público a iniciativa para propor um processo de fiscalização abstrata da constitucionalidade ou ilegalidade é inconstitucional, por ofender a Constituição da República Portuguesa, uma vez que confere, por meio de lei infraconstitucional, atribuição à pessoa, ou ao ente, cuja Constituição não atribuiu a competência originária para a interposição de um processo de fiscalização de constitucionalidade abstrato.

Ainda que consideremos que o juiz que compõe o Tribunal Constitucional tenha a função de defesa da Constituição, tal fato não lhe dá a atribuição de propor um processo abstrato de inconstitucionalidade, advindo da existência de três decisões semelhantes sobre um mesmo caso julgado em análise de recurso no modo difuso de inconstitucionalidade junto ao próprio Tribunal.

O próprio Tribunal Constitucional teve que se posicionar quando do pedido de conversão do primeiro processo abstrato, com base no artigo 82.° da Lei 28/82, ocasião em que enfrentou duas questões primordiais: a primeira era relativa ao fato de, tendo ocorrido o terceiro caso concreto, o Tribunal Constitucional estaria automaticamente obrigado a apreciar e declarar a inconstitucionalidade da norma questionada; e a segunda questão pairava sobre a legitimidade para dar início ao processo de fiscalização abstrata após o julgamento dos três casos ocorridos em controle difuso.

O art. 281.°, n.° 3, da Constituição não prezou pela melhor técnica, gerando dúvidas, como se demonstrou, não só na doutrina, mas no próprio Tribunal. A título de doutrina, há um entendimento de que a referida norma constitucional leva a três conclusões: uma, no sentido de que, com o julgamento do terceiro caso, o Tribunal Constitucional declararia automaticamente a inconstitucionalidade da norma; a outra conclusão é no sentido de que, com o terceiro recurso julgado, o Tribunal estaria vinculado a proceder à apreciação, uma vez decidido o terceiro recurso; e, por fim, a conclusão mais ajustada à índole do sistema português, em que, ocorrendo a decisão do terceiro caso concreto, poderia ser desencadeado um processo de fiscalização abstrata[[374]](#footnote-375), nos termos do art. 281.°, n.° 3, da Constituição.

Quanto à primeira questão, o Tribunal Constitucional decidiu que a análise – ou conversão – do recurso de inconstitucionalidade não seria automática, ficando na dependência da iniciativa de um dos legitimados do artigo 82.° da Lei 28/82, ou seja, de um juiz da Corte Constitucional ou do Ministério Público. Na ocasião, o Tribunal Constitucional entendeu que a redação era suscetível a várias leituras, notadamente em relação ao desencadeamento ou iniciativa desse processo de fiscalização e ao âmbito da competência de apreciação deste Tribunal. Partindo dessas premissas, entendeu que ocorrendo o terceiro caso concreto, o Tribunal Constitucional automaticamente apreciaria e declararia a inconstitucionalidade da norma questionada. Mas, pelo modo de funcionamento do Tribunal Constitucional, em seções não especializadas para os casos concretos e em plenário, para as fiscalizações abstratas, isso impediria que a declaração de inconstitucionalidade fosse automática. Ao mesmo tempo, o Tribunal Constitucional fixou o entendimento de que a “obrigação de declaração de inconstitucionalidade não se coaduna com o poder de livre apreciação de que dispõe, em geral, todo e qualquer tribunal, e, em particular, o próprio Tribunal Constitucional”[[375]](#footnote-376).

A segunda questão, que apresenta maior relevância para o presente trabalho, foi decidida pelo Tribunal Constitucional, de modo a asseverar que o poder constituinte, derivado de 1982, “decidiu não especificar, no próprio texto constitucional, a entidade ou entidades competentes para desencadear o processo previsto no citado artigo 281º, nº 2, da Constituição” [[376]](#footnote-377). Concluiu que, como “consequência, por vontade do mesmo poder constituinte derivado, tal especificação passou a caber, definitivamente, no âmbito da competência legislativa da Assembleia da República [v. artigos 167º, alínea h), e 168º, alínea q)]” [[377]](#footnote-378). A decisão do Tribunal Constitucional considerou que a ausência de menção aos legitimados para conversão do recurso de inconstitucionalidade, por meio da iniciativa de abertura de um processo abstrato de fiscalização de constitucionalidade do artigo 281.°, n.° 3, teria sido uma autorização para que a Assembleia da República, por meio de lei infraconstitucional, delimitasse a matéria, o que veio a ser efetivamente realizado pela edição da Lei n.° 28/82. No acórdão 93, de 31 de Julho de 1984, o Tribunal Constitucional português entendeu que, de uma conjugação de preceitos entre o disposto nos n.º 1 e 2 do art. n.° 281 da CRP, poderia se sustentar que as entidades enumeradas naquela primeira disposição são também aquelas que podem ter a iniciativa do controle previsto no n.° 3 da referida norma; e isto porque, como a epígrafe do artigo 281º indica, estamos perante um mesmo tipo de fiscalização abstrata e tal tipo de fiscalização aponta para a outorga da correspondente iniciativa a um número de entidades limitativa e expressamente indicadas[[378]](#footnote-379). Nesta ocasião, o Tribunal estava a julgar se o Procurador-Geral-Adjunto em exercício junto ao Tribunal, com ou sem delegação do Procurador-Geral da República, poderia desencadear o presente processo de fiscalização, estabelecido no art. 281, 3 e no art. 82 da lei n.° 28/82. O ponto defendido na pesquisa foi levantado pelo Tribunal, que chegou a reconhecer que o poder constitucional “estabelecido no artigo 281º da Lei Fundamental, consubstancia atribuição eminentemente política, outorgada *intuitu personae* ou *intuitu institutionis* e, como tal, indelegável” [[379]](#footnote-380). O que repetia a jurisprudência do Tribunal, no sentido de se tratar de uma competência de natureza política, por isso mesmo insuscetível de ser exercida por substituição ou mercê de delegação, conforme Acórdãos n.º 7/83 e 8/83[[380]](#footnote-381).

Entretanto, a conclusão acima não foi aplicada. Na decisão, o Tribunal entendeu que, na repetição dos julgados, o desencadeamento do respectivo processo é anterior e exterior à fase de fiscalização abstrata propriamente dita, de modo que não há necessária coincidência entre as entidades que podem desencadear os processos de fiscalização previstos, respectivamente, nos n.º 1 e 2 do artigo 281º da Lei Fundamental[[381]](#footnote-382). Em conclusão, o Tribunal entendeu que com relação ao processo abstrato do art. 281., 3, da CRP, o poder constituinte, derivado de 1982, decidiu não especificar, no próprio texto constitucional, a entidade ou as entidades competentes para desencadear o processo previsto no citado artigo e, como consequência, por vontade do mesmo poder constituinte derivado, tal especificação passou a caber, definitivamente, no âmbito da competência legislativa da Assembleia da República[[382]](#footnote-383).

A decisão acima, embora não tenha definido que a atribuição de competência ao Ministério Público e ao juiz do Tribunal Constitucional para iniciar o processo abstrato de fiscalização após os três casos julgados é contrária à Constituição, por ofensa ao art. 281.°, 1, é relevante para a pesquisa, no sentido de que entendeu o Tribunal que ele somente aprecia e julga com força obrigatória geral o processo abstrato advindo dos três casos julgados, cujo desencadeamento é anterior e exterior à fase de fiscalização abstrata propriamente dita. Ou seja, admite o Tribunal que o Ministério Público e os juízes do Tribunal podem requerer a fiscalização abstrata, quando do pedido de apreciação e julgamento do quarto caso, com força obrigatória geral. Considera o Tribunal que o pedido está inserido no controle difuso-concreto, tanto que reconhece a legitimidade do Ministério Público e que, após tal pedido, anterior e exterior à fase de fiscalização abstrata, ele, Tribunal, passa a julgar como se fosse processo abstrato. Como consequência, temos a abstrativização do controle difuso, a partir do quarto caso concreto, julgado de modo a expandir os efeitos da decisão, sem a participação dos demais órgãos democráticos delineados no art. 281.°, 1 da CRP.

Entende-se, desta feita, que o Tribunal formulou a justificativa correta, mas concluiu de forma equivocada, pois o artigo 281.°, como o próprio Tribunal reconheceu, trata, na sua epígrafe, do controle abstrato de normas. É de se considerar, neste sentido, que todo o artigo trata desse controle. Fazendo uma análise conjugada do previsto no n.° 3, com o disposto no n.° 2, podemos sustentar e defender que somente as entidades enumeradas naquela primeira disposição também são aquelas que podem ter a iniciativa do controle prevista no n.° 3, o que chamamos de abstrativização do controle difuso, sendo certo, como defendeu o Tribunal, que, tratando de fiscalização abstrata, a razão de tal tipo de fiscalização, por ser estritamente política, aponta para a outorga da iniciativa do processo de fiscalização a um número de entidades limitativa e expressamente indicadas.

Por esta razão, é possível o entendimento de que a norma contida no artigo n.º 82 da Lei n.° 28/82, ao atribuir a competência da iniciativa do desencadeamento do processo de abstrativização do recurso de inconstitucionalidade a qualquer dos juízes do Tribunal Constitucional ou ao Ministério Público, infringiu a regra constitucional do artigo 281.°, sendo, portanto, inconstitucional, pois o legislador infraconstitucional foi além da autorização ou do que foi determinado pelo constituinte revisor de 1982.

A ausência de menção específica aos legitimados, como ocorre no artigo 281.°, na visão aqui defendida, não nos permite dizer que o constituinte derivado tenha atribuído à Assembleia da República a competência para regulamentar o referido dispositivo legal. Ainda que aceitemos essa suposta autorização constitucional, para que a Assembleia da República editasse uma norma, regulamentando a questão, não poderia a norma ser instituída, no caso, a Lei n.° 28/82, por se distanciar dos preceitos previstos no artigo 281.° e tratar a hipótese de conversão do recurso em processo de fiscalização abstrata, após o julgamento de três casos semelhantes, de nítido processo abstrato, cujas balizas estão previstas na referida norma constitucional, não podendo a Assembleia da República contrariar a disposição constitucional sob pena de retirar a supremacia da Constituição. O que ocorre, na hipótese do artigo 281.°, n.° 3, é exatamente a formação de um processo de fiscalização abstrata, como de fato já entendeu o Tribunal Constitucional.

Neste sentido podemos recorrer ao magistério do mestre Jorge Miranda, que, além de grande constitucionalista, fez parte da constituinte de 1976 como deputado. Jorge Miranda defende que o mais adaptado sistema é considerar que a apreciação depende de uma iniciativa, no caso, de qualquer juiz do Tribunal ou do Ministério Público. Apenas depois a análise da constitucionalidade fica sujeita ao regime geral da fiscalização abstrata sucessiva, inclusive com a possibilidade de ser ouvido o órgão autor da norma e de serem obtidos mais elementos e informações[[383]](#footnote-384). Nesse contexto de ideias, o autor defende que o novo pedido leva consigo “a suficiência da última decisão concreta para que se passe à declaração com força obrigatória geral, mas é um novo processo de fiscalização que vem então a abrir-se e uma nova decisão do Tribunal que tem de se formar” [[384]](#footnote-385).

Como se defende, a questão colocada pelo artigo 281.°, n.° 3 da Constituição da República é se, após o julgamento do terceiro caso semelhante, vai se iniciar um verdadeiro processo abstrato de fiscalização de constitucionalidade. Conforme já decidido pelo Tribunal Constitucional, a abertura do referido processo depende de iniciativa, e quem detém a iniciativa, nos termos da Lei 28/82, são os juízes do Tribunal Constitucional, bem como o Ministério Público. É neste aspecto que se encontra e se defende a inconstitucionalidade da lei, ao atribuir a iniciativa de dar início a um processo de fiscalização abstrata a pessoas e entidades que não previa o artigo 281.° da Constituição.

A possível inconstitucionalidade da norma do artigo 82.° da Lei 28/82 advém de dois motivos principais. Mas, antes, é preciso revelar que a intenção do constituinte derivado na reforma constitucional de 1982 foi louvável, assim como o foi a do constituinte derivado brasileiro ao criar, com a Emenda Constitucional 45/2004, a repercussão geral, pois passou-se a prever meios de se atribuir às cortes constitucionais o exercício de sua função precípua, que é a defesa da Constituição. Entretanto, como verificamos com esta pesquisa, tais soluções se distanciaram dos princípios democráticos ao atribuírem a abstrativização do controle difuso a quem não detém legitimidade democrática para tanto.

Contudo, como dito, o primeiro motivo seria até simples, baseado na questão tópica do artigo 281.°, 3, que está dentro do artigo cuja epígrafe trata do controle abstrato de constitucionalidade. Por uma questão lógica, o n.º 3 do artigo 281 da Constituição da República estaria tratando de controle abstrato, cujos legitimados estão previamente delimitados no n.º 2 do mesmo diploma legal. O segundo argumento vai no sentido de que, por se tratar, como visto, de um controle abstrato, como menciona o próprio artigo 281.°, 3, da Lei Fundamental, “o Tribunal Constitucional aprecia e declara ainda, com força obrigatória geral”. Esse é um efeito característico do controle abstrato, e trata-se, como já visto, da possibilidade de se instaurar um controle abstrato na hipótese de o Tribunal Constitucional já haver julgado três casos semelhantes de inconstitucionalidade. Nesse sentido, são as decisões do Tribunal Constitucional e o entendimento da doutrina portuguesa, para os quais não restam de que o art. 281.°, 3, da CRP é um novo processo abstrato de controle de constitucionalidade, que se fundamenta nas três decisões anteriores.

Não foi em vão que o Poder Constituinte, tanto no Brasil quanto em Portugal, seguindo a doutrina constitucionalista secular, fez uma nítida distinção entre os dois modelos de controle nas respectivas Constituições, ainda que os tenha adotado num sistema híbrido. Essa distinção é necessária, notadamente quanto aos efeitos das decisões, para evitar uma excessiva influência do individualismo e circunstancialismo do controle difuso sobre a apreciação da constitucionalidade, na perspectiva global do sistema jurídico, típica do controle abstrato[[385]](#footnote-386). Não foi sem importância que o Constituinte Originário atribuiu a um grupo seleto de pessoas, tanto no Brasil quanto em Portugal, a possibilidade de questionar a constitucionalidade de modo abstrato, de forma a defender a perspectiva global do ordenamento e também a perspectiva democrática da separação de poderes e, até mesmo, no âmbito do Brasil, do princípio federativo.

Corrobora esse entendimento o fato de que o Tribunal não pode atuar de ofício, dependendo de iniciativa de uma das pessoas ou entidades, cuja atribuição e competência veio em forma de norma infraconstitucional, defendendo-se a sua inconstitucionalidade. A questão está longe de um posicionamento pacífico, já que, na visão de alguns doutrinadores, dentre eles Vitalino Canas, a atribuição do artigo 82 da Lei do Tribunal Constitucional não seria uma exceção ao princípio da iniciativa exterior que vigora quanto ao processo de constitucionalidade abstrata. Para o mencionado doutrinador, não haveria exceção, pois não é o Tribunal, mas um de seus juízes, o competente para dar início ao processo de fiscalização abstrata, seguido da análise de três casos antecedentes[[386]](#footnote-387). O autor descreve que não cabe ao Tribunal deliberar o início do processo, mas ao juiz, que resolve cumprir um poder que suscita tal processo[[387]](#footnote-388). Na visão do autor, o processo independeria de qualquer assentimento ou deliberação do Tribunal. Ainda que não se possa falar de iniciativa oficiosa, como argumentado por Vitalino Canas, o fato de não ser o Tribunal quem toma a iniciativa é irrelevante do ponto de vista prático, pois o que importa não é definir se é o Tribunal ou um de seus juízes a tomar a iniciativa, uma vez que, numa e noutra hipótese, nenhum deles é legitimado para o questionamento da constitucionalidade em abstrato da norma[[388]](#footnote-389).

Não importa que a atribuição da iniciativa seja do Tribunal, de forma oficiosa, ou de um dos seus juízes, que também, na hipótese, atuariam de forma oficiosa. O fato é que, pela característica do controle abstrato, tratou a Constituição da República de atribuir a certas entidades ou órgãos políticos o poder de iniciativa do processo abstrato de constitucionalidade. Além do mais, como prevê o artigo 281.°, 2, a iniciativa não faz parte da competência do juiz do Tribunal Constitucional e nem mesmo do Ministério Público, em sentido amplo, não sendo possível admitir a constitucionalidade do artigo n.º 82 da Lei 28/82.

Neste ponto, a doutrina e jurisprudência do Direito Comparado consideram que a previsão da legitimidade para a interposição de ação de controle de constitucionalidade abstrato é *numerus clausus,* importando na impossibilidade de ampliação do rol exaustivo inscrito na Constituição[[389]](#footnote-390), ainda mais quando a inclusão ou extensão do rol se dá mediante lei ordinária, como é o caso do artigo n.º 82 da Lei 28/82.

No Direito brasileiro, a questão já se encontra pacificada pela Corte Constitucional do país, conforme podemos ler a seguir:

EMENTA: ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL. ILEGITIMIDADE ATIVA AD CAUSAM. IDÊNTICOS LEGITIMADOS PARA A PROPOSITURA DE AÇÃO DIRETA. ROL EXAUSTIVO. DICÇÃO DO ART. 2º, I, DA LEI 9.882/99 C/C O ART. 103 DA CF. NÃO-CONHECIMENTO. INTERPOSIÇÃO DE AGRAVO REGIMENTAL. RECURSO NÃO PROVIDO. I - Os legitimados para propor arguição de descumprimento de preceito fundamental se encontram definidos, em numerus clausus, no art. 103 da Constituição da República, nos termos do disposto no art. 2º, I, da Lei nº 9.882/99. II - Impossibilidade de ampliação do rol exaustivo inscrito na Constituição Federal. III - Idoneidade da decisão de não-conhecimento da ADPF. IV - Recurso de agravo improvido[[390]](#footnote-391).

Em outro julgado, o Supremo Tribunal Federal também adotou a mesma linha de entendimento e, em caso semelhante, disse o Tribunal que quem não tem legitimidade para propor ação direta de inconstitucionalidade, não a tem para ação de descumprimento de preceito fundamental[[391]](#footnote-392). Na hipótese, um prefeito de um município brasileiro interpôs uma Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamento (ADPF), ação que visa proteger preceitos fundamentais decorrentes da Constituição e, conforme a Lei n.° 9.882/99, que regulamentou o instituto, determina que as decisões em sede de arguição de descumprimento de preceito fundamental tenham eficácia contra todos e efeito vinculante, o que a torna quadrada, nos termos da doutrina brasileira no rol de mecanismos de controle concentrado[[392]](#footnote-393). O STF, pela natureza jurídica da ADPF, reconheceu a ilegitimidade ativa do prefeito para a referida ação, pois o autor não era legitimado para ação direta de inconstitucionalidade. Fica patente que o entendimento doutrinário é no sentido de que o rol de legitimados para o fim da propositura das ações de controle abstrato-concentrado é restrito e não cabe majoração, nem pelo Poder Judiciário, nem pelo Legislativo.

Pelas características do controle abstrato de normas, as Constituições concedem a legitimação ativa a algumas pessoas específicas e determinadas, como ocorre no artigo 103 da Constituição da República Federativa do Brasil, bem como no artigo 281.°, n. 2 da Constituição da República portuguesa.

Já no âmbito da jurisprudência portuguesa, mais especificamente do Tribunal Constitucional português, quando do julgamento referente ao acórdão 421/2016, o Tribunal deixou de admitir um pedido de declaração de inconstitucionalidade de norma de iniciativa dos deputados da Assembleia Legislativa da Região Autónoma da Madeira, sob o argumento de que não se pode presumir que o Estatuto dos Deputados confira a eles uma legitimidade mais ampla do que a que resulta da alínea g) do n.º 2 do artigo 281.º da Constituição. Assim, com fundamento no n.º 1 do artigo 52.º da Lei de Organização, Funcionamento e Processo do Tribunal Constitucional, o pedido de fiscalização abstrata foi não admitido, pois fora formulado por pessoa ou entidade sem legitimidade[[393]](#footnote-394).

Nesse aspecto, o Direito português é ainda mais severo se comparado ao Direito brasileiro, pois faz uma diferenciação entre os legitimados que podem pedir a apreciação e a declaração da inconstitucionalidade ou ilegalidade. Assim, algumas entidades podem requerer a apreciação e a declaração de inconstitucionalidade ou de legalidade de quaisquer normas sob qualquer fundamento[[394]](#footnote-395), enquanto outras entidades legitimadas pela Constituição da República somente podem fazê-lo para determinadas normas e sob determinado fundamento[[395]](#footnote-396).

Quanto à legitimidade do Ministério Público, pode surgir um questionamento quando estiver atuando sob delegação do Procurador Geral da República, hipótese em que é possível admitir a sua legitimidade, como ficou decidido pelo Tribunal Constitucional, quando do proferimento do acórdão n.° 93/84. Naquela ocasião, estava o Tribunal Constitucional a julgar o primeiro caso de fiscalização abstrata advinda da sucessão de três decisões sobre a mesma matéria, processo iniciado pelo Procurador-Geral da República-Adjunto, em exercício junto ao Tribunal Constitucional, por delegação do Procurador-Geral da República. Restou decidido que o Ministério Público é representado junto do Tribunal Constitucional pelo Procurador-Geral da República, que pode delegar as funções ao Vice-Procurador-Geral ou o Procurador-Geral-Adjunto, hipótese em que se tornam legitimados para desencadear o processo abstrato de fiscalização da constitucionalidade, desde que tenham sido designados pelo Procurador-Geral. Decidiu também o Tribunal que essa delegação genérica não se aplicaria aos processos resultantes do artigo 281º, n.º 1, da CRP, dispensando o Vice-Procurador-Geral ou o Procurador-Geral-Adjunto, no caso concreto, e, para efeitos de interposição do processo abstrato após o terceiro caso julgado em concreto, de invocar ou de se basear em delegação especial do Procurador-Geral da República[[396]](#footnote-397).

Assim, diante do que aqui foi exposto, defende-se a inconstitucionalidade do artigo 82.° da Lei 28/82, por ferir a Constituição da República. Como visto, a inconstitucionalidade da norma ou do ato normativo advém da sua inconformidade com a Lei Fundamental. No caso em questão, sustenta-se que o mencionado artigo da supracitada lei contraria o artigo 281.°, 2, da Constituição da República, ao conferir atribuição e competência para o início de um processo de fiscalização abstrata a entes e órgãos não mencionados na Lei Fundamental como tal.

Da mesma forma, no Direito brasileiro, pode-se sustentar que as decisões do Supremo antecedentes à EC n.° 45/2004, que entendiam pela expansão dos efeitos da decisão proferida no controle concreto, sem a participação do Senado, e a própria inclusão pela citada emenda do instituto da repercussão geral como requisito de admissibilidade do recurso extraordinário, também com o fim de expandir os efeitos da decisão, são contrárias à Constituição de 1988, pelos mesmos motivos expostos quando se tratou do Direito português. Aqui, com um agravante, porque, desde a Constituição de 1934, o ordenamento jurídico brasileiro já previa um sistema democrático para a expansão dos efeitos da decisão concreta, que é exatamente a possibilidade de o Senado Federal suspender a execução da lei declarada inconstitucional pelo Supremo, quando do julgamento do recurso extraordinário no controle difuso. Ora, tal solução, hoje prevista no artigo 52, X, da CF/88, é a maneira constitucional e mais democrática de se expandir os efeitos da decisão.

Na sistemática do controle difuso brasileiro, qualquer juiz ou tribunal pode conhecer a inconstitucionalidade incidental alegada pelas partes e deixar de aplicar a norma a um caso concreto. A decisão, portanto, possui efeitos intra partes e não vinculante, mas é possível que tal decisão seja apreciada pelo Supremo Tribunal Federal, a quem a Constituição Federal concedeu a atribuição de decidir, em última instância, as questões constitucionais, mediante a interposição de recurso extraordinário. Fato é que, mesmo decidindo em última instância a questão incidental de inconstitucionalidade, a decisão, mesmo do STF, possui efeito inter partes e não vinculante, e a hipótese constitucional de expansão dos efeitos é mediante a suspensão da execução da lei ou ato normativo declarado inconstitucional pelo Senado Federal, após a devida comunicação pelo STF.

Conforme já visto, o STF, em várias decisões, expandiu os efeitos da decisão por si, com a inobservância da regra do artigo 52, X, da CF. Posteriormente, com a inclusão da repercussão geral, o STF passou somente a admitir os recursos com repercussão e, após o julgamento, a estender a todos de modo vinculante a decisão proferida no controle difuso.

Nota-se que a expansão dos efeitos se dá no próprio recurso extraordinário interposto pelas partes, questionando uma lei ou ato normativo de modo concreto e subjetivo. Como pode haver a extensão dos efeitos num nítido caso concreto, como se o processo abstrato fosse sem a participação do Senado Federal? É notório que a objetivação ou abstrativização do recurso extraordinário afronta o artigo 103 da CF/88, pois dá legitimidade às partes para realizar o controle abstrato, sem que elas tenham essa atribuição nos moldes do já citado artigo 103.

Desse modo, tanto no Brasil quanto em Portugal, a abstrativização do controle difuso, por mais louvável que seja, fere os preceitos constitucionais e, portanto, é inconstitucional, pois atribui competência de controle abstrato a quem as respectivas Constituições não conferiram.

## CONCLUSÃO

Ao fim desta pesquisa, é possível concluirmos que os vários sistemas de controle de constitucionalidade aplicados pelos países ao longo do globo terrestre estão relacionados ao modo como se desenvolveu o movimento do constitucionalismo e, consequentemente, à força normativa que conferem às suas Constituições. Assim, no continente europeu, por influência do constitucionalismo francês, teve início a adoção de um modelo de constitucionalismo que culmina com a supremacia do Parlamento e das leis em detrimento da Constituição, o que levou à adoção de um sistema de controle de constitucionalidade de cunho político, como ainda o são os atuais sistemas francês e inglês, ainda que com algumas modificações recentes. Noutra vertente exsurgiu o constitucionalismo norte-americano, fundado na supremacia e na ideia de normatividade da Constituição, o que significou a instituição de um sistema jurisdicional de controle de constitucionalidade com vista a garantir a supremacia do texto constitucional. O sistema norte-americano de controle, também chamado de *judicial review of legislation*,parte da ideia de uma supremacia do texto constitucional e da possibilidade de que qualquer juiz ou tribunal possa conhecer e julgar a matéria relativa à inconstitucionalidade da norma.

Como o objeto de estudo é o controle jurisdicional, nos moldes do sistema originário do sistema norte-americano, foi possível analisarmos os principais tipos de controle jurisdicional da constitucionalidade dos atos do Poder Público, notadamente o controle difuso-concreto da *judicial review*, que posteriormente se espalhou pelo mundo, e o sistema austríaco, também chamado de kelseniano ou abstrato-concentrado. O que difere os dois sistemas jurisdicionais de controle são os aspectos relacionados à legitimidade do órgãos com atribuição para analisar a constitucionalidade da norma e os efeitos da referida decisão. No âmbito do sistema da *judicial review*, a atribuição pertence a todo e qualquer juiz ou tribunal que pode deixar de aplicar uma norma a um caso concreto sob julgamento se ela for contrária à Constituição, cabendo recurso a um tribunal constitucional; já no sistema austríaco, a atribuição é de uma Corte especializada que detém de modo exclusivo a atribuição de julgar a constitucionalidade da norma por meio de uma ação principal e abstrata, cujo objeto principal é a inconstitucionalidade da norma. Já quanto aos efeitos, o modelo norte-americano possui uma sistemática de efeitos, em regra, restritos às partes do processo, somente sendo atribuído efeito *erga omnes* quando do julgamento do recurso contra a decisão do juiz ou tribunal pela Corte Constitucional, por aplicação do instituto do *stare decisis*, que vincula os demais juízes e tribunais à decisão proferida pela Suprema Corte norte-americana. Já no sistema austríaco ou abstrato, em decorrência da competência exclusiva da Corte Constitucional, a decisão possui efeitos *erga omnes* e vinculantes, já que a ação principal interposta tem por finalidade a análise da constitucionalidade da norma.

Com esta pesquisa também foi possível concluirmos que tanto o Brasil quanto Portugal, após um longo processo de evolução marcado por avanços e retrocessos, adotam sistemas de controle de constitucionalidade parecidos e que possuem similitudes entre dois sistemas. É possível afirmarmos, portanto, ambos os países adotam, nas respectivas Constituições, um sistema judicial de controle de constitucionalidade híbrido ou misto, em que se conjugam os sistemas de controle difuso da *judicial review*, de matriz norte-americana, e o sistema abstrato-concentrado, de matriz austríaca.

Em regra, é possível concluirmos que as diferenças entre os dois sistemas de controle difuso estão ligadas, basicamente, quanto ao processamento e julgamento do recurso contra a decisão dos juízes e tribunais e, notadamente, quando ao que chamamos de abstrativização do controle difuso-concreto, que no âmbito do ordenamento jurídico brasileiro se dá por meio da implantação da repercussão geral e no direito português, da sistemática de, após três decisões preferidas pelo Tribunal Constitucional no sentido da inconstitucionalidade da norma, poder o juiz do Tribunal ou o Ministério Público iniciar um novo processo, agora abstrato, para em controle concentrado analisar a inconstitucionalidade da norma de modo a proferir decisão com efeitos contra todos ou, como diz a CRP, com força obrigatória geral.

Como ponto principal de estudo, o sistema difuso-concreto é um sistema que, de algum modo, é mais democrático, pois a legitimidade para o conhecimento e julgamento da questão da inconstitucionalidade é de qualquer juiz ou Tribunal, quando da análise de um caso concreto sob julgamento, desde que a questão da conformidade da lei ou ato normativo público seja aplicável ao caso e arguida em uma questão judicial do mérito pelas partes, para que dela possa conhecer e julgar o juiz ou tribunal. Um aspecto marcante desse sistema é que, exatamente por ser a questão de inconstitucionalidade arguida como prejudicial num caso concreto de interesse das partes litigantes, a decisão de inconstitucionalidade, porventura tomada, somente possui efeitos *inter partes*, não vinculando os demais órgãos do Poder Judiciário, exceto nos casos de outros processos ligados ao processo em que a decisão foi tomada, e nem mesmo os terceiros que não participaram do processo concreto. Tal se dá na exata medida em que tanto o Brasil como Portugal são países de tradição da *civil law* em que não há o *stare decisis* norte-americano. Daí porque a decisão não possui efeitos *erga omnes* e vinculantes, além do fato de não ter o condão de retirar a lei inconstitucional do ordenamento jurídico, ainda que a decisão tenha sido tomada pelo Supremo Tribunal Federal, quando do julgamento do recurso extraordinário no Brasil, ou quando do julgamento do recurso de inconstitucionalidade pelo Tribunal Constitucional português, já que tais tribunais, em seus respectivos países, possuem a atribuição de guarda da Constituição e, portanto, competência de julgar as questões constitucionais em última instância, mas sem efeito contra todos.

Como forma de expandir os efeitos das decisões de inconstitucionalidade no controle difuso para além do caso concreto e solucionar um problema criado pela ausência do *stare decisis*, os sistemas jurídicos brasileiro e português criaram formas de fazer com que a decisão final proferida no controle concreto-difuso, proferida pelas Cortes Constitucionais, tivesse efeito vinculante e *erga omnes*. Esse fato se deu devido à possibilidade de a ausência de vinculação gerar insegurança jurídica e multiplicidade de recursos às Cortes Constitucionais, de modo a ofender os princípios da economia e celeridade processual, da segurança jurídica e também da unidade do ordenamento jurídico em torno da Constituição, além da possibilidade de existirem decisões conflitantes no sentido de uma norma ser constitucional num caso e inconstitucional em outro. Não se pode olvidar da doutrina de Hans Kelsen, para quem a Constituição de um Estado, como norma suprema, é parâmetro de validade do ordenamento jurídico e, como tal tem por função unificar o sistema.

No Direito brasileiro, então, já na Constituição de 1934, criou-se a possibilidade de intervenção do Senado Federal para os casos de decisão de inconstitucionalidade proferida pelo Supremo Tribunal Federal, quando do julgamento do recurso extraordinário, de modo que o Senado teria a competência de, por meio de resolução, suspender, no todo, ou em parte, a lei declarada inconstitucional. Observa-se que tal medida, repetida nas demais Constituições posteriores, inclusive na atual (art. 52, X), fazia com que a decisão do STF tivesse efeitos vinculantes e *erga omnes*. A solução inserida pela Constituição de 1934 privilegia o aspecto democrático do sistema difuso, vez que inseri a participação de um outro poder para a extensão dos efeitos da decisão. Ocorre que, recentemente, notadamente após a Constituição de 1988, o STF passou a fazer uma utilização seletiva das decisões que comunicava ao Senado e, em alguns casos, passou a abstrativizar o julgamento, ou seja, passou a expandir os efeitos por si mesmo, sem a participação do Senado, o que ocorreu, por exemplo, no julgamento do HC 82.959/SP e também no julgamento da Rcl. 4335/AC. É de se observar que o STF passou a expandir os efeitos da decisão, para além do caso concreto, atribuindo efeitos vinculantes e *erga omnes*, sem a participação do Senado Federal. Na realidade, o STF passou a objetivar o controle difuso, pois, ao fazer transcender a decisão para além da subjetividade da parte, objetiva, ou torna abstrato, o julgamento concreto, aproximando o recurso extraordinário de uma ação do controle abstrato.

Posteriormente a isso, a EC n.° 45 de 2004 incluiu, no art. 102 da CF/88, o parágrafo 3.°, inserindo, no ordenamento jurídico brasileiro, o instituto da repercussão geral, de modo que o STF somente conheceria e julgaria o recurso extraordinário em que demonstrasse a repercussão geral do caso, ou seja, quando o caso a ser julgado transcendesse ao interesse das partes, de modo a autorizar o STF a expandir os efeitos da decisão proferida para além da subjetividade do caso concreto e sem a participação do Senado Federal. Neste contexto, diante da repercussão gerada, a decisão proferida pelo STF possui efeitos *erga omnes* e contra todos, vinculando os demais órgãos do Poder Judiciário de modo a evitar a multiplicidade de processos e recursos garantindo a unidade do sistema e a segurança jurídica.

No Direito português, a própria Constituição de 1976 já trazia, em seu artigo 281.°, a possibilidade de extensão dos efeitos da decisão do Tribunal Constitucional, quando o julgamento do recurso de inconstitucionalidade no caso concreto, para além das partes, na hipótese de já terem sido julgados pelo Tribunal três outros casos semelhantes, o que também é uma hipótese de abstrativização do controle difuso, assim como ocorreu no Brasil. Tal preceito veio a ser regulamento na esfera infraconstitucional pela Lei n.° 28/82, que, em seu artigo 82.°, menciona que o quarto caso se trata de um nítido processo abstrato de constitucionalidade, fundamentado nos outros três casos anteriores, cujas decisões lhe serviram de embasamento. Ressalte-se que o julgamento dos três casos anteriores ou, de modo mais específico, a decisão do terceiro caso não possui efeito automático, não obrigando o Tribunal Constitucional a iniciar o processo abstrato. Nem mesmo, o conteúdo das decisões anteriores vincula a decisão a ser tomada pela Corte na análise em abstrato, conforme já decidiu o Tribunal Constitucional.

Neste contexto se torna relevante o art. 82.° da LOTC, pois atribui o poder de iniciativa para a hipótese aos juízes do TC e para os membros do Ministério Público, que, conforme já explanamos, não estão obrigados a iniciar o novo processo abstrato, mas poderão fazê-lo. O fato mais relevante da supracitada norma infraconstitucional é que ela atribuiu a competência da iniciativa do novo processo – abstrato, portanto – ao juiz do Tribunal Constitucional ou ao Ministério Público, entidades que não estão previstas no art. 281.°, 2 da CRP, que trata exclusivamente da legitimidade para a iniciativa do processo abstrato de constitucionalidade. Ainda que considerada legítima a regulamentação, conforme já decidiu o TC, ao defender que a ausência de menção aos legitimados para conversão do recurso de inconstitucionalidade, por meio da iniciativa de abertura de um processo abstrato de fiscalização de constitucionalidade do artigo 281.°, n.° 3, teria sido uma autorização para que a Assembleia da República, por meio de lei infraconstitucional, delimitasse a matéria, o que veio a ser efetivamente realizado pela edição da Lei n.° 28/82, tal delimitação não pode contrariar a própria Constituição, pois não pode o poder constituinte derivado contrariar as normas inseridas no texto pelo poder originário.

Da diferenciação secular entre controle difuso e abstrato, temos as questões relativas ao modo do controle e, principalmente, a questão da iniciativa, já que no controle abstrato a competência para conhecer e julgar a inconstitucionalidade como objeto principal do processo é, no caso português, do Tribunal Constitucional, mediante a iniciativa dos órgãos com legitimidade conforme artigo 281.°, 2, da CRP, o que não inclui o poder de iniciativa do juiz do TC e nem do membro o MP. A iniciativa do novo processo de constitucionalidade de controle abstrato, após o julgamento dos três caso concretos anteriores mediante recurso de inconstitucionalidade é, portanto, um modo de expandir os efeitos da decisão proferida para além da subjetividade do caso concreto, evitando-se numerosos processos de igual fundamento e decisões contraditórias. Note-se, porém, que a abstrativização ocorre em nítida ofensa ao artigo 281.°, 2, da CRP.

Os institutos criados no Brasil e em Portugal são de constitucionalidade questionável, pois, com a abstrativização do controle difuso, por meio da repercussão geral e do novo processo abstrato, há uma transcendência da decisão de modo a conferir efeitos *erga omnes* característicos do controle abstrato. No entanto, a iniciativa do processo abstrato, após o terceiro caso em Portugal, foi atribuída pela LOTC aos juízes do Tribunal Constitucional e o Ministério Público, contrariando o artigo 281.° da CRP. Já no caso da repercussão geral, no Brasil, há uma objetivação do julgamento concreto do controle difuso, sem a participação do Senado Federal, nos exatos termos do artigo 52, X, da CF. A abstrativização no Brasil, portanto, fere a questão da legitimidade e ainda permite, em última análise, que a iniciativa do controle abstrato se dê pelas partes, pois, grosso modo, a questão da inconstitucionalidade surge por arguição das partes no controle concreto-difuso.

Neste contexto, é possível defendermos que o artigo 82.° da Lei n.° 28/82 contraria a CRP, pois, ao regulamentar em âmbito infraconstitucional o artigo 281.° da CRP, ele atribuiu a competência para a iniciativa do novo processo abstrato a duas entidades que a própria CRP (art. 281.°, 2) não atribuiu dentre os órgãos com legitimidade. Assim, a LOTC, notadamente o artigo 82.°, amplia o rol restrito de entidades ou órgãos com legitimidade para a instauração do novo processo, que, como visto, é abstrato. Não podemos nos distanciar do fato de que tanto o Brasil quanto Portugal, ainda que com a existência de um sistema de controle misto, ainda distinguem os dois sistemas, difuso-concreto do concentrado-abstrato, pelo que temos que trabalhar com tais diferenças e especificidades, especificamente quanto à legitimidade e efeitos da decisão. Assim, não se pode entender que um processo concreto possa ter efeitos abstratos sem a participação dos órgãos com legitimidade para tanto ou que os efeitos característicos de uma sistema possa ser aplicado a outro.

Desse modo, fica patente que tanto o instituto, na repercussão geral, quanto a sistemática de julgamentos de casos semelhantes no Direito português, notadamente quanto à legitimidade de sua iniciativa, inserida pelo artigo 82.° da Lei 28/82, que organiza o Tribunal Constitucional, são inconstitucionais, pois ferem a legitimidade democrática atribuída pelas respectivas Constituições a entidades políticas, definidas em rol taxativo e restrito.

## REFERÊNCIAS

AMARAL, Fernando – **Fundamentos do controle de constitucionalidade. Síntese teórica.** [Em linha]. Rio Grande: FURG, 2011. [Consult. 26 Jul. 2018]. Disponível em http://repositorio.furg.br/bitstream/handle/1/2443/FUNDAMENTOS%20DO%20CONTROLE.pdf?sequence=1

ANDRADE FILHO, Edmar Oliveira – **Controle de constitucionalidade de leis e atos**. São Paulo: Dialética, 1997. ISBN 85-86208-30-2.

AURÉLIO, Marco, relat. – **Acórdão do Supremo Tribunal Federal com número 82959/SP, de 23 de Fevereiro de 2006** [Em linha]. 2006 [Consul. 15 Jan. 2019]. Disponível em <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=79206>

BARBOSA, Joaquim, relat. – **Acórdão do Supremo Tribunal Federal com número 2723/PR, de 30 de Maio de 2005** [Em linha]. 2005 [Consul. 15 Jan. 2019]. Disponível em <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/visualizarEmenta.asp?s1=000017144&base=baseMonocraticas>

BARROSO, Luís Roberto – **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: Os Conceitos Fundamentais e a Construção do Novo Modelo.** 5.ª ed. São Paulo: Saraiva, 2015. ISBN 978-85-02-22804-7.

\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_ – **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro.** 7.ª ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2016. ISBN 978-972-40-5394-3.

BATISTA, Francisco Diego Moreira – **O guardião da Constituição: uma análise de qual poder deve dar a última palavra a respeito da constitucionalidade de leis no Brasil**. Porto Alegre: 2015. 110 f. Dissertação de Mestrado em Direito.

BENTO, Messias, relat. – **Acórdão do Tribunal Constitucional com número 169, de 06 de Maio de 1992** [Em linha]. 1992 [Consul. 15 Jan. 2019]. Disponível em <http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/19920169.html>

BRASIL – **Constituição da República do Brasil de 1988**. [Em linha]. [Consult. 26 Jul. 2017]. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>

BRITO, Mário de, relat. – **Acórdão do Tribunal Constitucional com número 44, de 31 de Outubro de 1984** [Em linha]. 1984 [Consul. 29 Abr. 2016]. Disponível em <http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/19840102.html>

CAMPINOS, Jorge, relat. – **Acórdão do Tribunal Constitucional com número 93, de 31 de Julho de 1984** [Em linha]. 1984 [Consul. 29 Abr. 2016]. Disponível em <http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/19840093.html>

CANAS, Vitalino – **Os** **processos** **de fiscalização da constitucionalidade e da legalidade pelo Tribunal Constitucional: natureza e princípios estruturantes**. Coimbra: Coimbra, 1986.

CANOTILHO, J. J. Gomes – **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7.ª ed. Coimbra: Almedina, 2003. ISBN 978-972-40-2106-5.

CAPPELLETTI, Mauro – **O judicial de constitucionalidade das leis no Direito Comparado.** 2.ª ed. reimp. Coimbra: Almedina, 2013. ISBN 340-5-340-131-5.

CASTRO, Catarina Sarmento e – Modelos de Justiça Constitucional Portugal: Questionário. In IV Conferência da Justiça Constitucional da Ibero-América, Tribunal Constitucional Português, Sevilha, 2005 – **Anais**. Sevilha: a instituição, 2005.

**CONSTITUIÇÃO da República Portuguesa**. 3.ª ed. Coimbra: Almedina, 2016. ISBN 978-972-40-6427-7.

CORREIA, Fernando Alves – **Justiça Constitucional.** Coimbra: Almedina, 2016. ISBN 978-972-40-6676-9

COSTA, Tavares da, relat. – **Acórdão do Tribunal Constitucional com número 235, de 03 de Julho de 1990** [Em linha]. 1990 [Consul. 29 Abr. 2016]. Disponível em <http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/19900235.html>

CUNHA JÚNIOR, Dirley da – **Controlo de Constitucionalidade: Teoria e Prática**. 9.ª ed. Salvador: JusPodivm, 2017. ISBN 978-85-442-1335-3.

\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_ – **Curso de Direito Constitucional.** 12.ª ed. rev. ampl. e atual. Salvador: JusPodivm, 2018. ISBN 978-85-442-1926-3.

DIDIER JÚNIOR, Fredie; CUNHA, Leonardo José Carneiro da – **Curso de Direito Processual Civil: meios de impugnação às decisões e processos nos tribunais**. Salvador: JusPodvm, 2016.

GOUVEIA, Jorge Bacelar – **Manual de direito constitucional: introdução, parte geral, parte especial**. 2v. 5.ª rev. e atual. Coimbra: Almedina, 2013. ISBN 978-972-40-5394-3

GUEDES, Armando Manuel de Almeida Marques, relat. – **Acórdão do Tribunal Constitucional com número 7, de 26 de Julho de 1983** [Em linha]. 1983 [Consul. 15 Jan. 2019]. Disponível em <http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/19830007.html>

GUEDES, Marques, relat. – Acórdão do Tribunal Constitucional com número 8, de 26 de Julho de 1983 [Em linha]. 1983 [Consul. 15 Jan. 2019]. Disponível em <http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/19830007.html>

KELSEN, Hans – **Teoria Pura do Direito** – 6.ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998. ISBN 85-336-0836-5

LEWANDOWSKI, Ricardo, relat. - Acórdão do Supremo Tribunal Federal com número ADPF 75-AgR, de 02 de Junho de 2006 [Em linha]. 2006 [Consul. 29 Set. 2016]. Disponível em <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=347929>

MARTINS, José Renato - **O controle de constitucionalidade das leis no direito brasileiro**. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2004. ISBN 85-7453-512-3.

MEDEIROS, Orione Dantas de – **Uma Dicotomia: o controle híbrido de constitucionalidade – no Brasil e em Portugal**. Recife: Universidade Federal de Pernambuco, 2013. 266 f. Tese de Doutoramento em Direito.

MELLO, Celso de, relat. - **Acórdão do Supremo Tribunal Federal com número 460/RJ, de 10 de Junho de 1994** [Em linha]. 1994 [Consul. 15 Jan. 2019]. Disponível em <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/visualizarEmenta.asp?s1=000272536&base=baseMonocraticas>

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet – **Curso de direito constitucional**. 9.ª ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2014. ISBN 978-85-02-21875-8.

MENDES, Gilmar, relat. – **Acórdão do Supremo Tribunal Federal com número 4335/AC, de 20 de Março de 2014** [Em linha]. 2014 [Consul. 15 Jan. 2019]. Disponível em <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=630101>

MIRANDA, Jorge – **Curso de Direito Constitucional.** Lisboa: Universidade Católica Editora, 2016. ISBN 9789725405208.

\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_ – **Manual de Direito Constitucional: Inconstitucionalidade e garantia da Constituição – Tomo VI** – 4.ª. Coimbra: Coimbra, 2013. ISBN 978-972-32-2118-3.

\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_ – **Manual de Direito Constitucional: tomo II – Constituição e Inconstitucionalidade**. 3.ª ed. Coimbra: Coimbra, 1996. ISBN 972-32-0473-8.

MORAES, Alexandres de – **Direito Constitucional.** 32.ª ed. rev. e atual. São Paulo: Atlas, 2016. ISBN 978-85-970-0382-6.

MORAIS, Carlos Blanco de – **Justiça Constitucional: garantia da constituição e controlo de constitucionalidade – Tomo I** – Coimbra: Coimbra, 2002. ISBN 972-32-1080-0.

MOREIRA, Vital, relat. – **Acórdão do Tribunal Constitucional com número 141, de 22 de Abril de 1987** [Em linha]. 1987 [Consul. 29 Abr. 2016]. Disponível em <http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/19870141.html>

NEVES, Sabrina Queiroz das – **O instituto da repercussão geral e a abstrativização do Controle Difuso de Constitucionalidade realizado no âmbito do recurso extraordinário**. Brasília: 2014. 67 f. Monografia de conclusão de curo em Direito.

PELUSO, Cezar, relat. – **Acórdão do Supremo Tribunal Federal com número ADPF 148-AgR, de 06 de Fevereiro de 2009** [Em linha]. 2009 [Consul. 29 Set. 2016]. Disponível em <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=573623>

PIÑEIRO, Eduardo Schenato – **O controle de constitucionalidade: Direito Americano, Alemão e Brasileiro**. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 2012. ISBN 978-857225-576-5.

PORTUGAL. Lei n.º 28/82. **Diário da República 1ª Série, 1º Suplemento**, N.º 264 (15-11-1982), p. 1-16.

REGO, Carlos Lopes do – **Os Recursos de Fiscalização Concreta na Lei e na Jurisprudência do Tribunal Constitucional**. Coimbra: Almedina, 2010. ISBN 978-972-40-4042-4.

RIBEIRO, Joaquim de Sousa, relat. – **Acórdão do Tribunal Constitucional com número 421, de 27 de Junho de 2016** [Em linha]. 2016 [Consul. 30 Set. 2016]. Disponível em <http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20160421.html>

SALERT, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel – **Curso de Direito Constitucional**. 6.ª ed. São Paulo: Saraiva, 2017. ISBN 978-85-472-1446-3.

SANCHES, Sydney, relat. – **Acórdão do Supremo Tribunal Federal com número 91/SE, de 21 de Setembro de 1995** [Em linha]. 1995 [Consul. 15 Jan. 2019]. Disponível em <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=266190>

SOUZA NETO, Cláudio Pereira; SARMENTO, Daniel **– Direito Constitucional: Teoria, história e métodos e trabalho.** 2.ª ed. reimpr. Belo Horizonte: Fórum, 2016. ISBN 978-85-7700-867-4.

STRECK, Lenio Luiz – **Jurisdição Constitucional.** 5.ª ed. rev. atual. e refor. Rio de Janeiro: Forense, 2018. ISBN 978-85-309-7938-6.

TORRES, Mário, relat. – **Acórdão do Tribunal Constitucional com número 340, de 19 de Junho de 2008** [Em linha]. 2008 [Consul. 15 Jan. 2019]. Disponível em <http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20080340.html>

URBANO, Maria Benedita - **Curso de Justiça Constitucional: evolução histórica e modelos de controlo da constitucionalidade** – 2.ª ed. Coimbra: Almedina, 2016. ISBN 978-972-40-6194-8.

VAZ, Manuel Afonso *et al.* – **Direito Constitucional: o sistema constitucional português** – 2.ª ed. Porto: Universidade Católica Editora, 2015. ISBN 978-989-8366-93-1.

1. MORAIS, Carlos Blanco de – **Justiça Constitucional: garantia da constituição e controlo de constitucionalidade – Tomo I**. p. 13. [↑](#footnote-ref-2)
2. MIRANDA, Jorge – **Manual de Direito Constitucional: tomo II – Constituição e Inconstitucionalidade**. p. 311. [↑](#footnote-ref-3)
3. MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet – **Curso de direito constitucional**. p. 64. [↑](#footnote-ref-4)
4. MIRANDA, Jorge – **Manual de Direito Constitucional: tomo II – Constituição e Inconstitucionalidade**. p. 313. [↑](#footnote-ref-5)
5. *Idem* – ***Ibidem***. [↑](#footnote-ref-6)
6. *Idem* – ***Ibidem***. [↑](#footnote-ref-7)
7. MORAIS, Carlos Blanco de – **Justiça Constitucional: garantia da constituição e controlo de constitucionalidade – Tomo I**. p. 291. [↑](#footnote-ref-8)
8. MIRANDA, Jorge – **Manual de Direito Constitucional: tomo II – Constituição e Inconstitucionalidade**. p. 313. [↑](#footnote-ref-9)
9. CUNHA JÚNIOR, Dirley da – **Controlo de Constitucionalidade: Teoria e Prática**. p. 59. [↑](#footnote-ref-10)
10. *Idem* – ***Ibidem***. [↑](#footnote-ref-11)
11. CAPPELLETTI, Mauro – **O Judicial de Constitucionalidade das Leis no Direito Comparado**. p. 47. [↑](#footnote-ref-12)
12. BATISTA, Francisco Diego Moreira – **O guardião da Constituição: uma análise de qual poder deve dar a última palavra a respeito da constitucionalidade de leis no Brasil**. 110 f. [↑](#footnote-ref-13)
13. CAPPELLETTI, Mauro – ***Op. Cit*.** p. 48. [↑](#footnote-ref-14)
14. *Idem –* ***Op. Cit*.** p. 49. [↑](#footnote-ref-15)
15. BATISTA, Francisco Diego Moreira – **O guardião da Constituição: uma análise de qual poder deve dar a última palavra a respeito da constitucionalidade de leis no Brasil**. 110 f. [↑](#footnote-ref-16)
16. CUNHA JÚNIOR, Dirley da – **Controlo de Constitucionalidade: Teoria e Prática**. p. 59. [↑](#footnote-ref-17)
17. *Idem* – ***Ibidem***. [↑](#footnote-ref-18)
18. BATISTA, Francisco Diego Moreira – **O guardião da Constituição: uma análise de qual poder deve dar a última palavra a respeito da constitucionalidade de leis no Brasil**. 110 f. [↑](#footnote-ref-19)
19. CAPPELLETTI, Mauro – **O judicial de constitucionalidade das leis no direito comparado**. p. 57. [↑](#footnote-ref-20)
20. CUNHA JÚNIOR, Dirley da – **Controlo de Constitucionalidade: Teoria e Prática**. p. 60. [↑](#footnote-ref-21)
21. STRECK, Lenio Luiz – **Jurisdição Constitucional**. p. 17. [↑](#footnote-ref-22)
22. Cf. BATISTA, Francisco Diego Moreira – ***Op. Cit*.** [↑](#footnote-ref-23)
23. STRECK, Lenio Luiz – ***Op. Cit***. p. 17. [↑](#footnote-ref-24)
24. CUNHA JÚNIOR, Dirley da – **Controlo de Constitucionalidade: Teoria e Prática**. p. 60. [↑](#footnote-ref-25)
25. SOUZA NETO, Cláudio Pereira; SARMENTO, Daniel **– Direito Constitucional: Teoria, história e métodos e trabalho**. p. 76. [↑](#footnote-ref-26)
26. STRECK, Lenio Luiz – **Jurisdição Constitucional**. p. 20. [↑](#footnote-ref-27)
27. SOUZA NETO, Cláudio Pereira; SARMENTO, Daniel **– Direito Constitucional: Teoria, história e métodos e trabalho**. p. 75. [↑](#footnote-ref-28)
28. CUNHA JÚNIOR, Dirley da – **Curso de Direito Constitucional**. p. 97. [↑](#footnote-ref-29)
29. BARROSO, Luís Roberto – **Curso de Direito Constitucional: Os Conceitos Fundamentais e a Construção do Novo Modelo.** p. 109. [↑](#footnote-ref-30)
30. NEVES, Sabrina Queiroz das – **O instituto da repercussão geral e a abstrativização do controle difuso de constitucionalidade realizado no âmbito do recurso extraordinário**. 67 f. [↑](#footnote-ref-31)
31. KELSEN, Hans – **Teoria Pura do Direito**. p. 217. [↑](#footnote-ref-32)
32. AMARAL, Fernando – **Fundamentos do controle de constitucionalidade. Síntese Teórica** [Em linha]. [↑](#footnote-ref-33)
33. MORAES, Alexandre de – **Direito Constitucional**. p. 739. [↑](#footnote-ref-34)
34. GOUVEIA, Jorge Bacelar – **Manual de direito constitucional: introdução, parte geral, parte especial – 2v**. p. 1233. [↑](#footnote-ref-35)
35. CUNHA JÚNIOR, Dirley da – **Controlo de Constitucionalidade: Teoria e Prática**. p. 33. [↑](#footnote-ref-36)
36. *Idem* – ***Op. Cit*.** p. 35. [↑](#footnote-ref-37)
37. MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet – **Curso de direito constitucional**. p. 1078. [↑](#footnote-ref-38)
38. MORAES, Alexandre de – **Direito Constitucional**. p. 741. [↑](#footnote-ref-39)
39. AMARAL, Fernando – **Fundamentos do controle de constitucionalidade. Síntese teórica** [Em linha]. [↑](#footnote-ref-40)
40. MORAES, Alexandre de – **Direito Constitucional.** p. 739. [↑](#footnote-ref-41)
41. CUNHA JÚNIOR, Dirley da – **Controlo de Constitucionalidade: Teoria e Prática**. p. 35. [↑](#footnote-ref-42)
42. VAZ, Manuel Afonso *et al.* – **Direito Constitucional: o sistema constitucional português**. p. 149. [↑](#footnote-ref-43)
43. STRECK, Lenio Luiz – **Jurisdição Constitucional**. p. 1. [↑](#footnote-ref-44)
44. SOUZA NETO, Cláudio Pereira; SARMENTO, Daniel **– Direito Constitucional: Teoria, história e métodos e trabalho**. p. 74. [↑](#footnote-ref-45)
45. *Idem* – ***Op. Cit*.** p. 75. [↑](#footnote-ref-46)
46. *Idem* – ***Ibidem***. [↑](#footnote-ref-47)
47. *Idem* – ***Ibidem***. [↑](#footnote-ref-48)
48. SOUZA NETO, Cláudio Pereira; SARMENTO, Daniel **– Direito Constitucional: Teoria, história e métodos e trabalho**. p. 75. [↑](#footnote-ref-49)
49. *Idem* – ***Ibidem***. [↑](#footnote-ref-50)
50. CUNHA JÚNIOR, Dirley da – **Controlo de Constitucionalidade: Teoria e Prática.** p. 67. [↑](#footnote-ref-51)
51. *Idem* – ***Ibidem***. [↑](#footnote-ref-52)
52. CUNHA JÚNIOR, Dirley da – **Controlo de Constitucionalidade: Teoria e Prática.** p. 67. [↑](#footnote-ref-53)
53. *Idem* – ***Ibidem***. [↑](#footnote-ref-54)
54. URBANO, Maria Benedita – **Curso de Justiça Constitucional: evolução histórica e modelos de controlo da constitucionalidade.** p. 58. [↑](#footnote-ref-55)
55. *Idem* – ***Ibidem***. [↑](#footnote-ref-56)
56. *Idem* – ***Ibidem***. [↑](#footnote-ref-57)
57. *Idem* – ***Ibidem***. [↑](#footnote-ref-58)
58. *Idem* – ***Op. Cit*.** p. 59. [↑](#footnote-ref-59)
59. CUNHA JÚNIOR, Dirley da – **Controlo de Constitucionalidade: Teoria e Prática.** p. 63. [↑](#footnote-ref-60)
60. *Idem* – ***Op. Cit*.** p. 64. [↑](#footnote-ref-61)
61. *Idem* – ***Op. Cit*.** p. 63. [↑](#footnote-ref-62)
62. *Idem* – ***Ibidem***. [↑](#footnote-ref-63)
63. *Idem* – ***Op. Cit*.** p. 68. [↑](#footnote-ref-64)
64. *Idem* – ***Ibidem***. [↑](#footnote-ref-65)
65. STRECK, Lenio Luiz – **Jurisdição Constitucional**. p. 48. [↑](#footnote-ref-66)
66. CUNHA JÚNIOR, Dirley da – **Controlo de Constitucionalidade: Teoria e Prática**. p. 71. [↑](#footnote-ref-67)
67. CORREIA, Fernando Alves – **Justiça Constitucional**. p. 116. [↑](#footnote-ref-68)
68. CUNHA JÚNIOR, Dirley da – ***Op. Cit*.** p. 71. [↑](#footnote-ref-69)
69. CUNHA JÚNIOR, Dirley da – **Controlo de Constitucionalidade: Teoria e Prática**. p. 70. [↑](#footnote-ref-70)
70. *Idem* – ***Ibidem***. [↑](#footnote-ref-71)
71. CORREIA, Fernando Alves – **Justiça Constitucional**. p. 116. [↑](#footnote-ref-72)
72. *Idem* – ***Ibidem***. [↑](#footnote-ref-73)
73. *Idem* – ***Ibidem***. [↑](#footnote-ref-74)
74. CUNHA JÚNIOR, Dirley da – ***Op. Cit***. p. 72. [↑](#footnote-ref-75)
75. *Idem* – ***Ibidem***. [↑](#footnote-ref-76)
76. URBANO, Maria Benedita – **Curso de Justiça Constitucional: evolução histórica e modelos de controlo da constitucionalidade**. p. 87. [↑](#footnote-ref-77)
77. CUNHA JÚNIOR, Dirley da – **Controlo de Constitucionalidade: Teoria e Prática.** p. 72. [↑](#footnote-ref-78)
78. URBANO, Maria Benedita – ***Op. Cit*.** p. 87. [↑](#footnote-ref-79)
79. *Idem* – ***Ibidem***. [↑](#footnote-ref-80)
80. *Idem* – ***Ibidem***. [↑](#footnote-ref-81)
81. *Idem* – ***Op. Cit***. p. 73. [↑](#footnote-ref-82)
82. URBANO, Maria Benedita – **Curso de Justiça Constitucional: evolução histórica e modelos de controlo da constitucionalidade.** p. 74. [↑](#footnote-ref-83)
83. *Idem* – ***Op. Cit*.** p. 72. [↑](#footnote-ref-84)
84. CUNHA JÚNIOR, Dirley da – **Controlo de Constitucionalidade: Teoria e Prática.** p. 74. [↑](#footnote-ref-85)
85. *Idem* – ***Op. Cit*.** p. 75. [↑](#footnote-ref-86)
86. *Idem* – ***Ibidem***. [↑](#footnote-ref-87)
87. CUNHA JÚNIOR, Dirley da – **Controlo de Constitucionalidade: Teoria e Prática.** p. 78. [↑](#footnote-ref-88)
88. *Idem* – ***Ibidem***. [↑](#footnote-ref-89)
89. *Idem* – ***Op. Cit*.** p. 79. [↑](#footnote-ref-90)
90. *Idem* – ***Ibidem***. [↑](#footnote-ref-91)
91. CUNHA JÚNIOR, Dirley da – **Controlo de Constitucionalidade: Teoria e Prática.** p. 82. [↑](#footnote-ref-92)
92. CORREIA, Fernando Alves – **Justiça Constitucional.** p. 116. [↑](#footnote-ref-93)
93. CUNHA JÚNIOR, Dirley da – ***Op. Cit.*** p. 81. [↑](#footnote-ref-94)
94. *Idem* – ***Ibidem***. [↑](#footnote-ref-95)
95. CORREIA, Fernando Alves – ***Op. Cit*.** p. 116. [↑](#footnote-ref-96)
96. CUNHA JÚNIOR, Dirley da – ***Op. Cit***. p. 82. [↑](#footnote-ref-97)
97. SOUZA NETO, Cláudio Pereira; SARMENTO, Daniel **– Direito Constitucional: Teoria, história e métodos e trabalho**. p. 75. [↑](#footnote-ref-98)
98. STRECK, Lenio Luiz – **Jurisdição Constitucional**. p. 54. [↑](#footnote-ref-99)
99. *Idem* – ***Op. Cit*.** p. 53. [↑](#footnote-ref-100)
100. CAPPELLETTI, Mauro – **O Judicial de Constitucionalidade das Leis no Direito Comparado**. p. 26. [↑](#footnote-ref-101)
101. CUNHA JÚNIOR, Dirley da – **Controlo de Constitucionalidade: Teoria e Prática**. p. 84. [↑](#footnote-ref-102)
102. CUNHA JÚNIOR, Dirley da – **Controlo de Constitucionalidade: Teoria e Prática**. p. 84. [↑](#footnote-ref-103)
103. CAPPELLETTI, Mauro – **O Judicial de Constitucionalidade das Leis no Direito Comparado.** p. 95. [↑](#footnote-ref-104)
104. CUNHA JÚNIOR, Dirley da – ***Op. Cit*.** p. 83. [↑](#footnote-ref-105)
105. URBANO, Maria Benedita – **Curso de Justiça Constitucional: evolução histórica e modelos de controlo da constitucionalidade.** p. 77. [↑](#footnote-ref-106)
106. *Idem* – ***Ibidem***. [↑](#footnote-ref-107)
107. *Idem* – ***Op. Cit.*** p. 34. [↑](#footnote-ref-108)
108. URBANO, Maria Benedita – **Curso de Justiça Constitucional: evolução histórica e modelos de controlo da constitucionalidade.** p. 34. [↑](#footnote-ref-109)
109. CAPPELLETTI, Mauro – **O Judicial de Constitucionalidade das Leis no Direito Comparado**. p. 28. [↑](#footnote-ref-110)
110. CUNHA JÚNIOR, Dirley da – **Controlo De Constitucionalidade: Teoria e Prática**. p. 83. [↑](#footnote-ref-111)
111. *Idem* – ***Op. Cit***. p. 87. [↑](#footnote-ref-112)
112. *Idem* – ***Ibidem***. [↑](#footnote-ref-113)
113. STRECK, Lenio Luiz – **Jurisdição Constitucional**. p. 55. [↑](#footnote-ref-114)
114. *Idem* – ***Ibidem***. [↑](#footnote-ref-115)
115. *Idem* – ***Ibidem***. [↑](#footnote-ref-116)
116. *Idem* – ***Ibidem***. [↑](#footnote-ref-117)
117. STRECK, Lenio Luiz – **Jurisdição Constitucional**. p. 57. [↑](#footnote-ref-118)
118. *Idem* – ***Ibidem***. [↑](#footnote-ref-119)
119. *Idem* – ***Ibidem***. [↑](#footnote-ref-120)
120. *Idem* – ***Ibidem***. [↑](#footnote-ref-121)
121. *Idem* – ***Ibidem***. [↑](#footnote-ref-122)
122. CUNHA JÚNIOR, Dirley da – **Controlo de Constitucionalidade: Teoria e Prática**. p. 83. [↑](#footnote-ref-123)
123. *Idem* – ***Ibidem***. [↑](#footnote-ref-124)
124. CORREIA, Fernando Alves – **Justiça Constitucional**. p. 117. [↑](#footnote-ref-125)
125. *Idem* – ***Ibidem***. [↑](#footnote-ref-126)
126. *Idem* – ***Ibidem***. [↑](#footnote-ref-127)
127. BARROSO, Luís Roberto – **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro**. p. 87. [↑](#footnote-ref-128)
128. GOUVEIA, Jorge Bacelar – **Manual de direito constitucional: introdução, parte geral, parte especial – 2v**. p. 1239. [↑](#footnote-ref-129)
129. MIRANDA, Jorge – **Manual de Direito Constitucional: Inconstitucionalidade e garantia da Constituição - Tomo VI**. p. 155. [↑](#footnote-ref-130)
130. MORAIS, Carlos Blanco de – **Justiça Constitucional: Garantia da Constituição e Controlo de Constitucionalidade – Tomo I**. p. 325. [↑](#footnote-ref-131)
131. GOUVEIA, Jorge Bacelar – **Manual de direito constitucional: introdução, parte geral, parte especial – 2v**. p. 1239. [↑](#footnote-ref-132)
132. MORAIS, Carlos Blanco de – ***Op. Cit*.** p. 327. [↑](#footnote-ref-133)
133. *Idem* – ***Op. Cit*.** p. 320. [↑](#footnote-ref-134)
134. MORAIS, Carlos Blanco de – **Justiça Constitucional: Garantia da Constituição e Controlo de Constitucionalidade – Tomo I**. p. 329. [↑](#footnote-ref-135)
135. *Idem* – ***Op. Cit*.** p. 330. [↑](#footnote-ref-136)
136. MIRANDA, Jorge – **Manual de Direito Constitucional: Inconstitucionalidade e garantia da Constituição - Tomo VI.** p. 156. [↑](#footnote-ref-137)
137. *Idem* – ***Ibidem***. [↑](#footnote-ref-138)
138. MIRANDA, Jorge – **Manual de Direito Constitucional: tomo II – Constituição e Inconstitucionalidade**. p. 392. [↑](#footnote-ref-139)
139. *Idem* – **Manual de Direito Constitucional: Inconstitucionalidade e garantia da Constituição - Tomo VI.** p. 156. [↑](#footnote-ref-140)
140. MORAIS, Carlos Blanco de – **Justiça Constitucional: Garantia da Constituição e Controlo de Constitucionalidade – Tomo I**. p. 330. [↑](#footnote-ref-141)
141. MIRANDA, Jorge – **Manual de Direito Constitucional: tomo II – Constituição e Inconstitucionalidade**. p. 392. [↑](#footnote-ref-142)
142. MORAIS, Carlos Blanco de – ***Op. Cit*.** p. 332. [↑](#footnote-ref-143)
143. CORREIA, Fernando Alves – **Justiça Constitucional**. p. 121. [↑](#footnote-ref-144)
144. *Idem* – ***Ibidem***. [↑](#footnote-ref-145)
145. MORAIS, Carlos Blanco de – **Justiça Constitucional: Garantia da Constituição e Controlo de Constitucionalidade – Tomo I**. p. 333. [↑](#footnote-ref-146)
146. *Idem* – ***Op. Cit***. p. 334. [↑](#footnote-ref-147)
147. *Idem* – ***Ibidem***. [↑](#footnote-ref-148)
148. Cf. MEDEIROS, Orione Dantas de – **Uma Dicotomia: o controle híbrido de constitucionalidade – no Brasil e em Portugal**. 266 f. [↑](#footnote-ref-149)
149. CANOTILHO, J. J. Gomes – **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. p. 914. [↑](#footnote-ref-150)
150. MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet – **Curso de direito constitucional**. p. 1088. [↑](#footnote-ref-151)
151. MEDEIROS, Orione Dantas de – ***Op. Cit***. [↑](#footnote-ref-152)
152. MIRANDA, Jorge – **Manual de Direito Constitucional: inconstitucionalidade e garantia da constituição - Tomo VI.** p. 158. [↑](#footnote-ref-153)
153. CORREIA, Fernando Alves – **Justiça Constitucional**. p. 121. [↑](#footnote-ref-154)
154. MIRANDA, Jorge – **Manual de Direito Constitucional: tomo II – Constituição e Inconstitucionalidade**. p. 393. [↑](#footnote-ref-155)
155. MORAIS, Carlos Blanco de – **Justiça Constitucional: Garantia da Constituição e Controlo de Constitucionalidade – Tomo I**. p. 336-337. [↑](#footnote-ref-156)
156. CASTRO, Catarina Sarmento de – **Modelos de Justiça Constitucional Portugal: Questionário**. [↑](#footnote-ref-157)
157. MORAIS, Carlos Blanco de – ***Op. Cit*.** p. 337. [↑](#footnote-ref-158)
158. MIRANDA, Jorge – **Manual de Direito Constitucional: inconstitucionalidade e garantia da constituição - Tomo VI.** p. 140. [↑](#footnote-ref-159)
159. MORAIS, Carlos Blanco de – ***Op. Cit***. p. 336. [↑](#footnote-ref-160)
160. CANOTILHO, J. J. Gomes – **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. p. 915. [↑](#footnote-ref-161)
161. MIRANDA, Jorge – **Manual de Direito Constitucional: tomo II – Constituição e Inconstitucionalidade**. p. 395. [↑](#footnote-ref-162)
162. *Idem* – ***Ibidem***. [↑](#footnote-ref-163)
163. *Idem* – ***Ibidem***. [↑](#footnote-ref-164)
164. MIRANDA, Jorge – **Manual de Direito Constitucional: tomo II – Constituição e Inconstitucionalidade**. p. 391. [↑](#footnote-ref-165)
165. *Idem* – **Manual de Direito Constitucional: inconstitucionalidade e garantia da constituição - Tomo VI.** p. 158. [↑](#footnote-ref-166)
166. *Idem* – ***Ibidem***. [↑](#footnote-ref-167)
167. MORAIS, Carlos Blanco de – **Justiça Constitucional: Garantia da Constituição e Controlo de Constitucionalidade – Tomo I**. p. 339. [↑](#footnote-ref-168)
168. *Idem* – ***Op. Cit***. p. 340. [↑](#footnote-ref-169)
169. *Idem* – ***Ibidem***. [↑](#footnote-ref-170)
170. GOUVEIA, Jorge Bacelar – **Manual de direito constitucional: introdução, parte geral, parte especial – 2v**. p. 1239. [↑](#footnote-ref-171)
171. MIRANDA, Jorge – **Manual de Direito Constitucional: inconstitucionalidade e garantia da constituição - Tomo VI**. p. 166. [↑](#footnote-ref-172)
172. *Idem* – ***Ibidem***. [↑](#footnote-ref-173)
173. *Idem* – ***Ibidem***. [↑](#footnote-ref-174)
174. *Idem* – ***Op. Cit*.** p. 167. [↑](#footnote-ref-175)
175. MIRANDA, Jorge – **Manual de Direito Constitucional: inconstitucionalidade e garantia da constituição - Tomo VI**. p. 167. [↑](#footnote-ref-176)
176. CORREIA, Fernando Alves – **Justiça Constitucional**. p. 121-122. [↑](#footnote-ref-177)
177. CASTRO, Catarina Sarmento e – **Modelos de Justiça Constitucional Portugal: Questionário**. [↑](#footnote-ref-178)
178. *Idem* – ***Ibidem***. [↑](#footnote-ref-179)
179. MEDEIROS, Orione Dantas de – **Uma Dicotomia: o controle híbrido de constitucionalidade – no Brasil e em Portugal**. 266 f. [↑](#footnote-ref-180)
180. MIRANDA, Jorge – **Manual de Direito Constitucional: inconstitucionalidade e garantia da constituição - Tomo VI**. p. 169. [↑](#footnote-ref-181)
181. *Idem* – **Manual de Direito Constitucional: tomo II – Constituição e Inconstitucionalidade**. p. 403. [↑](#footnote-ref-182)
182. *Idem* – **Manual de Direito Constitucional: inconstitucionalidade e garantia da constituição - Tomo VI.** p. 170. [↑](#footnote-ref-183)
183. GOUVEIA, Jorge Bacelar – **Manual de direito constitucional: introdução, parte geral, parte especial – 2v**. p. 1239. [↑](#footnote-ref-184)
184. CANOTILHO, J. J. Gomes – **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. p. 916. [↑](#footnote-ref-185)
185. MIRANDA, Jorge – **Manual de Direito Constitucional: inconstitucionalidade e garantia da constituição - Tomo VI.** p. 170-171. [↑](#footnote-ref-186)
186. CANOTILHO, J. J. Gomes – ***Op. Cit***. p. 916. [↑](#footnote-ref-187)
187. MIRANDA, Jorge – **Manual de Direito Constitucional: inconstitucionalidade e garantia da constituição - Tomo VI** –p. 171. [↑](#footnote-ref-188)
188. *Idem* – ***Ibidem***. [↑](#footnote-ref-189)
189. Cf. CASTRO, Catarina Sarmento e – **Modelos de Justiça Constitucional Portugal: Questionário**. [↑](#footnote-ref-190)
190. STRECK, Lenio Luiz – **Jurisdição Constitucional**. p. 112. [↑](#footnote-ref-191)
191. STRECK, Lenio Luiz – **Jurisdição Constitucional**. p. 112. [↑](#footnote-ref-192)
192. *Idem* – ***Op. Cit*.** p. 113. [↑](#footnote-ref-193)
193. *Idem* – ***Op. Cit*.** p. 120. [↑](#footnote-ref-194)
194. *Idem* – ***Ibidem***. [↑](#footnote-ref-195)
195. *Idem* – ***Ibidem***. [↑](#footnote-ref-196)
196. STRECK, Lenio Luiz – **Jurisdição Constitucional**. p. 120. [↑](#footnote-ref-197)
197. *Idem* – ***Ibidem***. [↑](#footnote-ref-198)
198. *Idem* – ***Op. Cit***. p. 122. [↑](#footnote-ref-199)
199. MARTINS, José Renato – **O controle de constitucionalidade das leis no direito brasileiro**. p. 69-70. [↑](#footnote-ref-200)
200. STRECK, Lenio Luiz – ***Op. Cit***. p. 123. [↑](#footnote-ref-201)
201. SALERT, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel – **Curso de Direito Constitucional**. p. 238. [↑](#footnote-ref-202)
202. STRECK, Lenio Luiz – **Jurisdição Constitucional*.*** p. 130-131. [↑](#footnote-ref-203)
203. *Idem* – ***Op. Cit***. p. 131. [↑](#footnote-ref-204)
204. CUNHA JÚNIOR, Dirley da – **Controlo de Constitucionalidade: Teoria e Prática**. p. 92. [↑](#footnote-ref-205)
205. *Idem* – ***Op. Cit***. p. 93. [↑](#footnote-ref-206)
206. STRECK, Lenio Luiz – **Jurisdição Constitucional**. p. 132. [↑](#footnote-ref-207)
207. *Idem* – ***Op. Cit***. p. 133. [↑](#footnote-ref-208)
208. MARTINS, José Renato – **O controle de constitucionalidade das leis no direito brasileiro**. p. 71. [↑](#footnote-ref-209)
209. CUNHA JÚNIOR, Dirley da – **Controlo de Constitucionalidade: Teoria e Prática.** p. 94. [↑](#footnote-ref-210)
210. MARTINS, José Renato – **O controle de constitucionalidade das leis no direito brasileiro**. p. 73. [↑](#footnote-ref-211)
211. CUNHA JÚNIOR, Dirley da – **Controlo de Constitucionalidade: Teoria e Prática***.* p. 94. [↑](#footnote-ref-212)
212. MEDEIROS, Orione Dantas de – **Uma dicotomia: o controle híbrido de constitucionalidade – no Brasil e em Portugal**. 266 f. [↑](#footnote-ref-213)
213. *Idem* – ***Ibidem***. [↑](#footnote-ref-214)
214. MIRANDA, Jorge – **Manual de Direito Constitucional: inconstitucionalidade e garantia da constituição - Tomo VI.** p. 134. [↑](#footnote-ref-215)
215. MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet – **Curso de direito constitucional**. p. 1.113. [↑](#footnote-ref-216)
216. STRECK, Lenio – **Jurisdição Constitucional**. p. 144. [↑](#footnote-ref-217)
217. MEDEIROS, Orione Dantas de – **Uma Dicotomia: o controle híbrido de constitucionalidade – no Brasil e em Portugal**. 266 f. [↑](#footnote-ref-218)
218. STRECK, Lenio – **Jurisdição Constitucional*.*** p. 145. [↑](#footnote-ref-219)
219. *Idem* – ***Ibidem***. [↑](#footnote-ref-220)
220. ANDRADE FILHO, Edmar Oliveira – **Controle de constitucionalidade de leis e atos normativos**. p. 33. [↑](#footnote-ref-221)
221. STRECK, Lenio Luiz – ***Op. Cit.*** p. 145. [↑](#footnote-ref-222)
222. CUNHA JÚNIOR, Dirley da – **Controlo de Constitucionalidade: Teoria e Prática**. p. 96. [↑](#footnote-ref-223)
223. *Idem* – ***Ibidem***. [↑](#footnote-ref-224)
224. CUNHA JÚNIOR, Dirley da – **Controlo de Constitucionalidade: Teoria e Prática**. p. 96. [↑](#footnote-ref-225)
225. MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet – **Curso de direito constitucional**. p. 1120. [↑](#footnote-ref-226)
226. MIRANDA, Jorge – **Manual de Direito Constitucional: inconstitucionalidade e garantia da constituição - Tomo VI.** p. 134. [↑](#footnote-ref-227)
227. MEDEIROS, Orione Dantas de – **Uma Dicotomia: o controle híbrido de constitucionalidade – no Brasil e em Portugal**. 266 f. [↑](#footnote-ref-228)
228. *Idem* – ***Ibidem***. [↑](#footnote-ref-229)
229. MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet – ***Op. Cit***. p. 99. [↑](#footnote-ref-230)
230. STRECK, Lenio – **Jurisdição Constitucional**. p. 145. [↑](#footnote-ref-231)
231. BARROSO, Luís Roberto – **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro**. p. 87. [↑](#footnote-ref-232)
232. *Idem* – ***Ibidem***. [↑](#footnote-ref-233)
233. MEDEIROS, Orione Dantas de – ***Op. Cit*.** [↑](#footnote-ref-234)
234. SOUZA NETO, Cláudio Pereira; SARMENTO, Daniel **– Direito Constitucional: Teoria, história e métodos e trabalho.** p. 142. [↑](#footnote-ref-235)
235. *Idem* – ***Ibidem***. [↑](#footnote-ref-236)
236. *Idem* – ***Ibidem***. [↑](#footnote-ref-237)
237. *Idem* – ***Op. Cit***. p. 151. [↑](#footnote-ref-238)
238. SOUZA NETO, Cláudio Pereira; SARMENTO, Daniel **– Direito Constitucional: Teoria, história e métodos e trabalho.** p. 152. [↑](#footnote-ref-239)
239. *Idem* – ***Op. Cit***. p. 154. [↑](#footnote-ref-240)
240. *Idem* – ***Op. Cit***. p. 156. [↑](#footnote-ref-241)
241. *Idem* – ***Op. Cit***. p. 158. [↑](#footnote-ref-242)
242. CUNHA JÚNIOR, Dirley da – **Controlo de Constitucionalidade: Teoria e Prática**. p. 96. [↑](#footnote-ref-243)
243. MIRANDA, Jorge – **Manual de Direito Constitucional: inconstitucionalidade e garantia da constituição - Tomo VI**. p. 134. [↑](#footnote-ref-244)
244. MORAIS, Carlos Blanco de – **Título: Justiça Constitucional: o direito do contencioso constitucional – Tomo II**. p. 145. [↑](#footnote-ref-245)
245. CANOTILHO, J. J. Gomes – **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. p. 915. [↑](#footnote-ref-246)
246. GOUVEIA, Jorge Bacelar – **Manual de direito constitucional: introdução, parte geral, parte especial – 2v**. p. 1240. [↑](#footnote-ref-247)
247. MORAIS, Carlos Blanco de – **Justiça Constitucional: Garantia da Constituição e Controlo de Constitucionalidade – Tomo I**. p. 345. [↑](#footnote-ref-248)
248. CORREIA, Fernando Alves – **Justiça Constitucional**. p. 120. [↑](#footnote-ref-249)
249. GOUVEIA, Jorge Bacelar – ***Op. Cit.*** p. 1241. [↑](#footnote-ref-250)
250. 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. [↑](#footnote-ref-251)
251. Artigo 277.º - Inconstitucionalidade por acção - 1. São inconstitucionais as normas que infrinjam 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, desde que tais normas sejam aplicadas na ordem jurídica da outra parte, salvo se tal inconstitucionalidade resultar de violação de uma disposição fundamental. [↑](#footnote-ref-252)
252. CANOTILHO, J. J. Gomes – **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. p. 917. [↑](#footnote-ref-253)
253. MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet – **Curso de direito constitucional**. p. 944. [↑](#footnote-ref-254)
254. *Idem* – ***Ibidem***. [↑](#footnote-ref-255)
255. Cf. Canotilho *apud* MORAIS, Carlos Blanco de – **Justiça Constitucional: Garantia da Constituição e Controlo de Constitucionalidade – Tomo I**. p. 345. [↑](#footnote-ref-256)
256. MORAIS, Carlos Blanco de – ***Op. Cit.*** p. 346. [↑](#footnote-ref-257)
257. VAZ, Manuel Afonso *et al.* – **Direito Constitucional: o sistema constitucional português**. p. 157. [↑](#footnote-ref-258)
258. *Idem* – ***Ibidem***. [↑](#footnote-ref-259)
259. MIRANDA, Jorge – **Manual de Direito Constitucional: inconstitucionalidade e garantia da constituição - Tomo VI**. p. 244. [↑](#footnote-ref-260)
260. CORREIA, Fernando Alves – **Justiça Constitucional**. p. 123-124. [↑](#footnote-ref-261)
261. *Idem* – ***Ibidem***. [↑](#footnote-ref-262)
262. *Idem* – ***Ibidem***. [↑](#footnote-ref-263)
263. *Idem* – ***Ibidem***. [↑](#footnote-ref-264)
264. CANOTILHO, J. J. Gomes – **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. p. 917. [↑](#footnote-ref-265)
265. MIRANDA, Jorge – **Manual de Direito Constitucional: inconstitucionalidade e garantia da constituição - Tomo VI**. p. 246. [↑](#footnote-ref-266)
266. *Idem* – ***Ibidem***. [↑](#footnote-ref-267)
267. CANOTILHO, J. J. Gomes – **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. p. 918. [↑](#footnote-ref-268)
268. *Idem* – ***Op. Cit***. p. 981. [↑](#footnote-ref-269)
269. *Idem* – ***Op. Cit***. p. 918. [↑](#footnote-ref-270)
270. *Idem* – ***Op. Cit***. p. 981. [↑](#footnote-ref-271)
271. Artigo 280.º - Fiscalização concreta da constitucionalidade e da legalidade - 1. Cabe recurso para o Tribunal Constitucional das decisões dos tribunais: a) Que recusem a aplicação de qualquer norma com fundamento na sua inconstitucionalidade; b) Que apliquem norma cuja inconstitucionalidade haja sido suscitada durante o processo. 2. Cabe igualmente recurso para o Tribunal Constitucional das decisões dos tribunais: a) Que recusem a aplicação de norma constante de acto legislativo com fundamento na sua ilegalidade por violação da lei com valor reforçado; b) Que recusem a aplicação de norma constante de diploma regional com fundamento na sua ilegalidade por violação do estatuto da região autónoma; c) Que recusem a aplicação de norma constante de diploma emanado de um órgão de soberania com fundamento na sua ilegalidade por violação do estatuto de uma região autónoma; d) Que apliquem norma cuja ilegalidade haja sido suscitada durante o processo com qualquer dos fundamentos referidos nas alíneas a), b) e c). [↑](#footnote-ref-272)
272. Artigo 221.º - Definição - O Tribunal Constitucional é o tribunal ao qual compete especificamente administrar a justiça em matérias de natureza jurídico-constitucional. [↑](#footnote-ref-273)
273. Artigo 281.º - Fiscalização abstracta 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. [↑](#footnote-ref-274)
274. MORAIS, Carlos Blanco de – **Justiça Constitucional: Garantia da Constituição e Controlo de Constitucionalidade – Tomo I**. p. 347. [↑](#footnote-ref-275)
275. MARTINS, José Renato – **O controle de constitucionalidade das leis no direito brasileiro**. p. 79. [↑](#footnote-ref-276)
276. ANDRADE FILHO, Edmar Oliveira – **Controle de constitucionalidade de leis e atos normativos**. p. 34. [↑](#footnote-ref-277)
277. MARTINS, José Renato – **O controle de constitucionalidade das leis no direito brasileiro.** p. 80. [↑](#footnote-ref-278)
278. *Idem* – ***Ibidem***. [↑](#footnote-ref-279)
279. *Idem* – ***Ibidem***. [↑](#footnote-ref-280)
280. *Idem* – ***Op. Cit.*** p. 81-82. [↑](#footnote-ref-281)
281. MARTINS, José Renato – **O controle de constitucionalidade das leis no direito brasileiro.** p. 81-82. [↑](#footnote-ref-282)
282. *Idem –* ***Op. Cit.*** p. 83-84. [↑](#footnote-ref-283)
283. *Idem* – ***Ibidem***. [↑](#footnote-ref-284)
284. MELLO, Celso de, relat. – **Acórdão do Supremo Tribunal Federal com número 460/RJ, de 10 de Junho de 1994** [Em linha]. [↑](#footnote-ref-285)
285. CUNHA JÚNIOR, Dirley da – **Controlo de Constitucionalidade: Teoria e Prática**. p. 97. [↑](#footnote-ref-286)
286. *Idem –* ***Op. Cit.*** p. 111. [↑](#footnote-ref-287)
287. STRECK, Lenio Luiz – **Jurisdição Constitucional**. p. 160. [↑](#footnote-ref-288)
288. *Idem* – ***Ibidem***. [↑](#footnote-ref-289)
289. *Idem* – ***Op. Cit***. p. 157. [↑](#footnote-ref-290)
290. PIÑEIRO, Eduardo Schenato – **O controle de constitucionalidade: Direito Americano, Alemão e Brasileiro**. p. 164. [↑](#footnote-ref-291)
291. CUNHA JÚNIOR, Dirley da – **Controlo de Constitucionalidade: Teoria e Prática.** p. 111. [↑](#footnote-ref-292)
292. *Idem* – ***Ibidem***. [↑](#footnote-ref-293)
293. *Idem* – ***Ibidem***. [↑](#footnote-ref-294)
294. STRECK, Lenio Luiz – **Jurisdição Constitucional**. p. 160. [↑](#footnote-ref-295)
295. *Idem* – ***Op. Cit***. p. 161. [↑](#footnote-ref-296)
296. PIÑEIRO, Eduardo Schenato – **O Controle De Constitucionalidade: Direito Americano, Alemão e Brasileiro**. p. 167. [↑](#footnote-ref-297)
297. *Idem* – ***Ibidem***. [↑](#footnote-ref-298)
298. MIRANDA, Jorge – **Curso de Direito Constitucional**. p. 283. [↑](#footnote-ref-299)
299. CUNHA JÚNIOR, Dirley da – **Controlo de Constitucionalidade: Teoria e Prática**. p. 158-159. [↑](#footnote-ref-300)
300. *Idem* – ***Op. Cit***. p. 170. [↑](#footnote-ref-301)
301. CUNHA JÚNIOR, Dirley da – **Controlo de Constitucionalidade: Teoria e Prática**. p. 170. [↑](#footnote-ref-302)
302. MORAIS, Carlos Blanco de – **Justiça Constitucional: o direito do contencioso constitucional – Tomo II**. p. 149. [↑](#footnote-ref-303)
303. *Idem* – ***Ibidem***. [↑](#footnote-ref-304)
304. STRECK, Lenio Luiz – **Jurisdição Constitucional**. p. 180. [↑](#footnote-ref-305)
305. PIÑEIRO, Eduardo Schenato – **O controle de constitucionalidade: Direito Americano, Alemão e Brasileiro**. p. 194. [↑](#footnote-ref-306)
306. CUNHA JÚNIOR, Dirley da – ***Op. Cit.*** p. 171. [↑](#footnote-ref-307)
307. BRASIL – **Constituição da República do Brasil de 1988**. [↑](#footnote-ref-308)
308. CUNHA JÚNIOR, Dirley da – ***Op. Cit***. p. 171. [↑](#footnote-ref-309)
309. PIÑEIRO, Eduardo Schenato – ***Op. Cit***. p. 195. [↑](#footnote-ref-310)
310. BARBOSA, Joaquim, relat. – **Acórdão do Supremo Tribunal Federal com número 2723/PR, de 30 de Maio de 2005** [Em linha]. [↑](#footnote-ref-311)
311. SANCHES, Sydney, relat. – **Acórdão do Supremo Tribunal Federal com número 91/SE, de 21 de Setembro de 1995** [Em linha]. [↑](#footnote-ref-312)
312. STRECK, Lenio Luiz – **Jurisdição Constitucional.** p. 180. [↑](#footnote-ref-313)
313. PIÑEIRO, Eduardo Schenato – **O controle de constitucionalidade: Direito Americano, Alemão e Brasileiro**. p. 196. [↑](#footnote-ref-314)
314. *Idem* – ***Ibidem***. [↑](#footnote-ref-315)
315. STRECK, Lenio Luiz – ***Op. Cit.*** p. 180-181. [↑](#footnote-ref-316)
316. STRECK, Lenio Luiz – **Jurisdição Constitucional.** p. 180-181. [↑](#footnote-ref-317)
317. PIÑEIRO, Eduardo Schenato – **O controle de constitucionalidade: Direito Americano, Alemão e Brasileiro**. p. 197-198. [↑](#footnote-ref-318)
318. CUNHA JÚNIOR, Dirley da – **Controlo de Constitucionalidade: Teoria e Prática**. p. 182. [↑](#footnote-ref-319)
319. PIÑEIRO, Eduardo Schenato – ***Op. Cit.*** p. 200. [↑](#footnote-ref-320)
320. MENDES, Gilmar, relat. – **Acórdão do Supremo Tribunal Federal com número 4335/AC, de 20 de Março de 2014** [Em linha]. [↑](#footnote-ref-321)
321. STRECK, Lenio Luiz – ***Op. Cit.*** p. 181. [↑](#footnote-ref-322)
322. VAZ, Manuel Afonso *et al.* – **Direito Constitucional: o sistema constitucional português**. p. 161. [↑](#footnote-ref-323)
323. MIRANDA, Jorge – **Manual de Direito Constitucional: Inconstitucionalidade e garantia da Constituição – Tomo VI.** p. 242-243. [↑](#footnote-ref-324)
324. CANOTILHO, J. J. Gomes – **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. p. 983. [↑](#footnote-ref-325)
325. MORAIS, Carlos Blanco de – **Justiça Constitucional: o direito do contencioso constitucional – Tomo II**. p. 599. [↑](#footnote-ref-326)
326. *Idem* – ***Ibidem***. [↑](#footnote-ref-327)
327. BENTO, Messias, relat. – **Acórdão do Tribunal Constitucional com número 169, de 06 de Maio de 1992** [Em linha]. [↑](#footnote-ref-328)
328. MORAIS, Carlos Blanco de – ***Op. Cit***. p. 600. [↑](#footnote-ref-329)
329. Artigo 281.º - Fiscalização abstracta da constitucionalidade e da legalidade - (...) 2. Podem requerer ao Tribunal Constitucional a declaração de inconstitucionalidade ou de ilegalidade, com força obrigatória geral: a) O Presidente da República; b) O Presidente da Assembleia da República; c) O Primeiro-Ministro; d) O Provedor de Justiça; e) O Procurador-Geral da República; f) Um décimo dos Deputados à Assembleia da República; g) Os Representantes da República, as Assembleias Legislativas das regiões autónomas, os presidentes das Assembleias Legislativas das regiões autónomas, os presidentes dos Governos Regionais ou um décimo dos deputados à respectiva Assembleia Legislativa, quando o pedido de declaração de inconstitucionalidade se fundar em violação dos direitos das regiões autónomas ou o pedido de declaração de ilegalidade se fundar em violação do respectivo estatuto. (...) [↑](#footnote-ref-330)
330. VAZ, Manuel Afonso *et al.* – **Direito Constitucional: o sistema constitucional português**. p. 179. [↑](#footnote-ref-331)
331. 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.(...) [↑](#footnote-ref-332)
332. MIRANDA, Jorge – **Manual de Direito Constitucional: inconstitucionalidade e garantia da constituição - Tomo VI**. p. 250. [↑](#footnote-ref-333)
333. *Idem* – **Manual de Direito Constitucional: tomo II – Constituição e Inconstitucionalidade**. p. 437. [↑](#footnote-ref-334)
334. MIRANDA, Jorge – **Manual de Direito Constitucional: tomo II – Constituição e Inconstitucionalidade**. p. 437. [↑](#footnote-ref-335)
335. 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; (...)

III - julgar, mediante recurso extraordinário, as causas decididas em única ou última instância, quando a decisão recorrida:

a) contrariar dispositivo desta Constituição;

b) declarar a inconstitucionalidade de tratado ou lei federal;

c) julgar válida lei ou ato de governo local contestado em face desta Constituição.

d) julgar válida lei local contestada em face de lei federal. [↑](#footnote-ref-336)
336. Artigo 80.º (Efeitos da decisão) 1 - A decisão do recurso faz caso julgado no processo quanto à questão da inconstitucionalidade ou ilegalidade suscitada. [↑](#footnote-ref-337)
337. MORAIS, Carlos Blanco de – **Justiça Constitucional: o direito do contencioso constitucional – Tomo II**. p. 600. [↑](#footnote-ref-338)
338. MIRANDA, Jorge – **Curso de Direito Constitucional**. p. 281. [↑](#footnote-ref-339)
339. BRITO, Mário de, relat. – **Acórdão do Tribunal Constitucional com número 44, de 31 de Outubro de 1984** [Em linha]. [↑](#footnote-ref-340)
340. Artigo 82.º (Processo aplicável à repetição do julgado) Sempre que a mesma norma tiver sido julgada inconstitucional ou ilegal em 3 casos concretos, pode o Tribunal Constitucional, por iniciativa de qualquer dos seus juízes ou do Ministério Público, promover a organização de um processo com as cópias das correspondentes decisões, o qual é concluso ao presidente, seguindo-se os termos do processo de fiscalização abstracta sucessiva da constitucionalidade ou da ilegalidade previstos na presente lei. [↑](#footnote-ref-341)
341. MIRANDA, Jorge – **Manual de Direito Constitucional: tomo II – Constituição e Inconstitucionalidade**. p. 446. [↑](#footnote-ref-342)
342. COSTA, Tavares da, relat. – **Acórdão do Tribunal Constitucional com número 235, de 03 de Julho de 1990** [Em linha]. [↑](#footnote-ref-343)
343. COSTA, Tavares da, relat. – **Acórdão do Tribunal Constitucional com número 235, de 03 de Julho de 1990** [Em linha]. [↑](#footnote-ref-344)
344. MOREIRA, Vital, relat. – **Acórdão do Tribunal Constitucional com número 141, de 22 de Abril de 1987** [Em linha]. [↑](#footnote-ref-345)
345. DIDIER JÚNIOR, Fredie; CUNHA, Leonardo José Carneiro da – **Curso de Direito Processual Civil: meios de impugnação às decisões judiciais e processo nos tribunais**. p. 267. [↑](#footnote-ref-346)
346. MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet – **Curso de direito constitucional**. p. 1008. [↑](#footnote-ref-347)
347. PIÑEIRO, Eduardo Schenato – **O controle de constitucionalidade: Direito Americano, Alemão e Brasileiro**. p. 185. [↑](#footnote-ref-348)
348. MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet – ***Op. Cit*.** p. 1008. [↑](#footnote-ref-349)
349. MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet – **Curso de direito constitucional**. p. 1008. [↑](#footnote-ref-350)
350. Art. 1.035. O Supremo Tribunal Federal, em decisão irrecorrível, não conhecerá do recurso extraordinário quando a questão constitucional nele versada não tiver repercussão geral, nos termos deste artigo. § 1o Para efeito de repercussão geral, será considerada a existência ou não de questões relevantes do ponto de vista econômico, político, social ou jurídico que ultrapassem os interesses subjetivos do processo. § 2o O recorrente deverá demonstrar a existência de repercussão geral para apreciação exclusiva pelo Supremo Tribunal Federal. (...)§ 5o Reconhecida a repercussão geral, o relator no Supremo Tribunal Federal determinará a suspensão do processamento de todos os processos pendentes, individuais ou coletivos, que versem sobre a questão e tramitem no território nacional. [↑](#footnote-ref-351)
351. PIÑEIRO, Eduardo Schenato – **O Controle de Constitucionalidade: Direito Americano, Alemão e Brasileiro**. p. 187. [↑](#footnote-ref-352)
352. MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet – **Curso de direito constitucional**. p. 1014. [↑](#footnote-ref-353)
353. DIDIER JÚNIOR, Fredie; CUNHA, Leonardo José Carneiro da – **Curso de Direito Processual Civil: meios de impugnação às decisões judiciais e processo nos tribunais**. p. 271. [↑](#footnote-ref-354)
354. Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

(...)

XXXV - a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito; [↑](#footnote-ref-355)
355. No julgamento das ADIs nº. 1.102, 1.108 e 1.116, ocorridos conjuntamente em 5 de outubro de 1995, em que pediam-se a declaração da inconstitucionalidade das expressões “empresários” e “autônomos” contidas no artigo 22, inciso I, da Lei nº. 8.212 de 25 de julho de 1991. Neste caso o Ministro Mauricio Correa manifestou sua preocupação com o problema da ponderação dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade nos seguintes temos: ““Creio não constituir-se afronta ao ordenamento constitucional exercer a Corte política judicial de conveniência, se viesse a adotar sistemática, caso por caso, para a aplicação de quais os efeitos que deveriam ser impostos, quando, como nesta hipótese, defluisse situação tal a recomendar, na salvaguarda dos superiores interesses do Estado e em razão da calamidade dos cofres da Previdência Social, se buscasse o *dies a quo*, para a eficácia dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade, a data do deferimento da cautelar. (...) Ressalvada a minha posição pessoal quanto aos efeitos para a eficácia da decisão que, em nome da conveniência e da relevância da segurança social, seriam a partir da concessão da cautelar deferida em 9 de setembro de 1994, e acolhendo a manifestação do Procurador-Geral da República, julgo procedentes as Ações Diretas de Inconstitucionalidade nos 1.102-2, 1.108-1 e 1.116-2, para, confirmando a liminar concedida pela maioria, declarar a inconstitucionalidade das expressões ‘empresários’ e ‘autônomos’ contidas no inciso I do artigo 22 da Lei no 8.212, de 25 de julho de 1991.” Ao final o Tribunal, por maioria de votos, julgou procedentes os pedidos de declaração de inconstitucionalidade das expressões “empresários” e “autônomos” contidas no artigo 22, inciso I, da Lei nº. 8.212 de 25 de julho de 1991. [↑](#footnote-ref-356)
356. No HC 70.514, julgado em 23 de março de 1994, em que se discutia dentre outras coisas a inconstitucionalidade do §5º do artigo 5º da Lei nº. 1.060, de 5 de fevereiro de 1950, acrescentado pela Lei nº. 7.871 de 8 de novembro de 1989, o Ministro Sydney Sanches, relator do caso, ressaltou que não haveria de ser reconhecida, no ponto em que confere prazo me dobro, para recursos, às Defensorias Públicas, “ao menos até que sua organização, nos Estados, alcance o nível da organização do respectivo Ministério Público”. Há de ressaltar, ainda, o voto do Ministro Moreira Alves: ““A única justificativa, Sr. Presidente, que encontro para esse tratamento desigual em favor da Defensoria Pública em face do Ministério Público é a de caráter temporário: a circunstância de as Defensorias Públicas ainda não estarem, por sua recente implantação, devidamente aparelhadas como se acha o Ministério Público. Por isso, para casos como este, parece-me deva adotar-se a construção da Corte Constitucional alemã no sentido de considerar que uma lei, em virtude das circunstâncias de fato, pode vir a ser inconstitucional, não o sendo, porém, enquanto essas circunstâncias de fato não se apresentarem com a intensidade necessária para que se tornem inconstitucionais. Assim, a lei em causa será constitucional enquanto a Defensoria Pública, concretamente, não estiver organizada com a estrutura que lhe possibilite atuar em posição de igualdade com o Ministério Público, tornando-se inconstitucional, porém, quando essa circunstância de fato não mais se verificar”. Nota-se que neste julgamento já é nítida a evolução jurisprudencial do STF quanto à manipulação dos efeitos da decisão que analise a constitucionalidade da norma na forma difusa. [↑](#footnote-ref-357)
357. Tal preceito, antes da alteração trazida pela Lei nº. 11.464, 28 de março de 2007, dizia que nos casos dos crimes hediondos, da prática da tortura, do tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins e o terrorismo, a pena imposta seria cumprida em regime integralmente fechado, de forma que a Lei nº. 8.072 proibia a progressão de regime. [↑](#footnote-ref-358)
358. AURÉLIO, Marco, relat. – **Acórdão do Supremo Tribunal Federal com número 82959/SP, de 23 de Fevereiro de 2006** [Em linha]. [↑](#footnote-ref-359)
359. A decisão foi dada por maioria, no sentido de deferir o pedido de *habeas corpus* e declarar, *incidenter* *tantum*, a inconstitucionalidade do § 1º do artigo 2º da Lei nº 8.072, de 25 de julho de 1990. Acontece que o Tribunal, por votação unânime, ainda no julgamento do HC 82.959/SP explicitou que a declaração incidental de inconstitucionalidade do preceito legal em questão não geraria consequências jurídicas com relação às penas já extintas nesta data, vez que a decisão plenária envolveria, unicamente, o afastamento do óbice representado pela norma ora declarada inconstitucional, sem prejuízo da apreciação, caso a caso, pelo magistrado competente, dos demais requisitos pertinentes ao reconhecimento da possibilidade de progressão. A preocupação se dava com relação a possíveis futuras ações de indenização contra o Estado tendo em vista que em várias outras situações anteriores a esta decisão algumas penas já haviam sido cumpridas na integralidade no regime fechado. Vejamos a conclusão do Ministro Gilmar Mendes em seu voto: “Considerando que, reiteradamente, o Tribunal reconheceu a constitucionalidade da vedação de progressão de regime nos crimes hediondos, bem como todas as possíveis repercussões que a declaração de inconstitucionalidade haveria de ter no campo civil, processual e penal, reconheço que, ante a nova orientação que se desenha, a decisão somente poderia ser tomada com eficácia *ex nunc*. É que, como observa Larenz, também a justiça constitucional não se opera sob o paradigma do “*fiat justitia, pereat res publica*”. Assente que se cuida de uma revisão de jurisprudência, de um autêntico “*overruling*”, e entendo que o Tribunal deverá fazê-lo com eficácia restrita. E, certamente, elas não eram – nem deveriam ser consideradas – inconstitucionais, quando proferidas. [↑](#footnote-ref-360)
360. AURÉLIO, Marco, relat. – **Acórdão do Supremo Tribunal Federal com número 82959/SP, de 23 de Fevereiro de 2006** [Em linha]. [↑](#footnote-ref-361)
361. *Idem* – ***Ibidem***. [↑](#footnote-ref-362)
362. AURÉLIO, Marco, relat. – **Acórdão do Supremo Tribunal Federal com número 82959/SP, de 23 de Fevereiro de 2006** [Em linha]. [↑](#footnote-ref-363)
363. *Idem* – ***Ibidem***. [↑](#footnote-ref-364)
364. STRECK, Lenio Luiz – **Jurisdição Constitucional**. p. 159. [↑](#footnote-ref-365)
365. *Idem* – ***Ibidem***. [↑](#footnote-ref-366)
366. Não se está aqui afrontando o instituto da coisa julgada, mas tão somente a preocupação do STF, vide nota anterior , no sentido de se precaver contra as possíveis futuras ações indenizatórias daqueles que cumpriram a totalidade de suas penas no regime integralmente fechado, época em que o entendimento do Tribunal era no sentido da constitucionalidade do § 1º do artigo 2º da Lei nº 8.072. [↑](#footnote-ref-367)
367. TORRES, Mário, relat. – **Acórdão do Tribunal Constitucional com número 340, de 19 de Junho de 2008** [Em linha]. [↑](#footnote-ref-368)
368. REGO, Carlos Lopes do – **Os Recursos de Fiscalização Concreta na Lei e na Jurisprudência do Tribunal Constitucional**. p. 311. [↑](#footnote-ref-369)
369. STRECK, Lenio Luiz – **Jurisdição Constitucional**. p. 181. [↑](#footnote-ref-370)
370. GUEDES, Armando Manuel de Almeida Marques, relat. – **Acórdão do Tribunal Constitucional com número 7, de 26 de Julho de 1983** [Em linha]. [↑](#footnote-ref-371)
371. GUEDES, Marques, relat. – **Acórdão do Tribunal Constitucional com número 7, de 26 de Julho de 1983** [Em linha]. [↑](#footnote-ref-372)
372. *Idem* – ***Ibidem***. [↑](#footnote-ref-373)
373. VAZ, Manuel Afonso *et al.* – **Direito Constitucional: o sistema constitucional português**. p. 172. [↑](#footnote-ref-374)
374. MIRANDA, Jorge – **Curso de Direito Constitucional**. p. 283. [↑](#footnote-ref-375)
375. CAMPINOS, Jorge, relat. – **Acórdão do Tribunal Constitucional com número 93, de 31 de Julho de 1984** [Em linha]. [↑](#footnote-ref-376)
376. *Idem* – ***Ibidem***. [↑](#footnote-ref-377)
377. *Idem* – ***Ibidem****.* [↑](#footnote-ref-378)
378. *Idem* – ***Ibidem****.* [↑](#footnote-ref-379)
379. CAMPINOS, Jorge, relat. – **Acórdão do Tribunal Constitucional com número 93, de 31 de Julho de 1984** [Em linha]. [↑](#footnote-ref-380)
380. *Idem* – ***Ibidem***. [↑](#footnote-ref-381)
381. *Idem* – ***Ibidem***. [↑](#footnote-ref-382)
382. *Idem* – ***Ibidem***. [↑](#footnote-ref-383)
383. MIRANDA, Jorge – **Manual de Direito Constitucional: tomo II – Constituição e Inconstitucionalidade**. p. 481. [↑](#footnote-ref-384)
384. *Idem* – ***Ibidem***. [↑](#footnote-ref-385)
385. MIRANDA, Jorge – **Curso de Direito Constitucional**. p. 283. [↑](#footnote-ref-386)
386. CANAS, Vitalino – **Os** **processos** **de fiscalização da constitucionalidade e da legalidade pelo Tribunal Constitucional: natureza e princípios estruturantes**. p. 103. [↑](#footnote-ref-387)
387. *Idem* – ***Ibidem***. [↑](#footnote-ref-388)
388. CANAS, Vitalino – **Os** **processos** **de fiscalização da constitucionalidade e da legalidade pelo Tribunal Constitucional: natureza e princípios estruturantes**. p. 103. [↑](#footnote-ref-389)
389. LEWANDOWSKI, Ricardo, relat. – **Acórdão do Supremo Tribunal Federal com número ADPF 75-AgR, de 02 de Junho de 2006** [Em linha]. [↑](#footnote-ref-390)
390. *Idem* – ***Ibidem***. [↑](#footnote-ref-391)
391. PELUSO, Cezar, relat. – **Acórdão do Supremo Tribunal Federal com número ADPF 148-AgR, de 06 de Fevereiro de 2009** [Em linha]. [↑](#footnote-ref-392)
392. STRECK, Lenio Luiz – **Jurisdição Constitucional.** p. 521. [↑](#footnote-ref-393)
393. RIBEIRO, Joaquim de Sousa, relat. – **Acórdão do Tribunal Constitucional com número 421, de 27 de Junho de 2016** [Em linha]. [↑](#footnote-ref-394)
394. MIRANDA, Jorge – **Manual de Direito Constitucional: tomo II – Constituição e Inconstitucionalidade**. p. 478. [↑](#footnote-ref-395)
395. *Idem* – ***Ibidem***. [↑](#footnote-ref-396)
396. CAMPINOS, Jorge, relat. – **Acórdão do Tribunal Constitucional com número 93, de 31 de Julho de 1984** [Em linha]. [↑](#footnote-ref-397)